

ESTRATTO DA:  
SCRITTI IN ONORE DI  
MARIO PISANI, vol. III,  
PIACENZA, 2010  
pagg. 209-242

FABIO BASILE\*

FISIONOMIA E RUOLO DELL'AGENTE-MODELLO  
AI FINI DELL'ACCERTAMENTO PROCESSUALE  
DELLA COLPA GENERICA

SOMMARIO: 1. Premessa: la necessità dell'accertamento processuale della colpa. – 2. L'«essenza» della colpa: la violazione di una regola cautelare. – 3. Regola cautelare (non scritta) vs. prevedibilità ed evitabilità dell'evento. – 4. I «nodi» da sciogliere per accertare la colpa generica in sede processuale. – 5. Questione di «punti di vista». – 5.1. Alla ricerca del punto di vista dal quale valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento. – 5.2. Il procedimento di costruzione dell'agente-modello a partire da talune note distintive desunte dalla persona dell'agente concreto. – 5.2.1. In particolare: la controversa rilevanza dei *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza dell'agente concreto. – 5.2.2. In particolare: le superiori conoscenze ed abilità dell'agente concreto. – 5.2.3. Un'ultima precisazione in merito al procedimento di costruzione dell'agente-modello. – 6. Conclusione.

1. *Premessa: la necessità dell'accertamento processuale della colpa*

La colpa, al pari di tutti gli altri elementi costitutivi del reato, deve essere *provata* in sede processuale<sup>1</sup>. Adottando una terminologia processualpenali-

---

\* Professore associato di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Per una sottolineatura della necessità della prova dell'elemento c.d. «soggettivo» del reato, ed in particolare della colpa, v. DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli, 1955, p. 155 ss.; più di recente, nello stesso senso, GIUNTA, *Commento all'art. 43*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, vol. I, IV ed., Milano, 2007, n. 19, p. 322.

stica, infatti, si può senz'altro ritenere che la colpa costituisca uno di quei "fatti principali" che "si riferiscono all'imputazione" e che rientrano, pertanto, a pieno titolo nell'"oggetto della prova" ai sensi dell'art. 187 c.p.p.<sup>2</sup>.

L'onere della prova della colpa incombe naturalmente sull'accusa: lo impone l'art. 27 comma 2 Cost., il quale osta altresì a qualsiasi presunzione di colpa in ambito penale<sup>3</sup>.

Anche la giurisprudenza ha più volte ribadito il bando assoluto di qualsiasi presunzione di colpa dal processo penale: in particolare, in una serie di procedimenti concernenti sinistri stradali, alla parte che invocava, anche in sede penale, l'applicazione dell'art. 2054 c.c., la Cassazione ha sempre risposto che in sede penale non possono trovare ingresso le presunzioni di colpa previste in ambito civilistico dalla citata disposizione<sup>4</sup>, dal momento che «il giudice penale è tenuto ad accertare la colpa in concreto»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. SIRACUSANO, *Le prove*, in SIRACUSANO-DALIA-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Manuale di diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1990, p. 372.

<sup>3</sup> Come rileva il Maestro, al quale queste pagine sono dedicate, l'art. 27, comma 2 Cost. «enuncia il principio primo del processo penale moderno», dettando in tal modo «una fondamentale *regola probatoria* (l'onere della prova è a carico dell'accusa) e *di giudizio* per i magistrati»: PISANI, *Nozioni generali*, in PISANI-MOLARI-PERCHINUNNO-CORSO-DOMINIONI-GAITO-SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna, 2008, p. 15; nello stesso senso, tra i penalisti, v. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, III ed., Milano, 2009, p. 18.

<sup>4</sup> I primi tre commi dell'art. 2054 c.c. prevedono quanto segue: «1. Il conducente di un veicolo senza guide di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, *se non prova* di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. – 2. Nel caso di scontro tra veicoli *si presume, fino a prova contraria*, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli. – 3. Il proprietario del veicolo, o in sua vece l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, *se non prova* che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà».

<sup>5</sup> Così, alla lettera, Cass., Sez. IV, 18 novembre 2003, Parrillo; Cass., Sez. IV, 2 febbraio 1990, Barcella, in *Arch. giur. circ. sinistri stradali*, 1991, p. 129; Cass., Sez. IV, 16 marzo 1989, Profili, *ivi*, 1990, p. 104. Tra le sentenze che negano l'applicabilità, in sede penale, delle presunzioni di colpa di cui all'art. 2054 c.c., v. anche, di recente, Cass., Sez. IV, 28 maggio 2008 (dep. 8 settembre 2008), n. 34769, e Cass., Sez. IV, 24 maggio 2007, Venticinque ed altri, in *CED Cass.*, n. 236854; in dottrina, v. in argomento LUNGHINI, *Commento all'art. 43*, in *DOLCINI-MARINUCCI* (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, II ed., Milano, 2006, p. 429.

Quando, dunque, manca la prova della colpa, o essa è insufficiente o è contraddittoria, l'imputato dovrà essere assolto ai sensi dell'art. 530 c.p.p., con la formula «il fatto non costituisce reato»<sup>6</sup>.

Una volta precisato che il P.M. deve *provare* la colpa dell'imputato al di fuori di qualsiasi schema presuntivo, e che il giudice deve *accertare* in concreto tale colpa, occorre chiedersi su quali elementi e all'esito di quale procedimento possa ritenersi fornita la prova della colpa e raggiunto il suo accertamento. In altre parole, il nostro quesito è il seguente: quando l'imputazione concerne un reato colposo, che cosa deve provare il P.M. e che cosa deve accertare il giudice in punto di 'colpa' affinché possa essere pronunciata, in presenza degli altri requisiti di fattispecie, condanna per il reato colposo?

## 2. L'«essenza» della colpa: la violazione di una regola cautelare

La risposta al quesito appena sopra formulato passa inevitabilmente per la previa individuazione dei requisiti della colpa. Come è noto, la colpa si caratterizza per un requisito negativo e un requisito positivo<sup>7</sup>:

1) il *requisito negativo* (che proprio per la sua natura 'negativa' non deve costituire oggetto di specifica prova) consiste nell'*assenza di volontà*<sup>8</sup>: nella colpa manca la volontà di realizzare l'evento (se si tratta di reato d'evento) o altro elemento costitutivo del fatto tipico (se si tratta di reato d'evento o di reato di mera condotta)<sup>9</sup>;

2) il *requisito positivo* (che proprio per la sua natura 'positiva' deve costituire oggetto di specifica prova) consiste nella *violazione di una regola cau-*

<sup>6</sup> V. per tutti PERCHINUNNO, *La fase del giudizio*, in PISANI-MOLARI-PERCHINUNNO-CORSO-DOMINIONI-GAITO-SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 507.

<sup>7</sup> In tal senso v. per tutti, nella manualistica, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 293; nei commentari, GIUNTA, *Commento all'art. 43*, cit., n. 13, p. 317 s.

<sup>8</sup> La volontà costituisce, invece, uno degli elementi strutturali del dolo: per tale motivo, la dottrina talora parla della colpa quale "simmetrico in negativo del dolo" (in tal senso, v. ad esempio PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008, p. 206; MANTOVANI, *Diritto penale - parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. 325).

<sup>9</sup> Per la particolare ipotesi della colpa c.d. 'impropria' – colpa vera e propria benché l'evento sia voluto – v., in relazione alle ipotesi di eccesso colposo nelle cause di giustificazione e di erronea supposizione della presenza dei presupposti fattuali di una causa di giustificazione, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 325 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205; ROMANO, sub art. 43, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, n. 107 ss.

*telare*<sup>10</sup>. Si tratta del requisito caratterizzante la colpa; anzi, usando una terminologia di illustre ascendenza, si tratta della stessa 'essenza' della colpa<sup>11</sup>: una essenza tutta normativa<sup>12</sup>, in quanto la colpa si sostanzia nel contrasto *tra* la condotta effettivamente tenuta dall'imputato e la condotta rispettosa della regola cautelare che avrebbe dovuto essere tenuta dall'imputato<sup>13</sup>.

Ma che cos'è, di preciso, la *regola cautelare*? Per "regola cautelare" possiamo intendere una regola di condotta che suggerisce di agire in un determinato modo per evitare la verificazione di un determinato evento o, comunque, la realizzazione di un determinato fatto tipico di reato<sup>14</sup>.

Se si volesse spiegare ad un giovane studente di giurisprudenza che cosa sono le regole cautelari, e limitando l'attenzione, per comodità espositiva, ai soli reati colposi d'evento<sup>15</sup>, si potrebbe partire da una serie di esempi tratti dall'esperienza della vita quotidiana. In ogni momento della nostra vita, infatti, noi rispettiamo (o non rispettiamo) determinate regole cautelari per evitare la verificazione di determinati eventi:

<sup>10</sup> Va precisato che come sinonimi di 'regola cautelare' si potrebbero usare, senza che la sostanza del discorso muti, anche le espressioni 'regola preventiva' o 'regola prevenzionistica'.

<sup>11</sup> Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 226 s.

<sup>12</sup> Cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 60.

<sup>13</sup> Dottrina pressoché unanime; per un quadro riassuntivo sul punto, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 328 ss.; ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., p. 60 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 3; conforme la giurisprudenza più recente: v., *ex pluris*, Cass., Sez. IV, 22 maggio 2008, Ottonello. Si noti, infine, che anche la Corte costituzionale ha conferito il suo autorevole avallo a tale concezione 'normativa' della colpa, affermando che «è in relazione al complessivo, ultimo risultato vietato che va posto il problema della violazione delle regole «preventive» che, appunto in quanto collegate al medesimo, consentono di riscontrare nell'agente la colpa per il fatto realizzato» (C. cost. n. 364/1988, in *Foro it.* 1988, I, c. 1385; corsivi aggiunti).

<sup>14</sup> Cfr. BOLDT, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*, in *ZStW* 1936, Band 55, p. 54; ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., p. 327 ss.

<sup>15</sup> Da qui in poi, in effetti, useremo come 'prototipo' del reato colposo il reato colposo d'evento; è chiaro, tuttavia, che il discorso di seguito svolto va opportunamente adattato anche ai reati colposi di mera condotta.

<i>situazione della vita quotidiana</i>	<i>determinato evento da evitare</i>	<i>determinata modalità di condotta da adottare (regola cautelare)</i>
giornata molto fredda	che mio nipote, uscendo per andare all'asilo, si prenda un brutto raffreddore	fargli indossare una calda maglia di lana
neve sulle strade	che, prendendo la mia automobile, io sbandi e perda il controllo del mezzo causando danni a cose o persone	montare le catene da neve ai pneumatici delle ruote motrici dell'automobile
gita in bicicletta con un bambino che da poco ha cominciato ad usare la bicicletta	che il bambino, cadendo, riporti un trauma cranico	fargli indossare l'apposito caschetto protettivo
lunga assenza da casa in occasione di un viaggio	che, per una perdita delle tubature domestiche, fuoriesca del gas che provochi un'esplosione	chiudere il rubinetto centrale del gas

In alcuni casi, la regola cautelare potrebbe anche suggerire di non agire affatto, di *astenersi*, per evitare un determinato evento<sup>16</sup>:

<i>situazione della vita quotidiana</i>	<i>determinato evento da evitare</i>	<i>determinata modalità di condotta da adottare (regola cautelare)</i>
auto con entrambi i fari non funzionanti	che il conducente si scontri con altri veicoli o con ostacoli non illuminati lungo la strada	<i>non</i> usare l'auto dopo il tramonto
rifornimento di carburante ad un distributore	che la fiamma della sigaretta dell'automobilista entri in contatto con i vapori di benzina innescando un incendio	<i>non</i> fumare

Come è noto, le regole cautelari – oltre che scaturire dall'esperienza comune (come accade negli esempi sopra riportati) o dall'esperienza tecnico-

<sup>16</sup> Cfr., *ex pluris*, FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 538; nella manualistica, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 545.

scientifico – possono essere anche contenute in fonti pubbliche o private che fissano, nero su bianco, le modalità di condotta che occorre adottare in determinate situazioni per evitare determinati eventi. In caso di violazione delle regole cautelari del primo tipo (regole non scritte) si parla convenzionalmente di ‘colpa generica’; in caso, invece, di violazione delle regole cautelari del secondo tipo (regole scritte) di ‘colpa specifica’.

Pur essendo nelle due ipotesi l’essenza della colpa *sempre la stessa* (lo ribadiamo: la violazione di una regola cautelare)<sup>17</sup>, il procedimento di accertamento processuale della colpa ‘generica’ segue un percorso parzialmente diverso da quello della colpa ‘specifica’, e presenta, almeno di regola, un grado di complessità maggiore.

Ebbene, nelle pagine seguenti ci soffermeremo solo su *alcuni profili* del procedimento di accertamento processuale della colpa ‘generica’, rinviando, invece, ad una diversa sede l’analisi delle altre tematiche connesse all’accertamento della colpa che, anche per ragioni di spazio, non potranno essere qui affrontate.

### 3. Regola cautelare (non scritta) vs. prevedibilità ed evitabilità dell’evento

Se la colpa generica presuppone la violazione di una regola cautelare *non scritta*, il primo e fondamentale problema che il suo accertamento processuale solleva consiste nell’individuazione di una siffatta regola e del suo contenuto. Occorre, pertanto, chiedersi da dove ‘saltano fuori’ le regole cautelari non scritte: da dove scaturiscono? come si formano? come nascono?<sup>18</sup>

Raccogliendo l’insegnamento di autorevole e consolidata dottrina, possiamo affermare che la regola cautelare non scritta scaturisce da una *valutazione di prevedibilità ed evitabilità* di un determinato evento in una determinata situazione<sup>19</sup>.

Prima di procedere pare opportuna una precisazione terminologica in relazione alla formula della “prevedibilità dell’evento”, giacché sarebbe forse più corretto usare

<sup>17</sup> In tal senso v. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *Giust. pen.*, 1948, II, c. 6; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 227; nonché, anche per ulteriori rinvii alla dottrina più recente, FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 309; ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., n. 82.

<sup>18</sup> Parla esplicitamente di “nascita” delle regole cautelari, ad esempio, ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., n. 71.

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 177 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 328; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 539 s.; PULITANO, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, p. 351; per ulteriori riferimenti, v. LUNGHINI, *Commento all’art. 43*, cit., n. 73 ss.

al suo posto la formula “riconoscibilità del pericolo di verificazione del fatto antigiuridico”, come in effetti fanno alcuni degli Autori che abbiamo sopra citato<sup>20</sup>. La formula della “riconoscibilità” presenta, infatti, il pregio di dare immediato rilievo, già a livello lessicale, anche ai fattori precedenti e concomitanti alla condotta (e non solo a quelli successivi), dai quali può dipendere il giudizio sull'*an* (e sul *quantum*) della colpa; inoltre, essa si adatta meglio anche alla struttura dei delitti colposi di mera condotta, in cui non vi è alcun evento da prevedere. Ciò nondimeno, poiché in dottrina e in giurisprudenza è maggiormente diffusa la formula della “prevedibilità dell'evento”, e poiché i reati colposi d'evento, sia a livello legislativo che prasseologico, assumono uno spazio decisamente maggiore rispetto ai reati colposi di mera condotta, possiamo anche noi continuare a parlare di prevedibilità dell'evento (anziché di riconoscibilità del pericolo di verificazione dell'evento), considerando la prima formula ellittica, ma sostanzialmente identica, rispetto alla seconda<sup>21</sup>.

Quanto al termine “evitabilità dell'evento”, si noti, sempre a livello terminologico, che si potrebbe usare come suo sinonimo il termine “prevenibilità dell'evento”<sup>22</sup>.

Se la regola cautelare scaturisce da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità di un determinato evento in una determinata situazione, tra una *prima concezione della colpa*, secondo la quale questa consisterebbe nella violazione di una regola cautelare, e una *seconda concezione della colpa*, secondo la quale questa consisterebbe nella prevedibilità e nella evitabilità dell'evento, non vi è, a ben vedere, alcuna differenza sostanziale<sup>23</sup>: prevedibilità ed evitabilità dell'evento non sono categorie, concettuali e reali, diverse ed autonome dalle regole di cautela, in quanto queste derivano da quelle<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> V., ad esempio, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 302, che parlano di «dovere» di «riconoscimento dell'esistenza del pericolo o dei pericoli del realizzarsi del fatto antigiuridico».

<sup>21</sup> In tal senso, v. ad esempio ROMANO, sub *art.* 43, in *Commentario*, cit., n. 71, che usa, alternativamente, le formule della “prevedibilità” e della “riconoscibilità”.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 351.

<sup>23</sup> Così M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 638: «tra la concezione secondo cui l'essenza della colpa come negligenza, imprudenza, imperizia sarebbe costituita dalla violazione di regole aventi lo scopo di prevenire un evento proibito dall'ordinamento, e quella che afferma che, per questa prima categoria di reati colposi [a colpa generica], l'imputazione soggettiva si svolgerebbe tutta sul fondamento della rappresentabilità ed evitabilità dell'evento, lungi dall'esservi differenze o contrasto, vi è un vero e proprio rapporto di complementarità». In senso analogo, v. pure MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 177 ss.; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 436.

<sup>24</sup> Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale - Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 300 s.; nello stesso senso, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 538: «proprio la 'pre-

Breve: violare una regola di cautela non significa nient'altro che tenere un comportamento che rende prevedibile la verifica di un evento evitabile.

Due esempi ci aiuteranno ad illustrare in termini più chiari le precedenti affermazioni. Si torni a due regole cautelari non scritte, già sopra menzionate:

<i>situazione della vita quotidiana</i>	<i>determinato evento da evitare</i>	<i>determinata modalità di condotta da adottare (regola cautelare)</i>
neve sulle strade	che, prendendo la mia automobile, io sbandi e perda il controllo del mezzo causando danni a cose o persone	montare le catene da neve ai pneumatici delle ruote motrici dell'automobile
rifornimento di carburante ad un distributore	che la fiamma della sigaretta dell'automobilista entri in contatto con i vapori di benzina innescando un incendio	non fumare

Da dove 'salta fuori' la regola cautelare che, in caso di strade innevate, mi suggerisce di montare le catene da neve ai pneumatici della mia auto se intendo evitare di perdere il controllo del veicolo così causando danni a cose o persone? Essa 'salta fuori' da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità: se guardo fuori dalla finestra le strade abbondantemente innevate, posso prevedere che, guidando l'automobile, perderò il controllo del veicolo a causa della scivolosità del suolo e della scarsa aderenza dei pneumatici alla sede stradale. So, peraltro, che posso evitare tale perdita di controllo comportandomi in un determinato modo: tra l'altro, montando le catene alle ruote motrici della mia automobile.

Analogo discorso vale anche per la seconda regola cautelare, quella che mi suggerisce di non fumare mentre sto facendo il 'pieno' di benzina alla mia auto presso un distributore. È, in effetti, prevedibile che la fiamma della sigaretta accesa possa entrare in contatto con i vapori di benzina, innescando una combustione e, quindi, un incendio. Tale evento è evitabile se, prima di scendere dall'auto, spengo la sigaretta e mi astengo dal fumare durante la mia permanenza presso il distributore di benzina.

---

vedibilità' e l'evitabilità' dell'evento costituiscono i criteri di individuazione delle misure precauzionali da adottare nelle diverse situazioni concrete».



#### 4. I 'nodi' da sciogliere per accertare la colpa generica in sede processuale

Finora, a dire il vero, abbiamo tediato il lettore con alcune ovvietà, sulle quali pressoché tutti sono d'accordo, e che non suscitano particolari difficoltà in sede di accertamento processuale della colpa.

Le difficoltà sorgono, invece, non appena si approfondisca il discorso relativo ai concetti di prevedibilità ed evitabilità. Essi, infatti, sono di per sé concetti vaghi e generici, suscettibili di essere manipolati ed applicati, in sede processuale, alle condizioni e con gli esiti più diversi, almeno fintantoché non vengano sciolti i seguenti *nodi* (qui di seguito esposti separatamente, nonostante il loro indubbio intreccio reciproco):

- 1) da quale *punto di vista* deve essere valutata la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento<sup>25</sup>? da un punto di vista *soggettivo*, coincidente con quello del concreto soggetto agente, oppure da un punto di vista *oggettivo*, coincidente con quello di un osservatore ideale<sup>26</sup> esterno? e, in questo secondo caso, quali sono le caratteristiche, i connotati, le competenze – in una parola, il volto, di questo osservatore esterno?
- 2) qual è la *base* della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento? vale a dire, quali dati di fatto, quali circostanze presenti nel caso di specie possono essere prese in considerazione ai fini della nostra valutazione? tutte, o solo una selezione di esse?
- 3) qual è l'*oggetto* della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento? il punto di riferimento della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dovrà essere l'evento 'così come storicamente verificatosi', o un evento 'del genere di quello verificatosi'? e rientra nell'oggetto della valutazione di prevedibilità ed evitabilità anche il decorso causale (nella sua integrità o per lo meno nei suoi tratti essenziali) che ha condotto alla produzione dell'evento?
- 4) *quanto* prevedibile e *quanto* evitabile dovrà risultare l'evento affinché prevedibilità ed evitabilità possano generare una regola cautelare? in particolare, è sufficiente anche un grado minimo di prevedibilità e una *chance* assai esigua di sua evitabilità per dar vita ad una regola cautelare?

Come anticipato, nel prosieguo del presente lavoro ci si potrà soffermare soltanto su alcuni profili connessi all'accertamento processuale della colpa generica; in particolare verrà qui approfondita la tematica indicata al num. 1),

---

<sup>25</sup> Pone la questione in questi stessi termini anche PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 352: «da quale punto di vista vanno formulati i giudizi di prevedibilità e prevenibilità, rilevanti ai fini del giudizio di colpa?».

<sup>26</sup> Qui ed in seguito usiamo l'aggettivo "ideale" nel senso di "idealmente (mentalmente) pensato", e non già nel senso di "ottimo, perfetto".

concernente il *punto di vista* dal quale valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento, la quale si pone come preliminare rispetto allo 'scioglimento' degli altri tre 'nodi'<sup>27</sup>.

### 5. *Questione di 'punti di vista'*

La questione relativa al *punto di vista* dal quale deve essere effettuata la valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento in sede di accertamento della colpa – talora indicata anche come problema della *misura* o del *metro* della colpa – è di fondamentale importanza, e non a caso costituisce una delle tematiche più studiate e dibattute all'interno della dogmatica della colpa<sup>28</sup>.

L'importanza di tale questione discende direttamente dal fatto che l'esito della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento (e, quindi, l'esito del giudizio sulla sussistenza, o meno, della colpa) *può cambiare radicalmente a seconda del punto di vista dal quale essa viene effettuata*, a seconda, cioè, del soggetto (fornito, o meno, di determinate esperienze, abilità, conoscenze) chiamato a compiere tale valutazione<sup>29</sup>.

Per comprendere come può *variare* l'esito della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento *al variare* del punto di vista dal quale tale valutazione viene effettuata, si pensi al seguente esempio: in una discoteca A, senza la benché

<sup>27</sup> Sui 'nodi' che non potranno essere qui affrontati (e tanto meno sciolti) sono peraltro disponibili contributi di grande pregio nella dottrina italiana, ai quali si può utilmente rinviare: v., tra gli altri, STELLA, *La "descrizione" dell'evento. I L'offesa – Il nesso causale*, Milano, 1970, soprattutto pp. 1-75; MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 213 s.; ID., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 11 s.; ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 807 ss.; FORTI, *La descrizione dell'evento prevedibile nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1559; ID., *Colpa ed evento*, cit., soprattutto pp. 13-37; FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 726 s.; DOLCINI, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva (Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale)*, ivi, 2000, p. 881 s.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., p. 3 ss.

<sup>28</sup> Sul punto resta tuttora fondamentale lo studio di MANNHEIM H., *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, 1912 (ristampa 1977, Frankfurt am Main - Tokyo). All'interno della dottrina italiana, v., tra gli altri, MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 181 ss.; V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, p. 275 ss.; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 244 ss.

<sup>29</sup> In generale, per una puntualizzazione del rilievo del *punto di vista*, dal quale viene formulato «qualsiasi giudizio *ex ante*, riconducibile al paradigma logico del giudizio di probabilità» (compresa, quindi, anche la nostra valutazione di prevedibilità ed evitabilità), cfr. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 61 s.

minima volontà omicidiaria, cede una pasticca di ecstasy a B, il quale, dopo averla ingerita, avverte un malore e nel giro di poche ore muore<sup>30</sup>. Era prevedibile ed evitabile l'evento 'morte di B'? Proviamo a rivolgere tale domanda:

- ad A, concreto soggetto agente ed odierno imputato;
- a C, fornitore abituale di ecstasy di B, il quale, durante tante altre precedenti serate in discoteca, aveva ceduto pasticche di ecstasy a B, spesso in quantità notevolmente superiore rispetto alla dose risultata da ultimo letale;
- a D, amico e compagno di divertimenti di B, che insieme a lui quella sera, come tante altre sere prima, aveva assunto pasticche di ecstasy;
- ad E, altro amico e compagno di B, il quale sa che quella sera B ha assunto vari psicofarmaci e ha bevuto superalcolici;
- al dott. F, medico curante di B, il quale conosce il grave vizio cardiaco di cui B è affetto fin dalla nascita;
- al prof. G, esperto tossicologo, che ha condotto numerose ricerche sul consumo di sostanze stupefacenti e, in particolare, di droghe sintetiche da parte dei giovani frequentatori di discoteche.

Nessun dubbio che la risposta alla nostra domanda in merito alla prevedibilità ed evitabilità della morte di B a seguito dell'assunzione di una pasticca di ecstasy potrà essere *diversa* a seconda della persona (A, C, D, E, dott. F o prof. G) a cui la rivolgiamo!

Se, dunque, l'esito della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento (e, con esso, l'esito del giudizio sulla colpa dell'imputato) *può* variare al variare del punto di vista adottato per effettuare tale valutazione, occorre chiedersi da quale punto di vista il giudice, in sede di accertamento processuale della colpa, *deve* verificare se l'evento 'morte di B' era prevedibile ed evitabile.

Nelle pagine seguenti ci proponiamo, pertanto, il seguente obiettivo: individuare con esattezza il *punto di vista* dal quale il giudice deve valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento in sede di accertamento processuale della colpa generica.

### 5.1. *Alla ricerca del punto di vista dal quale valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento*

1. Per raggiungere tale obiettivo ci si potrebbe in primo luogo chiedere se prevedibilità ed evitabilità dell'evento debbano essere valutate dal *punto di vista del concreto soggetto agente*.

<sup>30</sup> L'esempio, purtroppo, non è di fantasia, ma è tratto dal caso deciso da Cass., Sez. VI, 5 giugno 2003, Ciceri, in *CED Cass.*, n. 226254.

Tale soluzione va, tuttavia, subito scartata perché lascerebbe gravemente insoddisfatti. Se, infatti, prevedibilità ed evitabilità dell'evento venissero valutate dal punto di vista del concreto soggetto agente, prendendo quindi in considerazione tutte le caratteristiche, tutte le qualità, tutte le infinite, mutevoli condizioni personali di tale soggetto, renderemmo di fatto inattuabile il giudizio di colpa: nessuno risponderebbe più per colpa<sup>31</sup>!

Se così fosse, infatti, il medico Tizio, al quale il P.M. rimprovera di non aver diagnosticato tempestivamente la sindrome da HIV di cui era affetto il suo paziente, deceduto nel giro di pochi mesi a causa delle cure inadeguate ricevute, potrebbe candidamente replicare che *dal suo punto di vista* l'evento morte non era affatto prevedibile ed evitabile: e come avrebbe, del resto, potuto esserlo se, all'epoca in cui egli si è laureato in medicina, l'HIV non era ancora noto, né egli ha successivamente frequentato corsi di aggiornamento o letto articoli scientifici su tale sindrome<sup>32</sup>?

Analogamente, l'automobilista Caio, il quale uscendo improvvisamente e senza previa segnalazione dal parcheggio di una trafficata strada cittadina, ha provocato la collisione con un altro automobilista rimasto ferito nell'incidente, potrebbe ben difendersi da un'imputazione per il reato di lesioni colpose affermando che *dal suo punto di vista* tale collisione non era affatto prevedibile ed evitabile: non solo perché fin da quando ha preso la patente egli ha sempre e solo guidato su strade di campagna semideserte, ma anche perché quel giorno era venuto in città per un funerale ed al momento di uscire dal parcheggio era ancora scosso dal dolore – per non dire, poi, che egli è 'per natura' un tipo impulsivo e precipitoso!

La nostra ricerca del punto di vista dal quale valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento deve, quindi, fare subito i conti con un'ineludibile esigenza di «non soggettivizzare la colpa fino a renderla inattuabile»<sup>33</sup>. In effetti, se si tenessero in considerazione *tutte* le condizioni personali del concreto soggetto agente, «si finirebbe col giustificare ogni azione colposa perché saremmo indotti a concludere che, proprio in considerazione delle attitudini

<sup>31</sup> Efficacemente in tal senso MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 193: risulta «fallace (...) la pretesa di subordinare il rimprovero alle infinite mutevoli condizioni personali [dell'agente concreto], capaci di impedire il processo di rappresentazione, o di frustrare la realizzazione del comportamento atto a evitare l'evento: una loro indiscriminata valorizzazione (...) renderebbe del tutto inattuabile l'imputazione per colpa».

<sup>32</sup> L'esempio ci è suggerito da MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 299.

<sup>33</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 639. Cfr. anche CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 125: «nei reati colposi il precetto non può polverizzarsi in tante norme quanti sono gli agenti».

individuali dell'autore del fatto quali risultano anche dalla situazione data, non era umanamente esigibile un comportamento diverso. Ma ciò comporterebbe, evidentemente, un'inammissibile rinuncia alle esigenze di prevenzione sullo specifico terreno della responsabilità colposa»<sup>34</sup>.

L'adozione del punto di vista del concreto soggetto agente lascia, pertanto, definitivamente insoddisfatti, e deve cedere il passo all'adozione del punto di vista di un *osservatore ideale esterno*: ma qual è il volto di tale osservatore?

2. Si potrebbe ipotizzare che tale osservatore ideale sia *unico e indifferenziato*, invariabile per tutte le situazioni concrete: una sorta di *'buon padre di famiglia'*, o di *'uomo medio'*, dal cui punto di vista valutare – sempre ed immancabilmente – la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento.

Tuttavia, anche questa soluzione – soprattutto all'interno della nostra società *'postmoderna'* e *'postindustriale'*<sup>35</sup>, estremamente complessa e mutevole, ove l'uomo deve affrontare un'enorme varietà di pericoli nelle più diverse situazioni – lascerebbe gravemente insoddisfatti<sup>36</sup>. Se, infatti, il giudice, in sede di accertamento della prevedibilità e della evitabilità dell'evento, chiedesse *sempre ed immancabilmente* – indipendentemente cioè dal tipo di rischio emerso nella situazione concreta e connesso all'attività svolta – al *'buon padre di famiglia'* o all'*'uomo-medio'* se dal suo punto di vista l'evento era prevedibile ed evitabile, risulterebbe frustrata l'aspettativa, che i consociati possono legittimamente nutrire nei rapporti interpersonali, di un livello di competenze e conoscenze differenziato e specialistico.

Basti pensare al fatto che tutti noi, quando viaggiamo in aereo o ci sottoponiamo ad un intervento chirurgico, ci aspettiamo che il pilota o il chirurgo si attengano a standards di condotta ben diversi da quelli del *'buon padre di famiglia'* o dell'*'uomo medio'*: che ne sa il *'buon padre di famiglia'*, o l'*'uomo medio'* di come effettuare un decollo, o di come usare il bisturi!

È evidente, quindi, che in sede di accertamento della colpa occorre *differenziare* il punto di vista, dal quale valutare prevedibilità ed evitabilità dell'evento, in quanto risulta «fallace ogni pretesa di commisurare su un *unico* modello di agente «che giudica *ex ante*», l'enorme varietà di situazioni pericolose in cui si

<sup>34</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 561; nello stesso senso, v. pure PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 211; V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 292.

<sup>35</sup> Sui concetti di società *'postmoderna'* e *'postindustriale'*, v., rispettivamente, LYOTARD, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Milano, 1985; TOURAINE, *La società postindustriale*, Bologna, 1970.

<sup>36</sup> Sul punto v. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 297 s.

imbatte l'uomo, di continuo, e che esigono perciò un trattamento preventivo il più possibile differenziato»<sup>37</sup>.

3. Per soddisfare la predetta esigenza di differenziazione del punto di vista dell'osservatore ideale esterno, si potrebbe allora pensare di adottare un punto di vista (non già unico e indifferenziato, bensì) plurimo e differenziato a seconda del tipo di attività svolta e, quindi, a seconda della natura del pericolo affrontato nella situazione concreta. Tale punto di vista potrebbe coincidere con quello dell'*esponente medio* della cerchia di persone che – per professione, per consuetudine, o per altra contingenza – svolgono una determinata attività o si trovano ad affrontare un determinato tipo di pericoli: ad esempio, il punto di vista del *chirurgo-medio*, dell'*ingegnere-medio*, dell'*imprenditore-medio*, dell'*automobilista-medio*, e così via.

Questa soluzione – benché ci faccia compiere un significativo passo avanti rispetto alle altre due sopra prospettate, in quanto consente di adottare il punto di vista di un osservatore *esterno* (non coincidente, quindi, con quello dell'agente concreto) e *differenziato* (non coincidente, quindi, con quello del 'buon padre di famiglia' o con quello dell' 'uomo medio') – ci lascia, nondimeno, anch'essa insoddisfatti nella misura in cui pretende di fare riferimento all'*esponente medio* di una determinata categoria di persone.

Il riferimento ad una *misura media*, sia pur differenziata in base alla situazione di pericolo affrontata, va, infatti, senza esitazione respinto in considerazione delle seguenti due ragioni:

a) la 'media' è spesso sciatta, superficiale ed indifferente alle istanze solidaristiche cui è ispirato il nostro ordinamento<sup>38</sup>, reclamanti un continuo aggiornamento e miglioramento delle modalità comportamentali che consentano di prevenire le offese ai beni giuridici<sup>39</sup>. L'appiattimento del punto di vista del

<sup>37</sup> MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 192; nello stesso senso, V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 297; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 211.

<sup>38</sup> Sia sufficiente a tal proposito il richiamo all'art. 2 Cost. che richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (in argomento v. per tutti BARBERA, sub art. 2, in AA.VV., *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali. Artt. 1-12*, a cura di Branca, Bologna, 1975, p. 50 ss.).

<sup>39</sup> In tal senso v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 187; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, p. 55 e p. 66; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 237, nota n. 207; conforme, in ambito civilistico, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, IX ed., 1991, p. 143. Di recente, è tornato sull'argomento MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 816 ss., il quale, all'esito di un'ampia indagine sulla dottrina e sulla giurisprudenza di lingua inglese, tedesca e italiana, conclude nei seguenti termini: «la diligenza doverosa è

nostro osservatore esterno sulla 'media' del settore strozzerebbe, invece, qualsiasi incentivo a compiere sforzi e progressi in direzione di una più ampia ed efficace tutela dei beni giuridici<sup>40</sup>. Si pensi, ad esempio, che l'automobilista-medio spesso viaggia ad oltre 50 km/h in città, usa il telefonino mentre guida e supera sulla destra in autostrada; e che l'imprenditore-medio spesso non fornisce ai suoi operai tutti i dispositivi di sicurezza necessari, ed altrettanto spesso non vigila sul loro corretto e costante utilizzo da parte degli stessi. Dovremmo, ciò nonostante, assumere il *loro* punto di vista per valutare se un incidente stradale o un infortunio sul lavoro era prevedibile ed evitabile? Rispondendo di sì a tale quesito, il 'normale' verrebbe promosso a 'norma', con conseguente soffocamento della vocazione dell'ordinamento giuridico di *pretendere* dai consociati (uomo medio compreso) determinati comportamenti finalizzati alla tutela dei beni giuridici<sup>41</sup>;

b) in una società complessa ed evoluta, caratterizzata da un elevato quanto eterogeneo grado di cultura e di civilizzazione, come fa il giudice ad individuare una 'misura media'? Questa obiezione – già formulata da Hermann Mannheim nel 1912<sup>42</sup> – pare *a fortiori* valida nella nostra odierna società 'postmoderna' e 'postindustriale'<sup>43</sup>.

4. Scartato anche il punto di vista del chirurgo-medio, dell'ingegnere-medio, dell'imprenditore-medio, dell'automobilista-medio, etc., potremmo a questo punto optare a favore del punto di vista dell'*esponente di un determinato settore* (non più medio, bensì) *fornito della miglior scienza ed esperienza di quel settore*: quindi, il punto di vista del chirurgo sapientissimo ed espertissi-

---

ciò che deve essere fatto da un uomo accorto e ragionevole, non ciò che usualmente viene fatto».

<sup>40</sup> Cfr. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 821 ss.

<sup>41</sup> Cfr. ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969: «l'obiettiva misura di diligenza non si orienta sul normale uomo medio» (p. 52), perché «le abitudini estesamente diffuse della 'media' degli uomini potrebbero essere anche pericolose, perfino apertamente illecite» (p. 52, nota 17); MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A.T., II ed., Karlsruhe, 1958, p. 440: «propri dell'uomo medio potrebbero essere anche usanze e comportamenti abituali pericolosi, se non apertamente illeciti» (traiamo entrambe le surriferite citazione da MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 814 s.).

<sup>42</sup> MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 45. Sul punto, cfr. i conformi rilievi di V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 298.

<sup>43</sup> Su tali due concetti v., *supra*, nota n. 35.

mo, il punto di vista dell'ingegnere supercompetente; il punto di vista dell'automobilista abilissimo, e così via.

Anche questa soluzione, tuttavia, presenta due gravi inconvenienti, che ostano alla sua adozione in sede di accertamento della colpa:

a) l'adozione del punto di vista della persona depositaria del massimo di conoscenze e competenze di un determinato settore produrrebbe, in primo luogo, la *paralisi* di pressoché ogni attività umana rischiosa: se io sapessi che, ogni volta che sono alla guida della mia auto, la mia condotta di automobilista, in caso di incidente stradale, verrà confrontata con quella di un pilota di Formula Uno, nel timore di non reggere il confronto (e, quindi, di subire immancabilmente il rimprovero di colpa per gli eventi lesivi derivanti da un eventuale incidente stradale), preferirei viaggiare sempre con il treno! Purtroppo, però, anche il macchinista del treno, se sapesse che la sua condotta verrà confrontata con quella di un macchinista sapientissimo ed espertissimo, chiederebbe probabilmente di essere addetto a mansioni meno pericolose.

Insomma: se il giudice, in sede di accertamento della colpa, valutasse la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento dal punto di vista del miglior esponente della cerchia di persone che svolgono quella attività, tutti coloro che si trovano al di sotto di quel livello (cioè tutti, meno uno!) prima o poi – alla prima, alla seconda o alla terza condanna per reato colposo, propria o dei propri colleghi: e le condanne fioccherebbero numerose – rinuncerebbero all'esercizio di quella attività. Per evitare il rimprovero per colpa ci si asterebbe, allora, dal compimento di qualsiasi attività minimamente rischiosa;

b) l'adozione del punto di vista della persona depositaria del massimo di conoscenze e competenze di un determinato settore determinerebbe, in secondo luogo, una coatta coincidenza tra 'colpa' e 'idoneità causale'<sup>44</sup>, con conseguente *snaturamento* della colpa quale criterio che fonda un rimprovero *personale* per il fatto commesso: si rimprovererebbe, in effetti, al soggetto agente di non aver previsto e/o di non aver evitato un evento la cui prevedibilità ed evitabilità erano *al di fuori* della *sua* portata e delle *sue* capacità personali.

Una parte della dottrina – in adesione alla teoria della c.d. 'doppia misura' della colpa – parrebbe giungere a conclusioni diverse da quelle appena esposte, laddove afferma che la regola cautelare c.d. 'oggettiva' debba scaturire da una valutazione

<sup>44</sup> In tal senso v. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 471.



di prevedibilità ed evitabilità effettuata in base alla “*migliore scienza ed esperienza*” riferibile alle situazioni in cui opera l’agente<sup>45</sup>.

A ben guardare, tuttavia, anche questi Autori non basano il rimprovero di colpa *esclusivamente* su una valutazione di prevedibilità ed evitabilità effettuata dal punto di vista di un soggetto supercompetente e superesperto, perché – dopo aver ricostruito la regola cautelare ‘oggettiva’ in sede di tipicità utilizzando tale punto di vista – poi richiedono comunque, in sede di colpevolezza, di verificare l’esigibilità dell’osservanza di tale regola da parte del concreto soggetto agente (c.d. misura ‘soggettiva’ della colpa)<sup>46</sup>: i ‘materiali’ con cui si costruisce il rimprovero di colpa finiscono, quindi, per essere gli stessi tanto per i sostenitori della ‘doppia misura’, quanto per i sostenitori della ‘misura unica’ della colpa<sup>47</sup>. Ciò che cambia è solo il momento in cui tali materiali – nel corso del procedimento di accertamento della colpa – vengono impiegati dagli uni e dagli altri, senza che l’esito di tale procedimento ne risulti sostanzialmente influenzato<sup>48</sup>.

5. Constatato il fallimento delle precedenti soluzioni, ci stiamo avvicinando, attraverso una sorta di procedimento ‘per esclusione’, ad individuare il punto di vista più adeguato, dal quale valutare la prevedibilità e l’evitabilità dell’evento ai fini dell’accertamento processuale della colpa. Sappiamo ormai, infatti, che tale punto di vista sarà necessariamente quello di un osservatore ideale esterno, diverso dal soggetto concreto; non si tratterà, tuttavia, di un unico ed indifferenziato osservatore esterno, giacché il volto di tale osservatore dovrà mutare al mutare del tipo di attività svolta e della situazione di rischio affrontata dall’imputato nel caso concreto<sup>49</sup>. Tale osservatore, d’altra parte, non

<sup>45</sup> In tal senso v., ad esempio, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 329 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 208.

<sup>46</sup> V. Autori (e relativi manuali) citati nella nota precedente, rispettivamente a p. 335 e p. 211.

<sup>47</sup> V., tuttavia, quanto si dirà *infra*, § 5.2.1, a proposito dei *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza dell’agente concreto.

<sup>48</sup> Ciò è rimarcato da STRATENWERTH, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Jescheck-FS*, Berlin, 1985, p. 296-7, il quale rileva che «per entrambe le concezioni l’ambito dei comportamenti punibili *nel complesso* – cioè considerando anche i requisiti inerenti alla colpevolezza – coincide quasi completamente».

<sup>49</sup> Correttamente, quindi, si parla a tal proposito di una *pluralità* di agenti modello: v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 196; ID., *Il reato come ‘azione’. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 159; ROMANO, sub *art. 43*, in *Commentario*, cit., n. 72; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 353; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 546, ove v. pure ulteriori rinvii alla dottrina conforme. Si veda altresì l’azzeccata formula “*differenzierte Maßfigur*”, usata dalla dottrina di lingua tedesca (v., *ex pluris*, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 54; SCHROEDER, *Commento al § 16*, in *StGB Leipziger Kommentar*, XI ed., Berlin-New York (Stand 1.4.1994), Rn. 151, p. 76).

rappresenterà né l'esponente 'medio', né l'esponente 'sapientissimo ed esper-tissimo' del gruppo di persone che svolge quel tipo di attività o che agisce in quel tipo di situazione.

A tale osservatore ideale – ricavato finora 'per esclusione' – possiamo dare il nome di 'agente-modello'<sup>50</sup> o, con terminologia di illustre ascendenza, di 'homo eiusdem professionis et condicionis'<sup>51</sup>, o ancora, con formula di nuovo conio, di 'omologo agente ideale'<sup>52</sup>. Tuttavia, a questo punto sappiamo solo che cosa *non* deve essere il nostro agente-modello; per conferirgli, invece, un *volto specifico*, converrà illustrare, nel prossimo paragrafo, il procedimento attraverso il quale va costruito tale agente-modello<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Sull'utilizzo del parametro dell'agente-modello (pur variamente denominato), concorda la dottrina dominante: v., *ex pluris*, MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 215 e p. 272; JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa nel mondo moderno*, in *Scuola pos.*, 1966, p. 367 ss.; ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., n. 72 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337. Per un'argomentata opinione dissenziente, v. tuttavia GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1295, secondo il quale il criterio dell'agente-modello sarebbe evanescente, inadeguato e liberticida; nello stesso senso ID., *Commento all'art. 43*, cit., n. 14, p. 318 s.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 96 s. Per una recente rivisitazione della figura dell'agente-modello, messo 'a dura prova', da una parte, dall'evoluzione tecnologica delle società contemporanee e, dall'altra, dalla graduale emersione del c.d. principio di precauzione, v. altresì ATTILI, *L'agente-modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss.

<sup>51</sup> Come ci informa MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 46, la formula "homo eiusdem professionis et condicionis" venne utilizzata, in merito alla tematica della colpa, già da Bartolo e da altri Post-glossatori. La divulgazione di tale formula in epoca moderna si deve allo stesso MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 46 ss., e, all'interno della dottrina italiana, a MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 272 e *passim*.

<sup>52</sup> Poiché la tradizionale formula "homo eiusdem professionis et condicionis" potrebbe essere fonte di alcuni equivoci (v. *infra*, § 5.2.3), in altra sede chi scrive ha ritenuto più opportuno ribattezzare l'agente-modello col nome di *omologo agente ideale*: sulle ragioni di tale scelta, sia consentito rinviare a BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 280 ss.

<sup>53</sup> Per un'esplicita adesione giurisprudenziale alla dottrina che suggerisce l'impiego della figura dell'agente-modello in sede di accertamento della colpa, v., ad esempio, Cass., Sez. IV, 1° luglio 1992, Boano, in *CED Cass.*, n. 193035, secondo cui il "modello d'agente" è costituito dal «modello dell'homo eiusdem condicionis et professionis, ossia dal modello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività, che importa l'assunzione di certe responsabilità, nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello e faccia tutto ciò che da questo ci si aspetta». Più di recente, in senso analogo, v. Cass., Sez. IV, 9 luglio 2003, Bruno, in *CED Cass.*, n. 225958; Cass., Sez. IV, 17 maggio 2007, Bartalini, in *Foro it.*, 2007, II, c. 550.

5.2. *Il procedimento di costruzione dell'agente-modello a partire da talune note distintive desunte dalla persona dell'agente concreto*

Per soddisfare adeguatamente le esigenze di accertamento processuale della colpa generica, la costruzione dell'agente-modello – dal cui punto di vista valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento – ci sembra debba avvenire in base al seguente procedimento:

- 1) prima di tutto si prendono le mosse proprio dalla *persona reale dell'imputato*. Benché per i motivi anzidetti il punto di vista dal quale valutare prevedibilità ed evitabilità dell'evento non potrà mai essere quello dell'imputato (v., *supra*, § 5.1, punto 1), l'agente-modello che stiamo per costruire non dovrà comunque allontanarsi troppo dalla persona reale di costui: lo impone il principio di colpevolezza, in virtù del quale occorre preservare alla qualifica di colpa quel minimo di aderenza alla persona dell'agente concreto che le consenta di considerarla effettivo criterio di imputazione personale<sup>54</sup>. In effetti, come è stato opportunamente rilevato, «non è possibile fare completamente astrazione dalla persona dell'agente: non fosse altro perché una sua particolare capacità o conoscenza, o una sua accentuata incapacità o ignoranza, possono costituire il motivo principale dell'addebito di colpa»<sup>55</sup>;
- 2) sulla base di *alcune* (e vedremo subito appresso, quali) *note distintive* desunte dalla persona dell'imputato, si individuerà un *gruppo di persone* a lui 'omologhe' (in dottrina si parla a tal proposito di "circolo di rapporti" o, con terminologia d'importazione, di "*Verkehrskreis*"<sup>56</sup>);
- 3) all'interno di tale gruppo di persone, occorrerà infine 'pensare', 'immaginare' mentalmente un *agente-modello* quale esponente – non già 'medio' e nemmeno 'sapientissimo ed espertissimo', ma – 'coscienzioso ed avveduto' di tale gruppo<sup>57</sup>.

Il secondo passaggio di questo procedimento merita un approfondimento, in quanto è di fondamentale importanza individuare le *note distintive* (cioè i tratti caratteristici, le qualità salienti) della persona dell'imputato che possono essere assunte quali indici di selezione del "circolo di rapporti", dal quale poi

<sup>54</sup> Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 639.

<sup>55</sup> MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 185.

<sup>56</sup> V., *ex pluris*, SCHROEDER, *Commento al § 16*, cit., Rn. 151 (con ulteriori rinvii).

<sup>57</sup> In tal senso v. ROMANO, sub *art. 43*, in *Commentario*, cit., n. 72 ss.; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 237 (entrambi con ulteriori citazioni di dottrina conforme).

‘estrapolare mentalmente’ l’esponente coscienzioso ed avveduto dal cui punto di vista andranno valutate prevedibilità ed evitabilità dell’evento.

Riteniamo che tali note distintive possano essere di volta in volta costituite, a seconda delle peculiarità del caso concreto, da uno o più dei seguenti elementi:

- a) *la professione, l’ufficio, il mestiere svolto dall’agente concreto*: ad esempio, la professione di medico, architetto, ingegnere; l’ufficio di impiegato di banca o di ferroviere; il mestiere di idraulico, barbiere, muratore, etc. In virtù di tale nota distintiva è talora possibile approdare ad un grado ancora più avanzato di selezione del circolo di rapporti più prossimo all’agente concreto, distinguendo, all’interno di ogni professione/ufficio/mestiere, in base alle specializzazioni professionali: così si potrà distinguere, all’interno della categoria degli ingegneri, tra ingegneri civili, meccanici, aeronautici, tecnologici, etc.; all’interno della categoria dei ferrovieri, tra capotreno, controllore, macchinista, etc.<sup>58</sup>;
- b) *l’attività svolta, nel caso di specie, dall’agente concreto*: spesso tale nota distintiva si sovrappone e viene a coincidere con quella, appena vista, della professione/ufficio/mestiere. Ad esempio, si può fare riferimento, in modo equivalente, tanto alla ‘professione’ di medico, quanto alla ‘attività’ di medico. Altre volte, invece, l’attività svolta non può essere inquadrata in una professione, in un ufficio o in un mestiere, nel senso stretto del termine. È il caso, ad esempio, della ‘attività’ di automobilista (non professionista), di cacciatore per hobby, di utilizzatore dei mezzi pubblici di trasporto, di avventore di locali pubblici, etc. Rispetto a tali casi risulta opportuno, per-

<sup>58</sup> Già in tal senso MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 45. Più di recente, cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 194 ss.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 57; V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 300 s.; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 240; CANESTRARI, *L’illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 126; nella manualistica v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337; LUNGHINI, *Commento all’art. 43*, cit., n. 84 (ed ivi ulteriori citazioni di letteratura e giurisprudenza); conforme, in ambito civilistico, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 144. Per una esemplificazione di come una pluralità di agenti-modello sia pensabile anche all’interno di una stessa professione (quella medico-chirurgica), cfr. CRESPI, voce *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 592: «la misura della perizia oggettivamente richiesta nell’espletamento dell’attività sanitaria è graduabile secondo che il medico appartenga alla cerchia dei cattedratici, degli specialisti o dei semplici medici generici». Nello stesso senso, già ID., *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 119.

tanto, considerare la nota distintiva dell' 'attività' separatamente dalla nota distintiva della 'professione'<sup>59</sup>;

- c) *l'età dell'agente concreto*, in particolare la giovane età o l'età molto avanzata<sup>60</sup>: ad esempio, l'esponente coscienzioso ed avveduto del circolo di persone costituito dagli 'automobilisti ottantenni', nel percorrere una strada antistante ad una scuola durante l'uscita degli alunni, metterà in conto, al fine di determinare la velocità del suo veicolo, tempi di reazione per un'eventuale frenata più lunghi di quelli messi in conto dall'esponente coscienzioso ed avveduto del circolo di persone costituito dagli 'automobilisti trentenni', che percorra, nelle stesse condizioni, quella stessa strada;
- d) *le più significative e marcate caratteristiche, durature ed imm modificabili (o difficilmente modificabili<sup>61</sup>), della struttura fisica dell'agente concreto* (forza fisica, altezza, agilità corporea), *comprese le sue eventuali menomazioni fisiche* (menomazioni dei sensi, come miopia o cecità, e degli arti, come una paralisi alle gambe o un'amputazione di alcune dita della mano)<sup>62</sup>: ad esempio, l'esponente coscienzioso ed avveduto del circolo di rapporti 'persone molto robuste' provvederà accuratamente a contenere la forza con la quale scaglia un ceffone ad un ragazzino che sta tentando di rubargli il portafogli, mentre un analogo, accurato dosaggio delle forze non sarà preteso dall'esponente coscienzioso ed avveduto del circolo di rapporti 'persone molto esili'.

<sup>59</sup> Cfr. Autori citati nella nota precedente. Va, altresì, precisato, che solo le attività 'specifiche' – quelle attività, cioè, caratterizzate da *evidenti e marcati tratti distintivi* – possono utilmente essere impiegate quale nota distintiva per la selezione di un circolo di rapporti: in argomento, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 290 ss.

<sup>60</sup> Cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 200; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 190; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 240; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337. Ai fini dell'accertamento della colpa, rilievo all'età viene conferito, in ambito civilistico, da DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung*, Köln, 1963, p. 131 e, più di recente, da TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 144.

<sup>61</sup> Per quest'ultima precisazione, v. SCHROEDER, *Commento al § 16*, cit., Rn. 153.

<sup>62</sup> Cfr. MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 24; più di recente, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 190, il quale rileva che il § 6 dello StGB austriaco conferisce esplicito rilievo, in sede di definizione della colpa, alle caratteristiche fisiche ("*körperliche Verhältnisse*") dell'agente concreto; nello stesso senso, nella dottrina italiana, v. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., p. 159 s., e nota n. 98; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 299; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337; conforme, in ambito civilistico, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 144. Una parte della dottrina conferisce rilievo anche al sesso dell'agente concreto: in tal senso, v. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 240; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 190, e, tra i civilisti, DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 131.

Per quanto riguarda, in particolare, le eventuali *menomazioni fisiche*, occorre sottolineare che queste potranno giovare all'agente concreto in sede di valutazione della colpa (nel senso che potranno essere prese in considerazione al fine di individuare un circolo di rapporti costituito da persone affette dalle sue stesse menomazioni) solo a condizione che egli abbia provveduto a renderle riconoscibili all'esterno<sup>63</sup>; d'altra parte, tali menomazioni non potranno giovargli quando la violazione della regola cautelare consista proprio nell'essersi assunto un compito che, a causa di tali menomazioni, non era in grado di assolvere: in questi casi, infatti, se l'agente poteva essere consapevole di tali suoi limiti, si espone ad un rimprovero di colpa per assunzione<sup>64</sup>;

- e) quanto ai *deficit intellettuali, culturali e di esperienza* dell'agente concreto, è controverso se essi possano essere assunti quali indici di selezione del circolo di rapporti, dal quale 'estrapolare' l'esponente coscienzioso ed avveduto. A tale questione è dedicato, in considerazione della sua complessità, il paragrafo successivo (v., *infra*, § 5.2.1);
- f) è certo, invece, che *non* possano mai essere utilizzate come indici di selezione del circolo di rapporti rilevante le *qualità negative attinenti alla sfera psico-caratterologica ed emotiva dell'agente concreto*, quali ad esempio l'indifferenza, la leggerezza, la superficialità, l'aggressività, l'assenza di scrupoli, la svogliatezza, la pigrizia e simili<sup>65</sup>. L'ordinamento giuridico *pretende*, infatti, che l'agente concreto esprima valutazioni e giudizi conformi o, per lo meno,

<sup>63</sup> Tale ultima limitazione risulta imposta dal principio di affidamento: cfr., sia pur con diversi svolgimenti, V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 307 s.; MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 198; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 290 s.; in ambito civilistico, v. DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 140.

<sup>64</sup> In argomento v. ROMANO, sub *art.* 43, in *Commentario*, cit., n. 105, con ulteriori citazioni.

<sup>65</sup> La questione – in passato assai controversa (come testimonia la monografia di MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 5 ss.) – è oggi risolta in senso negativo dalla dottrina pressoché unanime: v., *ex pluris*, PALAZZO, *Corso di diritto penale - parte generale*, II ed., Torino, 2006, p. 476; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 338; ROMANO, *Commentario*, cit., sub *art.* 43, n. 103; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 299. Nella dottrina di lingua tedesca, l'orientamento negativo risale quanto meno ad EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig-Wien, 1910, p. 165 ss.; più di recente, per l'irrelevanza delle qualità negative attinenti alla sfera psico-caratterologica ed emotiva dell'agente concreto, v. JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, V ed., Berlin, 1996, p. 594; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 189 s. Sulle difficoltà di ordine sistematico e probatorio che – stante anche il divieto di perizie sul carattere e la personalità dell'imputato di cui all'art. 220 c.p.p. – sorgerebbero nell'eventualità in cui si volesse conferire rilievo

compatibili con i valori da esso tutelati, e pertanto non può prendere in rilievo *in bonam partem* i suddetti *deficit* in sede di costruzione del parametro 'normativo' dell'agente-modello<sup>66</sup>. Come è stato giustamente rilevato, infatti, «la funzione preventiva del diritto penale risulterebbe eccessivamente indebolita se il reo potesse trarre vantaggio da quelle caratteristiche della personalità che lo inducono a violare facilmente la legge penale»<sup>67</sup>.

### 5.2.1. *In particolare: la controversa rilevanza dei deficit intellettuali, culturali e di esperienza dell'agente concreto*

1. Come anticipato, una questione assai complessa concerne la possibilità di dare rilievo, in sede di accertamento della colpa, anche ai *deficit intellettuali, culturali e di esperienza* dell'agente concreto, ed in merito è ancora acceso lo scontro tra i sostenitori di una 'doppia misura' e i sostenitori di una 'misura unica' della colpa<sup>68</sup>: sia gli uni che gli altri, infatti, ricostruiscono il parametro dell'agente-modello prescindendo dai *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza dell'agente concreto, ma i primi conferiscono rilievo a tali *deficit* in una successiva fase (ignota ai secondi), allorché procedono a verificare l'esigibilità dell'osservanza della regola 'oggettiva' di cautela da parte dell'agente concreto<sup>69</sup>.

A favore della rilevanza dei *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza dell'agente concreto si sono ad esempio espressi i seguenti sostenitori della 'doppia misura' della colpa:

---

alle qualità negative della sfera psico-caratterologica ed emotiva dell'agente concreto v., anche per i necessari rinvii, BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 627 ss.

<sup>66</sup> Cfr. BURGSTALLER, *Commento al § 6*, in *Wiener Kommentar zum StGB*, II ed., Wien, 2001, Rn. 87; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht*, AT I, VI ed., Wien, 2004, p. 205 ss.

<sup>67</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 562.

<sup>68</sup> Sulla teoria della 'doppia misura' della colpa, v. anche, *supra*, note nn. 45-48, e testo corrispondente.

<sup>69</sup> Sul punto risultano ancora attuali le considerazioni di MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 5 s. Più di recente, v. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, p. 292 ss. Come giustamente rilevano FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 562, «la scelta a favore o contro l'inclusione nel giudizio di colpa dei limiti (...) intellettuali è, in verità, influenzata da opzioni di fondo circa il peso da assegnare al principio di colpevolezza ovvero alle esigenze di prevenzione generale».

- Burgstaller, secondo il quale occorre dare rilievo “all’intelligenza, alla cultura (*Bildung*), al patrimonio di esperienze (*Erfahrungswissen*)” dell’agente concreto<sup>70</sup>;
- Fiandaca e Musco, che richiamano il «livello di socializzazione e di scolarizzazione, conoscenze ed esperienze» dell’agente concreto<sup>71</sup>;
- Romano, il quale prende in considerazione il «livello individuale di conoscenze, energie ed esperienze», la «mancanza di intelligenza o di conoscenze», nonché i «limiti intellettuali» dell’agente concreto<sup>72</sup>;
- Padovani, per il quale occorre dare rilievo al «livello intellettuale e tecnico dell’agente concreto», segnatamente «in rapporto alla sua cultura e al suo grado di abilità operativa»<sup>73</sup>.

Per contro, tra gli Autori che *non* distinguono tra misura ‘soggettiva’ e misura ‘oggettiva’ della colpa, possiamo ricordare la posizione di Marinucci e Dolcini, che negano esplicitamente qualsivoglia rilevanza ai *deficit* delle «doti intellettuali, culturali e di esperienza» dell’agente concreto<sup>74</sup>.

2. A ben vedere, tuttavia, la distanza tra i due opposti orientamenti – almeno per quanto riguarda gli esiti applicativi: ed è questo il terreno che alla fine più interessa quando parliamo di ‘accertamento processuale della colpa’ – è meno profonda di quanto a tutta prima potrebbe sembrare, e potrebbe essere anche colmata del tutto se si mettesse in luce una premessa che, pur comune ad entrambi gli orientamenti, è rimasta finora per lo più in ombra.

Tale premessa concerne la necessità di tracciare una *distinzione preliminare* tra:

- a) i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza che affliggono l’agente concreto *in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi*, da un lato, e
- b) i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza derivanti da carenze *individuali* di preparazione e informazione, o da lacune *personali* nel percorso

<sup>70</sup> BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 190, con citazioni di ulteriore dottrina di lingua tedesca. Burgstaller tra l’altro segnala che il § 6 dello StGB austriaco conferisce esplicito rilievo, in sede di definizione della colpa, alle caratteristiche intellettuali (“*geistige Verhältnisse*”) dell’agente concreto.

<sup>71</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 562.

<sup>72</sup> ROMANO, sub *art.* 43, in *Commentario*, cit., n. 101 e n. 103, con ulteriori citazioni di dottrina conforme.

<sup>73</sup> PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 211 s.

<sup>74</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 299.



scolastico e formativo dell'agente concreto, e che sono il prodotto, diretto o indiretto, di qualità negative attinenti alla sua sfera psico-caratterologica ed emotiva, dall'altro lato.

3. Tale distinzione risulta, in effetti, assai preziosa in quanto solo la prima serie di *deficit* – a differenza della seconda – può assumere una rilevanza oggettivabile e può, quindi, essere proficuamente utilizzata per selezionare un circolo di rapporti da cui 'estrapolare' l'agente-modello, quale esponente coscienzioso ed avveduto di tale circolo.

Da tale distinzione ci sembra abbia preso le mosse, già nel 1912, Mannheim – uno dei più autorevoli sostenitori della 'misura unica' della colpa – per risolvere il celebre caso, realmente accaduto, di una *donna, moglie di un pastore di mucche*, la quale, alla fine del 1800, dando credito ad una superstizione profondamente radicata nell'ambiente in cui viveva, aveva posto il proprio figlioletto in un forno ancora caldo nella speranza di guarirlo dalla scrofolosi di cui era affetto, ma in realtà provocandone la morte per soffocamento. Mannheim propendeva, infatti, per l'assoluzione della donna dall'imputazione di omicidio colposo sulla base della seguente considerazione: «l'imputata condivide la sua superstizione con molti altri ed ha agito come avrebbero agito tutte le persone, alle quali ella appartiene per nascita, educazione, modo di pensare, cultura (con l'eccezione, forse, di qualche mente illuminata), ed è per questo motivo che noi l'assolviamo: non perché era personalmente incapace di prevedere quell'evento, ma perché ella condivide tale incapacità con altri»<sup>75</sup>.

Ma da questa stessa distinzione, per quanto inespresa, ci sembra prendano le mosse, in realtà, anche i sostenitori della 'doppia misura' della colpa quando passano all'esemplificazione pratica della loro opinione circa l'asserita rilevanza di *deficit* intellettuali, culturali e d'esperienza dell'imputato<sup>76</sup>.

Si pensi, ad esempio, al caso ipotizzato da Romano e da Fiandaca e Musco dell'*anziana contadina* che, venuta per la prima volta in città e ignara dell'apertura automatica delle porte del metrò, non impedisce al nipotino a lei affidato di appoggiarsi alle pareti delle stesse, con conseguente sua caduta<sup>77</sup>. Si pensi, altresì, al caso prospettato da Padovani di una *domestica da poco giunta da un paese del Terzo Mondo*, la quale provoca un corto circuito ed un conseguente incendio, maneggiando apparecchi

<sup>75</sup> MANNHEIM, *Der Maßstab*, cit., p. 50.

<sup>76</sup> Per il passato, v. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, cit., p. 163 s., il quale – pur partendo da una concezione della 'misura' della colpa opposta a quella di Mannheim – si pronunciava anch'egli a favore dell'assoluzione, per difetto di colpa, della donna che aveva tentato di guarire il figlio dalla scrofolosi.

<sup>77</sup> ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., n. 102; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 562.

elettrici sulle cui caratteristiche nessuno l'ha convenientemente istruita<sup>78</sup>. Ebbene, tali Autori propendono per l'assoluzione delle imputate, per difetto della colpa nella sua misura 'soggettiva', in quanto non si sarebbe potuto pretendere da *quella* anziana contadina, né da *quella* domestica straniera il rispetto di regole cautelari che governano, rispettivamente, gli spostamenti in metropolitana della *generalità* dei cittadini, o l'attività di riordino delle case da parte della *generalità* delle domestiche.

Ma al medesimo esito assolutorio si potrebbe giungere facendo leva sulla *peculiarità natura* dei *deficit* intellettuali, culturali e d'esperienza delle imputate nei due casi sopra prospettati: segnatamente, *deficit* che affliggono l'anziana contadina e la domestica straniera proprio *in quanto membri di un gruppo o di una categoria più ampi* – rispettivamente, la categoria degli anziani contadini che si recano per la prima volta in città, e la categoria degli stranieri appena giunti da Paesi dove non hanno mai visto in funzione un aspirapolvere o uno spremiagrumi elettrico. I loro *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza sono quindi oggettivabili, e in quanto tali senz'altro utilizzabili quali indici di selezione di un circolo di rapporti dal quale estrapolare 'mentalmente' un agente-modello che soffre dei medesimi limiti: ed è a questo agente-modello che chiederemo se l'evento 'caduta del nipotino', o 'corto circuito' era effettivamente prevedibile ed evitabile.

Insomma: di fronte a *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza che affliggono l'agente concreto *in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi*, la soluzione a cui giungono tanto i sostenitori della misura 'unica' quanto i sostenitori della misura 'doppia' è la stessa: essi *devono* rilevare in sede di accertamento della colpa. E a noi pare che tale soluzione si possa al meglio argomentare proprio sottolineando la natura 'oggettiva' di tali *deficit*, che consente di utilizzarli proficuamente quali indici di selezione di un circolo di rapporti da cui estrapolare l'agente-modello: al pari di quanto abbiamo visto avvenire in relazione alla professione e/o all'attività e/o all'età e/o alle caratteristiche fisiche dell'agente concreto (v., *supra*, § 5.2).

Facendo leva sui *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza che colpiscono l'agente concreto *in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi* (tutte, o quasi, le persone che vivono in una determinata zona rurale; tutte, o quasi, le anziane contadine che vengono per la prima volta in città; tutte, o quasi, le persone appena giunte da un paese del Terzo Mondo, etc.) è in effetti possibile individuare un circolo di rapporti dal quale 'estrapolare' un agente-modello che soffre anch'egli dei medesimi limiti.

Del resto, non si tratta che di compiere l'operazione – uguale ma inversa – che viene compiuta senza riserve allorché dinanzi alle doti intellettuali, cultura-

<sup>78</sup> PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

li e di esperienza dell'agente concreto compaia il segno 'più', anziché il segno 'meno'. Quando, infatti, abbiamo a che fare con un agente concreto depositario di un *surplus* di doti intellettuali, culturali e di esperienza e tali sue doti si rivelano idonee a selezionare un circolo di rapporti più elevato (ad esempio, il circolo di rapporti dei medici specialisti in ortopedia, contrapposto a quello dei medici generici; il circolo di rapporti degli infermieri capo-sala rispetto a quello degli infermieri, etc.), sarà dal punto di vista dell'esponente coscienzioso ed avveduto di tale circolo di rapporti più elevato (l'agente-modello 'medico specialista in ortopedia' o 'infermiere capo-sala') che valuteremo la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento<sup>79</sup>: e non pare sussistere alcuna ragione valida perché si debba procedere diversamente quando le doti intellettuali, culturali e di esperienza siano di segno negativo (*deficit*), anziché di segno positivo (*surplus*). Anche in caso di doti di segno negativo occorrerà, quindi, verificare se esse possano essere assunte quali indici di selezione di un circolo di rapporti – questa volta, di livello più basso – dal quale poi estrapolare mentalmente un esponente coscienzioso ed avveduto.

4. *Ben diverso* è, invece, il discorso quando i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza derivino da carenze *individuali* di preparazione e informazione o da lacune *personali* nel percorso scolastico e formativo dell'agente concreto.

Rispetto a questa seconda serie di *deficit* risulta del tutto condivisibile l'opinione di Marinucci e Dolcini che negano rilevanza ai *deficit* delle "doti intellettuali, culturali e di esperienza" dell'agente concreto, e che efficacemente esemplificano nei seguenti termini: «il medico non potrà appellarsi al fatto che non era presente alla lezione o alle lezioni in cui sono stati spiegati il funzionamento e/o le patologie di questo o quell'organo umano, nonché i segni per riconoscere la presenza di tali patologie, né potrà invocare il fatto di non aver letto la rivista medica che indicava i pericoli di un farmaco in precedenza comunemente prescritto, né analoghe allegazioni di ignoranza o disinformazione potranno giovare al progettista di un'abitazione, al geologo, al costruttore di impianti di risalita sciistica, etc.»<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> In proposito, v. anche *infra*, § 5.2.2, in particolare n. 2.1.

<sup>80</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 299. Poco oltre gli Autori ribadiscono che «il medico non potrà scusarsi per non aver riconosciuto i palesi sintomi di una data malattia (ad esempio, l'AIDS), allegando di non aver frequentato la lezione universitaria nella quale si trattava di quella malattia e dei suoi sintomi, ovvero dichiarando di non essersi aggiornato, dopo la laurea, sulla letteratura medica corrente che illustra quella malattia, ignota ai tempi dei suoi studi».

Nella prospettiva della costruzione dell'agente-modello attraverso note distintive desunte dalla persona dell'agente concreto, la denegata rilevanza dei *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza di questo secondo tipo ben si giustifica in quanto essi non potrebbero essere assunti come indice oggettivo di selezione di alcun circolo di rapporti. Né sarebbe possibile obiettare che si potrebbe comunque individuare un circolo di rapporti costituito dai medici che, da studenti, non erano presenti ad una determinata lezione di un determinato professore, o dai medici che non hanno letto una certa rivista dedicata ad un certo farmaco. Tale strada, infatti, risulterebbe impraticabile non solo perché ci condurrebbe ad un indebito appiattimento della figura dell'agente-modello sulla figura della persona dell'agente concreto (v., *supra*, § 5.1, punto 1), ma soprattutto perché in tal modo faremmo rientrare dalla finestra ciò che abbiamo voluto cacciare dalla porta: le *qualità negative* attinenti alla sfera *psico-caratterologica* ed *emotiva* dell'agente concreto (v., *supra*, § 5.2, lett. *f*). È agevole constatare, infatti, che le carenze individuali di preparazione e informazione o le lacune personali nel percorso scolastico e formativo dell'agente concreto sono per lo più il prodotto, diretto o indiretto, proprio di siffatte qualità negative, quali, ad esempio, la sua indifferenza, la sua superficialità, la sua assenza di scrupoli, la sua svogliatezza, la sua pigrizia, e simili.

Si noti d'altra parte che, ancora una volta, a questa stessa soluzione – i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza risalenti a carenze individuali di preparazione e informazione o a lacune personali nel percorso scolastico e formativo *non* valgono ad esonerare dalla colpa – giunge in sostanza anche la gran parte dei sostenitori della 'doppia misura' della colpa. Essi, benché partano dall'idea che occorra conferire rilievo a (tutti) i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza del concreto soggetto agente<sup>81</sup>, in realtà poi, quando l'esame cade su casi concreti che evidenziano carenze individuali di preparazione e informazione o lacune personali nel percorso scolastico e formativo, recuperano la possibilità di muovere un rimprovero di colpa nei confronti del soggetto agente affetto da *deficit* di questo secondo tipo sul terreno della c.d. 'colpa per assunzione'.

Si consideri, ad esempio, la posizione di Burgstaller, il quale, se da un lato conferisce rilievo all'«intelligenza, cultura, patrimonio di esperienze dell'agente concreto»<sup>82</sup>, dall'altro si affretta a precisare che «nella stragrande maggioranza dei casi in cui al soggetto agente non può essere rimproverata, a livello di colpevolezza, la violazione

<sup>81</sup> V. Autori citati, *supra*, note nn. 70-73.

<sup>82</sup> V., *supra*, nota n. 70.

di una regola oggettiva di cautela in considerazione dei suoi limiti intellettuali (...), viene in gioco la figura della c.d. colpa per assunzione», per aver egli assunto spontaneamente un compito senza avere le conoscenze e le capacità adeguate per assolverlo, quantunque tale difetto di conoscenze e capacità gli fosse noto o conoscibile<sup>83</sup>.

Nello stesso senso si esprime anche un ulteriore sostenitore della 'doppia misura' della colpa, Mantovani, ad avviso del quale – in sede di valutazione di un'eventuale colpa per assunzione – non potranno rilevare *a favore* dell'agente concreto «le caratteristiche intellettuali (inadeguati livelli di intelligenza, di conoscenza, di esperienza, di scolarità) (...) a lui note o di cui l'agente-modello poteva rendersi conto. Es.: medico inesperto o modesto geometra che si avventurano, con scontati esiti infausti, nella chirurgia d'avanguardia o nella costruzione di arditi ponti in cemento armato»<sup>84</sup>.

5. *In conclusione*, possiamo quindi ritenere che:

- se i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza colpiscono l'agente concreto *in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi*, essi possiedono una rilevanza oggettiva e possono, quindi, essere proficuamente utilizzati per selezionare un circolo di rapporti, all'interno del quale 'estrapolare' un agente-modello, quale esponente coscienzioso ed avveduto di tale circolo;
- per contro, se i *deficit* intellettuali, culturali e di esperienza derivano da carenze *individuali* di preparazione e informazione, o da lacune *personali* nel percorso scolastico e formativo dell'agente concreto, essi non valgono a sottrarlo dal rimprovero di colpa, in quanto non possono essere in alcun modo utilizzati in sede di costruzione dell'agente-modello.

#### 5.2.2. *In particolare: le 'superiori' conoscenze ed abilità dell'agente concreto*

Per completare l'illustrazione del procedimento di costruzione dell'agente-modello a partire da talune note distintive desunte dalla persona dell'agente concreto, occorre a questo punto chiedersi quale ruolo possano in tale sede svolgere le eventuali '*superiori*' conoscenze ed abilità dell'agente concreto.

Anche a questo proposito conviene prendere le mosse da una distinzione preliminare, e segnatamente dalla distinzione tra:

- 1) *conoscenze ontologiche* (cioè sulla realtà di fatto), da un lato, e

<sup>83</sup> BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 192 s. Tra gli Autori citati alle note nn. 70-73 seguono la stessa impostazione di Burgstaller anche PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212, e ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., n. 105.

<sup>84</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 338.

2) *conoscenze nomologiche* (cioè patrimonio di regole d'esperienza e di leggi scientifiche) e *abilità* (cioè capacità operative), dall'altro <sup>85</sup>.

1) Dire che l'agente concreto dispone di '*superiori*' *conoscenze ontologiche* significa che egli ha una conoscenza sui dati di fatto, sulla situazione concreta, di cui normalmente non dispongono gli altri appartenenti al suo stesso circolo di rapporti. Ad esempio, l'agente concreto Tizio – poiché ci è passato davanti il giorno prima mentre girava a piedi – sa che la strada che sta percorrendo in quel momento in auto, presenta, in un determinato punto, una profonda buca, difficilmente visibile da chi siede nell'abitacolo di un'auto; questa stessa circostanza è, invece ignota alla generalità degli (altri) automobilisti.

Il nostro problema consiste, quindi, nel decidere se tale 'superiore' conoscenza ontologica dell'agente concreto rilevi nel momento in cui ci chiediamo se era prevedibile ed evitabile, dal punto di vista dell'agente-modello, la perdita di controllo dell'auto da parte di Tizio che non ha rallentato in prossimità di quella buca, così cagionando l'investimento di un pedone. A ben vedere, tuttavia, si tratta di questione che non riguarda il '*punto di vista*' dal quale valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento, bensì la '*base*' di tale valutazione <sup>86</sup>. In questa sede, pertanto, non possiamo soffermarci su tale questione e ci sia consentito limitarci a richiamare l'orientamento espresso a tal proposito dalla dottrina maggioritaria <sup>87</sup>, e di recente accolto alla lettera anche dalla Cassazione <sup>88</sup>: nella '*base*' del giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento «rientra non solo il conoscibile, ma anche il concretamente ed attualmente conosciuto».

2) Che cosa significa, invece, dire che l'agente concreto dispone di '*superiori*' *conoscenze nomologiche e abilità*? Sotto questa formula si rischia di ricondurre confusamente due ipotesi che sono, in realtà, tra loro ben distinte, in quanto riguardano l'una (2.1) casi in cui l'aggettivo 'superiore' esprime una comparazione *tra più circoli di rapporti*, e l'altra (2.2) casi in cui l'aggettivo 'superiore' esprime invece una comparazione *tra l'agente concreto e gli altri appartenenti al suo stesso circolo di rapporti*:

<sup>85</sup> Sul punto, anche per ulteriori rinvii, v. ROMANO, sub *art. 43*, in *Commentario*, cit., n. 74.

<sup>86</sup> Sulla '*base*' della valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, v. *supra*, § 4.

<sup>87</sup> Cfr., anche per ulteriori rinvii, ROMANO, sub *art. 43*, in *Commentario*, cit., nn. 74-76; LUNGHINI, *Commento all'art. 43*, cit., n. 86; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 65; conforme, in ambito civilistico, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 144.

<sup>88</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 22 maggio 2008, Ottonello, in *CED Cass.*, n. 240859.

2.1) nella prima ipotesi, la 'superiorità' del patrimonio di conoscenze nomologiche e abilità non riguarda l'agente concreto in sé, ma tutti gli appartenenti al suo circolo di rapporti *rispetto agli appartenenti ad un circolo di rapporti inferiore, meno specializzato*. L'agente concreto va, quindi, collocato all'interno di un circolo di rapporti particolarmente elevato e specializzato proprio perché dispone delle straordinarie conoscenze nomologiche e delle notevoli abilità richieste per svolgere quell'attività: l'agente concreto, ad esempio, non è un 'normale' medico ortopedico, ma è il primario del reparto di ortopedia di un ospedale all'avanguardia, e sta in questo momento eseguendo una complessa operazione chirurgica alla quale il paziente si è sottoposto proprio perché ad operarlo è un primario ortopedico, e non un 'normale' ortopedico.

In questa ipotesi le superiori conoscenze nomologiche e abilità dell'agente concreto consentono, pertanto, di selezionare con maggior precisione un circolo di rapporti più elevato, più specializzato: nel nostro caso, non già quello di tutti i medici, e nemmeno quello di tutti i medici ortopedici, ma quello dei medici ortopedici primari<sup>89</sup>. Questa prima ipotesi, pertanto, non presenta alcuna peculiarità rispetto al procedimento di costruzione dell'agente modello illustrato nelle pagine precedenti<sup>90</sup>;

2.2) diversa e più complessa è, invece, l'ipotesi in cui l'aggettivo "superiore" intende esprimere una comparazione tra l'agente concreto e gli altri appartenenti al suo stesso circolo di rapporti: in questo caso l'agente concreto dispone eccezionalmente di conoscenze nomologiche e abilità superiori *rispetto a tutti gli altri appartenenti al circolo di rapporti nel quale egli, in virtù dell'attività che in quel momento sta svolgendo, si è oggettivamente collocato*. Ad esempio, un esperto pilota di rally dispone indubbiamente di conoscenze nomologiche e di abilità concernenti il controllo del veicolo superiori a quelle degli ordinari automobilisti; ma in questo momento il nostro pilota non sta partecipando ad un rally, bensì, a bordo della sua utilitaria, sta circolando per le

---

<sup>89</sup> In giurisprudenza v., ad esempio, Cass., Sez. IV, 9 luglio 2003, Bruno, in *CED Cass.*, n. 225958, secondo la quale la condotta del soggetto agente – nella specie, un medico ginecologo – deve essere valutata sulla base del parametro di «un medico specialista, le cui cognizioni in materia ginecologica non possono essere parificate a quelle di un medico generico».

<sup>90</sup> Ci si potrebbe, tuttavia, chiedere fino a che punto ci si può spingere nella individuazione di circoli di rapporti sempre più elevati e, quindi, sempre più ristretti (dobbiamo arrestarci al circolo di rapporti costituito dagli 'ortopedici primari', o possiamo spingerci fino al circolo di rapporti degli 'ortopedici primari di chiara fama nazionale', o possiamo addirittura fare riferimento all'esclusivo *club* formato dai soli 'ortopedici primari di chiara fama internazionale'?).

vie di una città: egli, quindi, si è collocato nel circolo di rapporti degli 'ordinari' automobilisti (pur essendo ben più abile ed esperto di tutti loro). Se improvvisamente un bambino gli attraversa la strada per rincorrere un pallone, la valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'investimento dovrà essere effettuata dal punto di vista dell'agente-modello 'coscienzioso ed avveduto automobilista', oppure dal punto di vista del 'coscienzioso ed avveduto pilota di rally'? Trattasi di questione vivamente dibattuta in dottrina, rispetto alla quale risulta perfino difficile indicare quale sia l'orientamento al momento prevalente<sup>91</sup>.

Ad una eventuale utilizzazione del punto di vista del 'coscienzioso ed avveduto pilota di rally' si obietta solitamente che in questo modo si pretenderebbe dall'agente concreto sempre il massimo sforzo, anche quando egli, deliberatamente, si colloca in un circolo di rapporti inferiore: si rileva, infatti, «che il diritto penale non può esigere dal soggetto, sempre e comunque, lo sfruttamento integrale delle sue conoscenze e capacità eccezionali»<sup>92</sup>, sicché quando il nostro pilota si inserisce nella normale circolazione stradale non si può pretendere da lui niente di più e niente di meno di quanto si esige dal normale automobilista: la correttezza di una manovra di emergenza compiuta per evitare un ostacolo improvviso sarà dunque commisurata sul metro del comportamento che in quelle circostanze avrebbe tenuto un normale automobilista»<sup>93</sup>.

A ciò, tuttavia, si può efficacemente replicare che, in realtà, l'adozione del punto di vista più elevato non significa affatto costringere l'agente concreto, depositario di 'superiori' conoscenze nomologiche ed abilità, a rimanere costantemente in stato di massima tensione<sup>94</sup>. Così, il nostro pilota di rally che gira per la città, se ne può stare tranquillo e limitarsi a comportarsi da 'ordinario' automobilista fin tanto che l'impiego, anche minimo, delle sue capacità sia sufficiente ad affrontare le situazioni di rischio che la circolazione stradale gli profila. Ma se all'improvviso sbuca fuori un bambino che rincorre il suo pallone, ecco che in quel momento – e solo in quel momento – l'ordinamento può pretendere dall'agente concreto il 'massimo' al fine di sventare una lesione ai beni giuridi-

<sup>91</sup> Per un quadro delle principali posizioni espresse sul punto dalla dottrina contemporanea, cfr. ROMANO, sub art. 43, in *Commentario*, cit., nn. 74-76; LUNGHINI, *Commento all'art. 43*, cit., n. 85; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 112; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 267 s.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 64 ss.; STRATENWERTH, *Zur Individualisierung*, cit., p. 299 ss.

<sup>92</sup> In tal senso v., ad esempio, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337-8.

<sup>93</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 300.

<sup>94</sup> STRATENWERTH, *Zur Individualisierung*, cit., p. 300 s.



ci. Come, infatti, scrive Stratenwerth, «chi potrebbe evitare l'investimento di un pedone che sbuca all'improvviso solo a costo di rischiare di sbandare, lo *deve* fare se, in qualità di esperto pilota di rally, è in grado di controllare un veicolo in fase di sbandata, e non può invocare a sua difesa il fatto che l'automobilista medio presumibilmente sarebbe morto o avrebbe riportato lesioni a causa di quella manovra». Parimenti, «il testimone causale di un incidente stradale che adagia il ferito in una posizione sbagliata cagionandone in tal modo la morte, non può difendersi adducendo la circostanza di aver compiuto quello che avrebbe fatto il profano, se come medico era in grado di accorgersi dell'errore compiuto»<sup>95</sup>.

Appare, pertanto, pienamente condivisibile la conclusione cui giunge Stratenwerth: «sarebbe intollerabile che colui il quale, per indifferenza nei confronti dei beni giuridici altrui, agisce negligenzemente rispetto alle proprie capacità, possa beneficiare del limite al quale solitamente sottostanno le capacità degli altri, ma non certo le sue»<sup>96</sup>.

### 5.2.3. *Un'ultima precisazione in merito al procedimento di costruzione dell'agente-modello*

A conclusione di questa illustrazione del procedimento di costruzione dell'agente-modello e, in particolare, delle note distintive desunte dalla persona dell'agente concreto che possono, o non possono, essere utilizzate per selezionare il circolo di rapporti ad egli più prossimo donde 'estrapolare mentalmente' un esponente coscienzioso ed avveduto, si rende *opportuna un'ultima precisazione*.

Va segnalato, infatti, che le note distintive sopra prese in rassegna *non* devono *tutte*, sempre e comunque, essere utilizzate per individuare il circolo di rapporti rilevante; verranno, invece, utilizzate *solo* quelle che, di volta in volta, presentano una *significativa connessione* con la condotta della cui 'colposità' dobbiamo giudicare nel caso di specie.

Ciò va sottolineato, in particolare, in relazione alla nota distintiva della 'professione/ufficio/mestiere'<sup>97</sup>: se dobbiamo valutare la condotta di Tizio, di professione ingegnere, che per raggiungere l'autobus si mette a correre per una via cittadina molto affollata, in tal modo urtando una anziana signora, la quale, caduta al suolo, si frattura una gamba, la professione di Tizio, *in questo caso di specie*, non assume alcun rilievo nell'individuazione dell'agente-modello. Piuttosto, al fine di individuare la regola cautelare alla quale doveva attenersi Tizio,

<sup>95</sup> STRATENWERTH, *Zur Individualisierung*, cit., p. 301.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> *V. supra*, § 5.2, lett. a).

potrebbero risultare importanti la sua età e le sue più marcate e significative caratteristiche fisiche, perché, ad esempio, la velocità con la quale l'esponente coscienzioso ed avveduto del circolo di rapporti 'persone di mezza età, notevolmente sovrappeso e poco agili' si metterebbe a correre per le vie affollate di una città, è sensibilmente inferiore alla velocità che verrebbe, invece, assunta dall'esponente ideale del circolo di rapporti 'persone giovani, snelle ed agili'.

Dalla celeberrima formula tradizionale *homo eiusdem professionis et condicionis* – che tanti utili servigi ha reso alla dottrina e alla prassi per una migliore comprensione dell'essenza della colpa – non ci si deve, pertanto, far trarre in inganno. Essa è formula riassuntiva di quelle note distintive presenti nella persona dell'agente concreto che, *a seconda del caso di specie*, servono ad individuare l'agente-modello; ma non pretende certo di dar rilevanza, sempre e comunque, alla *professione* svolta dall'agente concreto.

## 6. Conclusione

Nelle pagine precedenti abbiamo cercato di sciogliere uno dei quattro 'nodi' che inevitabilmente vengono 'al pettine' ogni qual volta si voglia procedere ad un *serio* accertamento processuale della colpa (gli altri tre, lo ricordiamo, concernono la 'base', l'oggetto' ed il '*quantum*' di prevedibilità ed evitabilità: v. *supra*, § 4).

Certo: un siffatto *serio* accertamento della colpa risulterà, a questo punto, un traguardo ambizioso e assai complesso; ma è solo facendo 'sul serio' con l'accertamento della colpa che possiamo, *da un lato*, sottrarre la colpa stessa al «continuo rischio di regressi verso forme di responsabilità oggettiva occulta» (in ossequio al principio di colpevolezza)<sup>98</sup> e, *dall'altro*, pervenire a decisioni giudiziali, di condanna o di assoluzione, non arbitrarie né intuitive, ma fondate su motivazioni esplicitate in termini razionali e precisi, e quindi controllabili nei successivi gradi di giudizio (in ossequio al principio di uguaglianza)<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, cit., p. 471; sul punto sia consentito rinviare anche a BASILE, *Colpa in attività illecita*, cit., p. 788 ss.

<sup>99</sup> Sul punto v. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 302 (con riferimento, più in generale, ai criteri relativi all'affermazione o all'esclusione della colpevolezza).