

Fabio Basile

**L'ALTERNATIVA TRA RESPONSABILITÀ
OGGETTIVA E COLPA IN ATTIVITÀ
ILLECITA PER L'IMPUTAZIONE DELLA
CONSEGUENZA ULTERIORE NON
VOLUTA, ALLA LUCE DELLA SENTENZA
RONCI DELLE SEZIONI UNITE
SULL'ART. 586 C.P.**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

L'ALTERNATIVA TRA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA E COLPA
IN ATTIVITÀ ILLECITA PER L'IMPUTAZIONE DELLA
CONSEGUENZA ULTERIORE NON VOLUTA, ALLA LUCE
DELLA SENTENZA RONCI DELLE SEZIONI UNITE
SULL'ART. 586 C.P. (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: le ipotesi problematiche. — 2. Le possibili soluzioni per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso. — 3. Prima soluzione: il *dolus indirectus*. — 4. Seconda soluzione: la responsabilità oggettiva secondo la logica del *versari in re illicita*. — 4.1. Le ragioni del 'successo' della responsabilità oggettiva. — 4.2. Prime reazioni critiche alla responsabilità oggettiva. — 4.3. La responsabilità oggettiva in Italia fino al 1988. — 5. Terza soluzione: la colpa specifica per violazione di legge penale. — 6. Quarta soluzione: la responsabilità oggettiva come responsabilità da rischio illecito. — 7. Quinta soluzione: la colpa (concepita ed accertata nei suoi requisiti ordinari). — 7.1. Le indicazioni interpretative fornite dalla giurisprudenza costituzionale. — 7.2. La soluzione 'costituzionalmente orientata' accolta dalla sentenza Ronci. — 8. È davvero possibile concepire una colpa in attività illecita? — 8.1. Prima obiezione: "la contraddizione che nol consente" - esposizione e replica. — 8.2. Seconda obiezione: l'irreperibilità di un agente-modello in un contesto illecito — esposizione e replica. — 9. Ulteriori conferme alla colpa in attività illecita. — 10. Si scrive "colpa", ma si legge "responsabilità oggettiva"? — 10.1. Primo campanello d'allarme: la colpa per violazione di legge penale. — 10.2. Secondo campanello d'allarme: l'impovertimento contenutistico della colpa in attività illecita in alcune pronunce giurisprudenziali. — 10.3. Terzo campanello d'allarme: la deludente prassi giurisprudenziale tedesca ed austriaca. — 11. Come garantire appieno la capacità di rendimento della colpa in attività illecita? — 12. Colpa in attività illecita - dalle parole ai fatti: a) in relazione all'ipotesi di morte del cessionario di sostanze stupefacenti. — 13. (Segue): b) in relazione ad altre ipotesi di conseguenza non voluta. — 14. Considerazioni sul *quantum* della pena: "nessuna pena più grave senza colpevolezza più grave". — 15. Dopo la sentenza Ronci: possibili sviluppi. — 16. Conclusione.

1. *Introduzione: le ipotesi problematiche.* — Nella recente e fondamentale sentenza della Cassazione 22 gennaio 2009 — dep. 29 maggio 2009, n. 22676, imp. Ronci, Pres. Gemelli, Rel. Franco (nel prosieguo: la "sentenza Ronci"), le Sezioni Unite affrontano, con un solido apparato

(*) Pubblicato in *Studi in onore del prof. Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. II, p. 699-764.

argomentativo e con un'insolita ricchezza di riferimenti di giurisprudenza e di dottrina, la spinosa questione della 'rivalità', da sempre esistente, tra *responsabilità oggettiva e colpa* nel contendersi il ruolo di criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta di un reato-base doloso (1).

Tale sentenza interviene per dirimere un contrasto di giurisprudenza tra sezioni semplici in relazione ai requisiti di applicazione dell'art. 586 (2) nella specifica ipotesi della morte dell'assuntore di sostanze stupefacenti illecitamente cedute. La rilevanza delle affermazioni ivi contenute e la profondità delle valutazioni espresse travalicano, tuttavia, i confini di tale singola norma e sono capaci di riverberarsi su tutte le ipotesi delittuose in cui può per l'appunto profilarsi la predetta alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in relazione all'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta di un reato-base doloso (3): si pensi, oltre che all'art. 586 (e all'art. 83, al primo legato da un rapporto di genere a specie), anche ai delitti dolosi aggravati da un evento necessariamente non voluto, ai delitti preterintenzionali (4), nonché all'*aberratio ictus* e al concorso anomalo di persone di cui all'art. 116.

(1) Si tratta di una sentenza che, per la sua carica dirompente, ha giustamente attirato fin da subito l'attenzione della dottrina: vedi, tra l'altro, le note di CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4585; TESAURO, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni Unite optano per la colpa in concreto*, in *Foro it.*, 2009, II, p. 450; BELTRANI, *La responsabilità del cedente per la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 55; BARTOLI, *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1047 ss.; PICCIALLI, *La colpa dello spacciatore per la morte dell'assuntore di droga*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 887 ss.; MUSACCHIO, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto: la colpevolezza torna a svolgere il suo ruolo primario in tema di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 1 ss.; AMATO G., *I giudici sembrano aver trascurato l'intrinseca pericolosità della cessione*, in *Guida dir.*, 2009, n. 25, p. 56; MINO, *Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni unite ammettono la colpa in attività illecita*, in *Dir. famiglia*, 2009, I, 1691; PALMERINI, *L'imputazione dell'evento morte quale conseguenza non voluta di un reato doloso: il problematico approdo giurisprudenziale al criterio della colpa in concreto*, in *Legislazione pen.*, 2010, p. 45. Nella manualistica, v. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, III ed., Milano, 2009, p. 314 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, VI ed., Bologna, 2010, p. 642 ss.; PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, p. 95 s.

(2) Gli articoli di legge qui di seguito citati senza indicazione ulteriore sono tratti dal codice penale.

(3) Condividono tale valutazione anche PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 95; CARMONA, *La "colpa in concreto"*, cit., p. 4585.

(4) Su tali ipotesi delittuose, v., anche per i necessari rinvii, BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 38 ss.

All'interno di questo scritto non prenderemo, invece, in considerazione le ipotesi di cui agli artt. 117 e 609 *sexies*. Vero è che l'ombra della responsabilità oggettiva si stende anche su di esse; tuttavia, in queste ultime due norme, a differenza di quelle sopra menzionate, la responsabilità oggettiva è riferita non già alla conseguenza ulteriore non voluta di un reato-base doloso, bensì ad altro elemento del fatto tipico: la qualifica di *intraneus* nell'art. 117; l'età della vittima nell'art. 609 *sexies* (5).

Per toccare con mano la rilevanza — non solo teorica ma anche prasseologica — dell'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, possiamo prendere le mosse da alcuni casi giurisprudenziali:

Caso 1 (→ art. 586)

Tre amici, A, B e C, si accordano per acquistare eroina da consumare insieme. Raccolto il denaro, A si reca dallo spacciatore D e, tornato con l'eroina, organizza un festino con B e C a base di alcol e stupefacenti. Assunta l'eroina, C — che già versa in precario stato di salute, è assuntore di notevoli quantità di medicinali ed è dedito all'alcol — accusa un malore e poco dopo muore.

Durante il processo si discute se lo spacciatore D, oltre che del delitto di cessione illecita di sostanze stupefacenti (art. 73 T.U.stup.), debba rispondere, ai sensi dell'art. 586, della morte di C (6).

Caso 2 (→ art. 586)

Nel corso di un alterco derivato da un sinistro stradale, E minaccia la signora F brandendo un martello. Il marito di F, di anni 66, presente alla scena, per lo spavento subito viene colto da malore e decede poco dopo in ospedale.

Durante il processo si discute se E, oltre che del delitto di minaccia (art. 610), debba rispondere, ai sensi dell'art. 586, della morte del marito della signora F (7).

Caso 3 (→ art. 586)

Due pescatori lanciano dalla loro barca due bombe a mano per provocare la morte dei pesci e così poterli raccogliere più agevolmente con le loro reti. L'esplosione di tali bombe cagiona la morte di un subacqueo che stava praticando la pesca subacquea nei pressi della loro imbarcazione.

Durante il processo si discute se i pescatori, oltre che del delitto di danneg-

(5) Su quest'ultima norma è peraltro intervenuta la pronuncia 'correttiva' della Corte costituzionale n. 322 del 2007, la quale sembra aver fornito un'interpretazione dell'art. 609 *sexies* maggiormente conforme al principio di colpevolezza: v. in proposito VIZZARDI, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1351 ss.; RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1461 ss.

(6) Si tratta proprio del caso affrontato dalla sentenza Ronci.

(7) Caso tratto da Cass. 14 gennaio 2002 (ud. 5 novembre 2001), Pellegrino, in *Riv. pen.*, 2002, p. 206.

giamento delle risorse biologiche delle acque marine (pesca di frodo), debbano rispondere, ai sensi dell'art. 586, della morte del subacqueo (8).

Caso 4 (→ art. 584)

Mentre cammina per una via di Milano, la signora G vede, seduta su una panchina insieme a tre amiche, la sua conoscente H, nei confronti della quale nutre motivi di rancore per via di un debito non pagato. Avvicinatasi sorridendo, le dà improvvisamente uno schiaffo, l'afferra per i capelli e la strattona ripetutamente. Nel 'parapiglia' seguito, anche per l'intervento delle altre donne, H cade a terra mentre G continua a colpirla a calci. H viene quindi trasportata in ospedale, dove le viene riscontrata frattura del bacino (segnatamente, alla branca ileo-pubica sinistra) con conseguente immobilizzazione della gamba sinistra. Dimessa con prognosi di 30-35 giorni, viene trovata morta in casa 6 giorni dopo a causa di trombo-embolia polmonare massiva causata dalla suddetta frattura.

Durante il processo si discute se G debba rispondere, ai sensi dell'art. 584, della morte di H (9).

Caso 5 (→ art. 591 comma 3)

Un paziente, operato per l'asportazione di un adenocarcinoma in una clinica privata, durante la notte si aggrava, manifestando una patologia (consistente in accentuati dolori, sudorazione e flessione pressoria, nonché calo della frequenza delle pulsazioni) resistente alle terapie praticate dal medico di guardia. Questi sollecita allora l'intervento di I, medico-chirurgo membro dell'équipe che aveva operato il paziente e che, quella notte, aveva incarico di reperibilità. Tuttavia I, malgrado l'evidente gravità della patologia, anziché intervenire prontamente per sopperire all'inadeguatezza del medico di guardia (che non era a conoscenza dell'anamnesi prossima, delle condizioni e delle esigenze del degente), si limita a dare per telefono generiche indicazioni ed a suggerire l'attesa dell'evoluzione del quadro clinico, assicurando l'arrivo, per le ore 6.50, di altro medico chirurgo di turno, ma intanto sopraggiunge la morte del paziente.

Durante il processo si discute se a carico di I, riconosciuto responsabile del delitto di abbandono di persone incapaci (art. 591), possa essere posto anche l'aggravamento di pena previsto dal terzo comma dell'art. 591 per il caso di morte derivante dall'abbandono (10).

Caso 6 (→ art. 572 comma 2)

Una donna è vittima di ripetuti maltrattamenti da parte del marito, il quale la sottopone a percosse e ingiurie e le impedisce qualunque relazione con il mondo esterno (persino coi figli), riducendola così in una situazione di completo isolamento e di avvilito morale e fisico. Dopo un periodo di detenzione in carcere,

(8) Caso tratto da Cass. 20 gennaio 2003 (ud. 14 novembre 2002), Solazzo, CED 223841-2, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1269.

(9) Caso tratto da Cass. 14 aprile 2006 (ud. 8 marzo 2006), n. 13673, Haile, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1389 con nota di MAGNINI, *Sulla struttura del delitto preterintenzionale*.

(10) Caso tratto da Cass. 14 gennaio 1994 (ud. 30 novembre 1993), Balducci, CED 196779, in *Riv. pen.*, 1994, p. 632; su tale caso v. anche BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.)*. *Teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 154.

il marito fa ritorno in casa e qui riprende, con maggior accanimento di prima, i sistematici maltrattamenti a danno della moglie. Lo stato di prostrazione e di disperazione innescati da tali maltrattamenti convincono la donna dell'impossibilità di una condizione di vita normale, inducendola al suicidio, commesso mediante l'ingestione di un'intera confezione di un farmaco betabloccante, usato dal marito per problemi cardiaci.

Una volta accertata la sussistenza del nesso causale tra i maltrattamenti ed il suicidio, durante il processo si discute se a carico del marito, riconosciuto responsabile del delitto di maltrattamenti (art. 572), possa essere posto anche l'aggravamento di pena previsto dal secondo comma dell'art. 572 per il caso di morte derivante dai maltrattamenti (11).

Caso 7 (→ art. 116)

Una sera L, addetto alla sicurezza di una discoteca, ha un'accesa discussione con M, al quale ha negato l'ingresso alla discoteca. A notte fonda, L incontra nuovamente per strada M e dà quindi incarico ad N, un suo collega 'buttafuori', di dare due ceffoni a mo' di lezione ad M. N, per realizzare la 'spedizione punitiva', si porta dietro un altro collega 'buttafuori' e, dopo aver rincorso e raggiunto M, lo pesta selvaggiamente e alla fine lo scaraventa giù dal ballatoio dell'abitazione dove questi si stava rifugiando, così cagionandone la morte.

Accertata in termini non controversi la responsabilità del 'mandatario' N per omicidio doloso, durante il processo si discute se anche il 'mandante' L debba rispondere, ai sensi dell'art. 116, della morte di M (12).

Caso 8 (→ art. 82)

O e P, membri di una cosca mafiosa, decidono di sopprimere Q e R, membri di una cosca mafiosa rivale. Il giorno prefissato per l'agguato i due prendono posto a bordo di un'autovettura rubata (dalla quale sono stati rimossi il lunotto posteriore e i vetri laterali per facilitare gli spari omicidiari): O è alla guida, mentre P siede alle sue spalle sul sedile posteriore. Quando dietro di essi sopravviene l'auto con a bordo le vittime predestinate, P comincia a sparare, ma l'auto di Q e R riesce a superarli. P, dal sedile posteriore, continua tuttavia a sparare mirando all'auto dei rivali, ma, nel ruotare il fucile automatico in suo possesso per seguire l'obiettivo, lascia partire un colpo che raggiunge alla testa O, uccidendolo, mentre Q e R riescono a fuggire.

Durante il processo si discute se, ed eventualmente a quale titolo (*ex artt.* 82-575 ovvero *ex art.* 589) P debba rispondere dell'uccisione del suo sodale O (13).

2. *Le possibili soluzioni per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso.* — In questi e nei tanti altri esempi

(11) Caso tratto da Cass. 18 marzo 2008 (ud. 29 novembre 2007), Passafiume, CED 239585, in *Riv. pen.*, 2009, p. 497, con nota di CARMONA, *Il principio di personalità nell'ultima giurisprudenza della Corte di Cassazione*.

(12) Caso tratto da Cass. 16 giugno 2010 (ud. 19 maggio 2010), n. 23212, Pariota.

(13) Caso tratto da Cass. 12 novembre 2009 (ud. 23 giugno 2009), n. 43275, Trubia.

che potremmo formulare attingendo ad un'abbondante casistica giurisprudenziale, ricorrono sempre due costanti:

1) in primo luogo, la commissione di un reato doloso o, quanto meno, la volontà di commettere un siffatto reato (c.d. reato-base doloso): nei nostri esempi, spaccio di sostanze stupefacenti, minaccia, pesca di frodo, lesioni personali, abbandono di persone incapaci, maltrattamenti in famiglia, ancora lesioni personali, omicidio.

Il reato-base doloso deve essere realizzato *almeno a livello di tentativo*?

La necessità almeno del tentativo del reato-base è contestata, da un orientamento minoritario, in relazione all'omicidio preterintenzionale e, da un orientamento maggioritario, in relazione all'*aberratio ictus* e al concorso anomalo di persone (14). Ma ammesso pure che su un piano meramente teorico tali orientamenti possano avere un qualche fondamento, si deve nondimeno constatare che:

— di fatto, i casi concreti che giungono all'attenzione delle nostre Corti sono pressoché sempre connotati dalla realizzazione, almeno a livello di tentativo, del reato-base doloso;

— se si prescindesse dalla verifica, almeno a livello di tentativo, del reato-base doloso, sarebbe estremamente arduo individuare — sia sul piano logico (si pensi ai limiti imposti dal *cogitationis poenam nemo patitur*) che sul piano applicativo — “il reato in danno della persona che [si] voleva offendere”, ovvero il “reato (...) voluto da taluno dei concorrenti”, ovvero ancora “gli atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli artt. 581 e 582”, rispettivamente richiesti dagli artt. 82, 116 e 584;

— infine, come risulterà con maggior chiarezza al termine del presente scritto (v. in particolare *infra*, “14. Considerazioni sul *quantum* della pena”), l'orientamento che in queste figure delittuose prescinde dal tentativo del reato-base doloso non fa che aggravare la sproporzione attualmente esistente tra misura della pena e misura della colpevolezza. Gli artt. 82, 116 e 584, infatti, prevedono pene decisamente più gravi di quelle che deriverebbero dalle ordinarie regole del concorso formale tra un reato-base doloso e un reato colposo; quindi, se per l'applicazione di tali pene non si ritenesse nemmeno necessaria la realizzazione del (tentativo del) concorrente reato-base doloso, la loro eccessività risulterebbe ancor meno tollerabile;

2) la seconda costante che caratterizza le figure delittuose in parola

(14) In argomento, anche per ulteriori riferimenti, v. in relazione all'art. 584, BASILE, *Commento all'art. 584*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, III ed., Milano, 2011, n. 8 s.; in relazione all'art. 82, ROMANO, *Contributo all'analisi della “aberratio ictus”*, Milano, 1970, p. 68 ss.; ID., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, sub art. 82, n. 10; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2009, p. 381; in relazione all'art. 116, GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, III ed., Milano, 2005, sub art. 116, n. 11, nonché BASILE, *Commento all'art. 116*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, n. 16 s.

è data dalla verifica di una *conseguenza ulteriore non voluta* (formula riassuntiva di altre possibili denominazioni: evento aberrante, evento preterintenzionale, evento aggravante, etc.): nei nostri esempi, la morte.

Per renderli più efficaci e tra loro meglio raffrontabili, abbiamo sopra formulato solo esempi in cui la conseguenza ulteriore non voluta è la morte. Nondimeno — salvo che nell'ipotesi di cui all'art. 584 — la conseguenza ulteriore potrebbe essere naturalmente costituita anche da un evento di altro tipo: ad esempio, le lesioni personali (negli artt. 586 e 591 terzo comma); un evento di pericolo contro l'incolumità pubblica (negli artt. 424 secondo comma e 427 secondo comma); l'aborto (nell'art. 18 secondo comma L. 194/1978); un qualsiasi reato doloso (nell'art. 82) o un qualsiasi delitto colposo (nell'art. 83); infine, un qualsiasi reato doloso compatibile con una realizzazione plurisoggettiva (nell'art. 116).

Il principale e più grave problema, teorico e pratico, che casi di tal tipo pongono, è il seguente: *a quale titolo* l'autore del reato-base doloso può essere chiamato a rispondere *anche* della conseguenza ulteriore non voluta?

A tale problema sono state fornite, nelle varie epoche e nei vari ordinamenti dell'Europa continentale, sostanzialmente *cinque soluzioni*:

- 1) *dolus indirectus*;
- 2) responsabilità oggettiva quale *versari in re illicita*;
- 3) colpa per violazione di legge penale;
- 4) responsabilità oggettiva quale responsabilità da rischio illecito;
- 5) colpa concepita ed accertata nei suoi requisiti ordinari.

Si tratta di soluzioni di volta in volta suggerite dalla dottrina e/o imposte dal legislatore e/o elaborate dalla giurisprudenza, senza che quasi mai ci sia stata unità di vedute tra questi tre protagonisti dell'ordinamento giuridico — e ciò a conferma della complessità e della pluralità di aspetti ed esigenze coinvolti dal problema in esame.

3. *Prima soluzione: il dolus indirectus.* — Molte delle ipotesi delittuose sopra richiamate — principalmente, i delitti aggravati dall'evento e i delitti preterintenzionali — fecero la loro prima comparsa, nelle codificazioni di fine Settecento, come ipotesi di *delitti (almeno nominalmente) dolosi*, caratterizzati da un tipo particolare di dolo: il *dolus indirectus* (15).

Come è noto, il concetto di *dolus indirectus* affonda le sue radici

(15) Sulla presenza del *dolus indirectus* in numerose legislazioni europee tra fine Settecento e Ottocento, v. per tutti von HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung, AT*, vol. III, Berlino, 1908, p. 381 ss. Sui rapporti tra il concorso anomalo di persone e il concetto di *dolus indirectus*, v. in particolare PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 121 s. e nota 24.

nell'elaborazione dei giureconsulti pratici dei secoli XVII-XVIII, impegnati ad ampliare l'angusta dogmatica del dolo trasmessa dai giuristi romani, i quali identificavano il dolo con il solo dolo intenzionale, con l'*animus occidendi* (16). Attraverso il *dolus indirectus* si rendeva invece possibile l'estensione del dolo del reato-base anche a tutte le sue conseguenze probabili o, secondo altre versioni, quanto meno prevedibili o adeguate. Tale estensione faceva leva sulla seguente massima logica: se è voluta la causa, allora è voluta anche la conseguenza (probabile/prevedibile/adequata). La pena da comminare per il reato a *dolus indirectus* avrebbe poi dovuto essere la stessa pena (così la *doctrina Bartoli*, seguita anche da Carpzov), o una pena leggermente inferiore (così l'opinione di Covarruvias) rispetto alla pena prevista per il corrispondente reato a *dolus directus* (17).

A livello legislativo, il *dolus indirectus* fu tra l'altro impiegato nel § 806 dell'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* del 1794, ai sensi del quale "chi nell'intenzione ostile di nuocere a taluno, intraprende azioni tali che da esse — in base all'ordinario corso delle cose, generalmente noto o specificamente conosciuto dall'agente — doveva derivarne la morte, sarà punito, quale uccisore (*als ein Todtschläger*), con la pena della spada" (18).

Particolarmente ingombrante era la presenza del *dolus indirectus* anche nelle codificazioni asburgiche, a partire dalla *Constitutio Criminalis Theresiana* del 1768 e fino al *codice penale asburgico* del 1852. In tale codice (rimasto in vigore in Austria, con modifiche, fino al 1974), nella parte generale (in particolare, nel § 1 rubricato: "prava intenzione") si affermava infatti che "a costituire un crimine si richiede pravit  d'intenzione. Vi   pravit  imputabile d'intenzione non solo allorch , o prima o nell'atto stesso d'intraprendere o di omettere il fatto, fu direttamente deliberato e determinato il male che va congiunto al crimine, ma anche allorquando con altro reo disegno fu intrapresa od omessa un'azione, dall'intraprendimento o dall'omissione della quale *ordinariamente deriva od almeno pu  facilmente derivare* il male che   accaduto". Nella parte speciale tale criterio di imputazione veniva, tra l'altro, impiegato nei §§ 140 e 142, i quali punivano col "duro carcere da cinque a dieci anni, e da dieci a venti anni se l'uccisore era in stretta parentela coll'ucciso, od a lui vincolato da speciali doveri", l'uccisione a dolo indiretto (*Todtschlag*), che

(16) Sul concetto romanistico di dolo e sui suoi ristretti confini, v. per tutti LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Lipsia, 1895, p. 78 ss.; DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Ann. Univ. Catt.* 1932, ora in *Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, p. 434.

(17) Per un'accurata ricostruzione storica del concetto di *dolus indirectus*, v. DEMURO, *Il dolo - I. Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, in part. p. 112 ss. sulla c.d. *doctrina Bartoli*; p. 118 ss. sulla teoria della *voluntas indirecta* di Covarruvias; p. 134 ss. sulla teoria del *dolus indirectus* di Carpzov. Sullo specifico impiego di tale concetto nel settore dei delitti aggravati dall'evento, v., volendo, anche BASILE, *La colpa in attivit  illecita*, cit., p. 357 ss., p. 707 ss.

(18) La pena per l'omicidio a dolo diretto (*Mord*) era, invece, quella della ruota: una modalit  ancora pi  atroce di esecuzione della pena capitale.

ricorreva allorché “l’azione, per la quale una persona perde la vita, fu commessa, non già colla intenzione di darle la morte, ma con altra ostile intenzione”.

Con l’Illuminismo le sorti del *dolus indirectus* erano, tuttavia, destinate ad eclissarsi (19), ed oggigiorno nessuno scomoda più tale obsoleto concetto per imputare la conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso. Ciò nondimeno, il *dolus indirectus*, mentre scompariva ufficialmente dalle codificazioni europee quale criterio di imputazione della conseguenza ulteriore, lasciava una profonda e duratura traccia di sé nelle cornici edittali di pena dei delitti in parola, le quali in molti casi rimasero le stesse di prima: si conservò, insomma, lo stesso dosaggio sanzionatorio già previsto per punire fatti concepiti quali delitti (nominalmente) dolosi (20).

4. *Seconda soluzione: la responsabilità oggettiva secondo la logica del versari in re illicita.* — Dopo la stagione del *dolus indirectus* ma prima che germogliasse il seme fecondo del principio di colpevolezza, il campo dell’imputazione della conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso viene a lungo occupato dalla *responsabilità oggettiva*. In una prospettiva di ricostruzione storica delle norme in esame, risulta in effetti che la soluzione più diffusa e più a lungo praticata nell’Europa continentale è consistita nel chiamare l’autore del reato-base doloso a rispondere della conseguenza ulteriore non voluta *in forza del solo nesso causale*.

Tale soluzione si ispira all’antica logica secondo cui *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*: al soggetto agente, il quale attraverso la commissione del reato-base doloso si è volontariamente collocato in un contesto di illiceità, vanno addossate tutte le conseguenze che comunque derivino causalmente dalla sua condotta (21).

Come mai la soluzione della responsabilità oggettiva secondo la logica del *versari* ha conosciuto una così lunga e duratura diffusione? Nel seguente paragrafo cercheremo di illustrare le ragioni di questo suo formidabile ‘successo’.

4.1. *Le ragioni del ‘successo’ della responsabilità oggettiva.* — 1) La prima ragione di tale ‘successo’ risiede nel fatto che la responsabilità oggettiva, nelle ipotesi in esame, consente di raggiungere un *compromesso*

(19) V., anche per ulteriori rinvii, DEMURO, *Il dolo - I*, cit., p. 151 ss.

(20) Per la dimostrazione di tali assunti, nonché per i necessari rinvii, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 438 ss., p. 707 ss., p. 811 ss.

(21) Sulla teoria del *versari* v. da ultimo, con ricchezza di riferimenti, DEMURO, *Il dolo - I*, cit., p. 88 ss.

tra una concezione primitiva e una concezione evoluta della responsabilità penale.

Un diritto penale *primitivo* è dominato, come è noto, da una “considerazione puramente materiale” del reato, ove non si distingue tra fatto volontario, involontario o addirittura dovuto al caso (22). Come scrivono Marinucci e Dolcini, “in un diritto penale primitivo e rozzo bast(a) la commissione di un fatto antiggiuridico — cioè di una specifica forma di offesa a un bene giuridico non autorizzata né imposta dall’ordinamento — per fondare la responsabilità penale dell’autore del fatto: la persona umana verrebbe assimilata ad un qualsiasi altro fattore causale e il singolo agente verrebbe punito solo per aver materialmente cagionato il fatto” (23).

Una siffatta concezione, peraltro, è primitiva non soltanto se rapportata alla storia dell’umanità, ma anche se riferita alla storia del singolo individuo: “si può quasi dire che le linee di sviluppo dei criteri d’imputazione soggettiva, così come le troviamo già tracciate nella storia del diritto, sono ridisegnate nella storia della vita dei singoli individui. Fino a circa il settimo anno di età il bambino non conosce i gradi dell’imputazione soggettiva; egli giudica a seconda che l’azione rappresenti o meno la violazione di una regola, egli giudica dunque sul piano della contrarietà alla norma, dell’« antiggiuridicità ». Solo più tardi, in ragione del suo personale sviluppo conoscitivo e della sua esperienza quotidiana nel mondo sociale, egli impara ad inserire il momento dell’imputazione soggettiva, la « colpevolezza », nei fondamenti del suo giudizio” (24). Ne consegue che negli strati profondi della psiche individuale e collettiva residua pur sempre un criterio di attribuzione della responsabilità fondato sulla mera causazione materiale del fatto dannoso (25).

Ad una tale concezione primitiva si contrappone, tuttavia — tanto nella storia del diritto quanto nella storia dei singoli individui — una concezione *evoluta* della responsabilità penale, che subordina il giudizio di imputazione a criteri di rimproverabilità soggettiva: è qui che viene tracciata la linea di demarcazione tra il caso e la colpa; è qui che si distinguono

(22) CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* (a cura di PESSINA), vol. II, Milano, 1906, p. 243, con riferimento al più antico diritto penale barbarico.

(23) MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale - I*, Milano, III ed., 2001, p. 642.

(24) HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 45, con riferimento agli studi di Piaget e Kohlberg sugli stadi dello sviluppo della moralità dall’infanzia all’età adulta.

(25) Così MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 650. Qual è del resto la nostra prima reazione, impulsiva ed immediata, di fronte ad un danno subito? L’attribuzione della responsabilità a chi ha materialmente cagionato quel danno, mentre solo in un secondo momento inseriamo un giudizio morale facendo spazio ad una valutazione sulle intenzioni e sulle disposizioni soggettive dell’autore materiale del danno.

gli avvenimenti verificatisi in conseguenza di meri fattori causali dagli avvenimenti alla cui verifica ha contribuito anche un'attività di guida e di controllo da parte dell'uomo (26). Tale concezione evoluta esige, quindi, che "dopo che sia stata accertata l'esistenza di un fatto antiggiuridico (...) entri in scena un ulteriore elemento nella struttura del reato: la colpevolezza" (27).

Ebbene, nelle ipotesi in esame la responsabilità oggettiva che segue la logica del *versari in re illicita* suggella un compromesso tra concezione primitiva (*id est*: sempre responsabilità su base meramente causale) e concezione evoluta (*id est*: mai responsabilità su base meramente causale) della responsabilità penale. Infatti, in base a tale logica:

— *non* si risponde, *sempre e comunque*, per la mera causazione materiale della conseguenza ulteriore non voluta: *non ogni morte* non voluta viene imputata su base meramente causale;

— *ma* se ne risponde *solo quando* tale conseguenza non voluta è prodotta attraverso una condotta che già di per sé integra un reato: *solo la morte* non voluta, prodotta attraverso un reato doloso, viene imputata su base meramente causale.

Ecco il compromesso, in virtù del quale — pur all'interno di un diritto penale *evoluto* — si dà sfogo ad istanze punitive *primitive*, le quali, peraltro, proprio in questi casi risultano particolarmente feroci, dal momento che la conseguenza non voluta è, nella maggior parte delle ipotesi, un fatto di sangue (*in primis*, la morte) e, come efficacemente si esprimeva un acuto conoscitore dell'animo umano, "il sangue vuol sangue" (28).

2) La seconda ragione del 'successo' della responsabilità oggettiva quale criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta è di natura schiettamente pratica: attraverso di essa si ottiene una *notevole semplificazione probatoria*. La responsabilità oggettiva, infatti, consente una drastica amputazione del *thema probandum*: grazie ad essa, pubblico ministero e giudice non devono avventurarsi sul terreno, talora assai impervio, della colpevolezza, delle valutazioni inerenti alla dimensione soggettiva dell'illecito, ma possono arrivare speditamente alla condanna, limitandosi all'accertamento del solo nesso causale materiale (29) — ac-

(26) V. ancora HASSEMER, *Principio di colpevolezza*, cit., p. 44.

(27) MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 642.

(28) SHAKESPEARE, *Macbeth*, Atto III, Scena IV (trad. di Dèttore). Sui bisogni "emotivi" di pena che si risvegliano con particolare forza soprattutto di fronte ai delitti di sangue, la cui commissione provoca, tra i consociati, un "bisogno affettivo di rappresaglia", v. ALEXANDER-STAUER, *Il delinquente e i suoi giudici*, Milano, 1948, p. 108; nella nostra dottrina, v. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 106 ss.; PULITANÒ, *Politica criminale*, ivi, p. 45.

(29) In argomento, v. già LÖFFLER, *Die Schuldformen*, cit., p. 259; più di recente, VEST, *Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts in Bereich des objektiven und subjektiven*

certamento, peraltro, relativamente agevole nelle ipotesi in esame, in cui si tratta di spiegare il processo causale che lega la morte al colpo di pistola, all'esplosione di una bomba, all'assunzione di stupefacente, al trauma al bacino, etc.

Si tenga peraltro presente che in questi casi la decurtazione degli elementi del reato da provare avviene a scapito non certo di un' 'anima bella', di una 'persona per bene', ma di un imputato già riconosciuto autore del reato-base doloso: ed è ben noto che considerazioni (negative) inerenti la personalità dell'imputato spesso offrono la sponda ad un accertamento 'disinvolto' dell'elemento soggettivo del reato, come ad esempio avviene per il dolo eventuale, ammesso con maggior 'generosità' dai giudici proprio quando l'agire intenzionale del soggetto è rivolto ad uno scopo illecito (30).

Vi è, infine, un'ultima ragione che spinge verso la semplificazione probatoria in queste ipotesi: a causa delle interrelazioni tra giudicato penale e giudicato civile, vi sono esigenze di risarcimento della vittima o dei superstiti che rimarrebbero per lo più insoddisfatte se la conseguenza ulteriore non voluta, per effetto di difficoltà nella prova dell'elemento soggettivo, non venisse penalmente accollata all'autore del reato-base doloso — e le Corti penali talora si fanno impropriamente interpreti di queste esigenze risarcitorie.

Tutto ciò considerato risulta, pertanto, pienamente condivisibile quanto ricordato da ultimo da Pulitanò: "gli ostacoli pratici alla compiuta affermazione del principio di colpevolezza si legano, essenzialmente, a preoccupazioni probatorie: si vuole evitare di aprire varchi a scuse che potrebbero essere pretestuose, e non facilmente contrastabili sul piano probatorio" (31).

3) La terza ragione del 'successo' della responsabilità oggettiva nelle ipotesi in esame si ricollega a (presunte) considerazioni di *prevenzione generale*: si suppone che la consapevolezza, da parte del potenziale autore di un reato doloso, che l'ordinamento gli addosserà tutte le conse-

Tatbestandes, in *ZStW* 1991, *Band* 103, p. 584; per ulteriori rinvii, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 380 s. Più in generale, sulle "tante amputazioni subite dal diritto penale sostanziale in funzione probatoria", v. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in questa *Rivista*, 2002, p. 1040, nonché LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 409 ss.

(30) V., anche per ulteriori rinvii, PROSDOCIMI, *Commento all'art. 43*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., n. 19. Un siffatto atteggiamento giudiziale trova, del resto, radici antiche: come ricorda, infatti, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, 1930, p. 122, già all'alba del diritto penale moderno era nota la regola secondo cui "*regulariter dolus praesumitur ex illicito actu. Quando quis dat operam rei illicitae, eo ipso censetur esse in dolo*".

(31) PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 385.

guenze materialmente connesse alla sua azione illecita — volute, non volute e perfino casuali — potrebbe costituire un potente fattore capace di inibire la sua spinta criminosa (32).

Benché si tratti di un assunto non suffragabile sul piano empirico e poco credibile proprio in relazione a numerose delle ipotesi in esame (i potenziali autori di lesioni personali, maltrattamenti, agguati mafiosi e altri fatti di violenza, sono davvero consapevoli della differenza tra imputazione colpevole e responsabilità oggettiva, e sono comunque disposti a calcolarne la differente incidenza ai fini di una loro eventuale responsabilità?) (33), la presunta maggior efficacia generalpreventiva della responsabilità oggettiva continua tutt'oggi ad affascinare giudici e legislatori (34).

Anche ammesso, tuttavia, che la responsabilità oggettiva possa davvero rivelarsi più efficace della colpevolezza in vista del raggiungimento di finalità generalpreventive, non dovrebbe mai dimenticarsi, come ci ha ricordato di recente la Corte costituzionale, che “il principio di colpevolezza non può essere ‘sacrificato’ dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori” (35). Breve: anche ammesso che la responsabilità oggettiva assicuri una pena *efficace*, solo il principio di colpevolezza garantisce una pena *giusta* (36).

4) Vi è, infine, una quarta ragione del ‘successo’ della responsabilità oggettiva. Questa ragione — pur avendo una valenza solo storica, non più attuale ai nostri giorni — ci spiega perché, nel corso del XIX secolo, il ‘posto’ lasciato vuoto dal *dolus indirectus* poté essere rapidamente occupato, senza incontrare particolari resistenze (almeno all’inizio), dalla responsabilità oggettiva, anziché dalla colpa (questa, peraltro, a quell’epoca ancora priva del sostegno di una compiuta riflessione sulla valenza del principio di colpevolezza).

Occorre considerare, infatti, che fino agli scritti di von Buri del 1860 in Europa erano ancora diffuse *teorie causali meno rigorose* della teoria logico-naturalistica della *condicio sine qua non*. All’epoca si parlava an-

(32) Per il dibattito italiano in argomento, v., con valutazioni di segno non coincidente, PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 18 s.; FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, ivi, p. 31 ss.; PULITANÒ, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, ivi, p. 75 s.; PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in questa *Rivista*, 1987, p. 819 ss.

(33) Per tali obiezioni, v. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 636 s.

(34) Ed anche autorevoli filosofi del diritto, tra cui HART, *Legal Responsibility and Excuses*, in *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, p. 28 ss., in part. p. 40 ss.; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, p. 95 s., 224 s.

(35) Corte cost. 322/2007, § 2.3 della parte “in diritto”.

(36) Sul punto, anche per ulteriori rinvii, v. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 102 ss.; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 573.

cora di causalità “efficiente”, “necessaria”, “letale”, “prossima”, il che consentiva una selezione ben più rigorosa degli antecedenti causali rilevanti rispetto a quanto oggi consentito dalla teoria condizionalistica (anche detta, non a caso, “dell’equivalenza”, proprio perché mette sullo stesso piano antecedenti causali prossimi e remoti, ‘più’ efficienti e ‘meno’ efficienti, etc.). Per tutto l’Ottocento, quindi, in applicazione di tali teorie veniva negata la causalità in molti casi in cui essa verrebbe, invece, affermata oggi in base alla teoria condizionalistica. In quell’epoca, pertanto, imputare la conseguenza ulteriore non voluta su base meramente causale non significava accontentarsi del mero nesso condizionalistico tra reato-base e conseguenza ulteriore, sicché si poteva giungere ad esiti meno insopportabili, meno eccessivi, meno iniqui rispetto a quelli derivanti oggi dal binomio responsabilità oggettiva-teoria condizionalistica. Così, ad esempio, l’applicazione delle teorie causali ‘pre-condizionalistiche’ nei casi 2 e 4 (v. *supra*, Introduzione) avrebbe probabilmente portato a negare la sussistenza di un rapporto causale tra la minaccia alla signora F e la morte del di lei marito, o tra la frattura al bacino (dichiarata guaribile in 30-35 giorni) e la morte per trombo-embolia (37).

4.2. *Prime reazioni critiche alla responsabilità oggettiva.* — Fu, del resto, proprio a partire dal momento in cui la responsabilità oggettiva, spezzato il cordone ombelicale con le teorie causali tradizionali che a lungo l’avevano nutrita, si saldò con la ‘nuova’ teoria causale condizionalistica, che cominciarono a levarsi le prime voci critiche nei suoi confronti. Come, infatti, rileva Dreher con specifico riferimento ad un settore a lungo dominato dalla responsabilità oggettiva — quello dei delitti qualificati dall’evento —, questi delitti “divennero insopportabili al più tardi per effetto della saldatura dell’idea della responsabilità oggettiva, risalente alla preistoria del diritto penale, con una teoria causale, sorta nel XIX secolo, ispirata alle scienze naturali” (38). Tra fine Ottocento e inizio Novecento ecco quindi levarsi le voci di Binding, di Löffler e poi di Radbruch e di altri ancora, che bollano la responsabilità oggettiva come un “residuo di inciviltà”, un “reliquo di epoche passate”, una “barbarie”.

Queste prime reazioni critiche alla responsabilità oggettiva possono essere ricondotte essenzialmente a due posizioni:

1) da una parte abbiamo quanti — in una sorta di *déjà vu* penalistico — propongono l’adozione di *teorie causali alternative, meno rigorose* rispetto a quella condizionalistica, le quali, operando una maggiore selezione degli antecedenti causali rilevanti, consentirebbero perlomeno di

(37) Per la dimostrazione di tali assunti, e per i necessari riferimenti, sia consentito il rinvio a BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 379 ss.

(38) DREHER, *Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz*, in *Juristenzeitung* 1953, p. 425.

smussare gli eccessi più palesemente iniqui cui conduce la saldatura della logica del *versari* con la teoria condizionalistica.

Fiorisce così nella dottrina tedesca di fine Ottocento la teoria della *causalità adeguata*, elaborata originariamente (da von Kries) proprio con precipuo riferimento al settore dei soli delitti qualificati dall'evento: una teoria che, tuttavia, non fa breccia, se non in misura minima, nella giurisprudenza dell'epoca (39).

Analogamente in Italia, qualche decennio più tardi (1934), viene elaborata da Antolisei la teoria della *causalità umana* — destinata a maggior fortuna nella giurisprudenza nostrana — la quale consente anch'essa una certa selezione degli antecedenti causali rilevanti, sbarrando la strada perlomeno a quelli "eccezionali". Ed è lo stesso Antolisei a sottolineare l'idoneità della sua teoria a correggere le storture prodotte dalla causalità in senso condizionalistico nelle numerose ipotesi in cui "il diritto attuale ammette la responsabilità indipendentemente dal concorso del dolo o della colpa" (40);

2) dall'altra parte abbiamo quanti assumono una posizione più radicale che punta direttamente ad espellere la responsabilità oggettiva, per far posto — attraverso l'apposizione del limite della colpa per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta — ad una *responsabilità pienamente colpevole* (41).

L'adesione a questa seconda posizione presuppone il riconoscimento del ruolo fondamentale spettante al principio di colpevolezza per la costruzione di un diritto penale il quale sia concepito non solo come arma di lotta e di repressione della delinquenza, ma anche come « *magna charta* » del reo, vale a dire come strumento di garanzia e di limitazione del potere statale nell'interesse della libertà e dignità dei cittadini (42). Almeno in Italia, tuttavia, questo riconoscimento, anticipato da alcuni Autori nei primi decenni di vigenza della Costituzione repubblicana (43), giunge relativamente tardi e matura pienamente, a livello istituzionale, solo con le

(39) In argomento, anche per i necessari rinvii, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 398 ss.

(40) ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934, p. 52 s.

(41) Tra i primi in tal senso LÖFFLER, *Die Schuldformen*, cit., p. 280 ss.; RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, in *Vergleichende Darstellung*, AT, Band 2, Berlino, 1908, p. 241, p. 251; VON LISZT, *Zum Vorentwurf eines Reichstrafgesetzbuches*, in *ZStW* 1910, Band 30, p. 264; Id., *Tötung und Lebensgefährdung*, in *Vergleichende Darstellung*, BT, Band V, Berlino, 1909, p. 23.

(42) Cfr. PULITANO, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *JUS* 1974, p. 526, sulla traccia, già segnata da Roxin, che riporta all'insegnamento di von Liszt ("il codice penale è la *magna charta* del delinquente").

(43) Tra gli altri, PANNAIN, *Sull'art. 116 del codice penale*, in *Arch. pen.*, 1965, p. 432; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 84 s.; SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1968, p. 76 ss.; GROSSO, voce "*Responsabilità penale*", in *Nss. Dig. it.*,

‘storiche’ sentenze della Corte costituzionale del 1988, con le quali si conferisce rango costituzionale al principio di colpevolezza.

4.3. *La responsabilità oggettiva in Italia fino al 1988.* — Fino alle sentenze della Corte costituzionale del 1988 la responsabilità oggettiva in Italia godeva, pertanto, di ottima salute: ufficialmente accolta nel codice Rocco (44) (non a caso un codice di ispirazione rigorista, sbilanciato verso la soddisfazione di istanze di repressione della delinquenza, piuttosto che di rispetto della libertà e dignità del cittadino); non seriamente osteggiata da una giurisprudenza costituzionale ancora troppo timida (45); generosamente impiegata dalle nostre Corti, perfino oltre la stessa originaria *intentio legis* (46).

Prima del 1988 gli spazi per emanciparsi dalla responsabilità oggettiva quale criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta erano, pertanto, assai limitati. La dottrina poteva, quindi, muoversi solo a piccoli passi o sotto falsa bandiera per cercare soluzioni alternative alla responsabilità oggettiva. Ed in effetti le teorie elaborate in quell’epoca ci appaiono oggi come mere soluzioni ‘intermedie’, ‘di transizione’, in quanto con esse solo in apparenza (è il caso della teoria della colpa specifica per violazione di legge penale), o solo in parte (è il caso, invece, della teoria della responsabilità da rischio illecito) si abbandonava la logica del *versari in re illicita*. Vediamole in dettaglio qui di seguito.

5. *Terza soluzione: la colpa specifica per violazione di legge penale.*
— Questa soluzione individua il criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso nella colpa, segnatamente nella colpa specifica per violazione di legge, ove la legge violata sarebbe la stessa legge penale incriminatrice del reato-base. Così, ad esempio, nel caso 1 (v. *supra*, Introduzione) lo spacciatore risponderebbe (*ex art.* 586) per colpa della morte del cessionario: una colpa consistita nella violazione dell’art. 73

vol. XV, Torino, 1968, p. 712; BRICOLA, voce “*Teoria generale del reato*”, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 53 ss.; PULITANO, *L’errore di diritto*, cit., p. 116.

(44) Si consideri, tra l’altro, il seguente emblematico passaggio della *Relazione a S.M. il Re sul codice penale*, Roma, 1931, p. 35, n. 40: “Gli antichi dicevano che chi versa in cosa illecita risponde anche del caso. Il codice non accoglie in pieno questo precetto, ma neppure lo respinge quando v’è ragione di applicarlo”.

(45) Sul punto v. FLORA, *La “responsabilità penale personale” nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Temi*, 1974, p. 264 s.; ALESSANDRI, *Commento all’art. 27, comma 1, Cost.*, in BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 27-28*, Bologna, 1991, p. 14 s.

(46) È presumibile che l’*aberratio delicti* e gli artt. 584 e 586 non fossero stati concepiti dal legislatore storico come ipotesi di responsabilità oggettiva, ma tali divennero rapidamente nell’applicazione giurisprudenziale.

T.U.stup. che incrimina il delitto di cessione illecita di stupefacenti; parimenti, nel caso 8 (v. *supra*, Introduzione) l'imputato risponderebbe (*ex art.* 82) per colpa della morte del suo sodale: una colpa consistita nella violazione dell'art. 575 che incrimina il delitto di omicidio doloso (47).

Questa teoria, elaborata originariamente da Finzi nel 1925 per i delitti *lato sensu* preterintenzionali (48), nel 1940 venne perfezionata e riproposta da Leone in relazione ai reati aberranti (49). Tuttavia, poiché, almeno in dottrina, era (ed è) generalmente riconosciuto che può aversi colpa specifica solo in caso di violazione di una legge *a contenuto cautelare/preventivo*, Leone — sotto il pungolo delle penetranti critiche di De Marsico — si affrettò a precisare che in realtà *ogni legge penale, incriminatrice di un reato doloso, avrebbe una duplice funzione*: la funzione repressiva dell'offesa dolosa e la funzione preventiva di ulteriori offese. Secondo Leone, insomma, la legge penale, sorta per incriminare il reato-base doloso, “nello stesso momento che punisce una condotta perché trasgressiva della regola in essa contenuta, ammonisce, in sede preventiva, sulla pericolosità della medesima” (50). In base a tale ragionamento, pertanto, l'art. 73 T.U.stup. o l'art. 575, oltre a reprimere rispettivamente la cessione illecita di stupefacenti e l'omicidio doloso, avrebbero anche la funzione di prevenire ulteriori eventi offensivi.

Senonché l'argomento della duplice funzione — repressiva e preventiva — delle norme incriminatrici dei reati-base dolosi, non può essere accolto:

1) in primo luogo, infatti, tale argomento urta contro “il buon senso” (51), perché attribuisce alla *medesima* norma due significati tra loro confliggenti: da una parte, il *divieto* di realizzare il fatto doloso (non spacciare eroina, non uccidere); dall'altra, il *comando* di eseguire tale fatto con le cautele doverose per prevenire ulteriori offese ai beni giuridici (spaccia eroina, uccidi ... ma con cautela!).

2) In secondo luogo, l'argomento di Leone è inaccettabile perché

(47) Per un'analisi critica di tale teoria, sia consentito rinviare a BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 167 ss.; Id., *Commento agli artt. 584 e 586*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II vol., cit., p. 5361 s., p. 5391 s.

(48) FINZI, *Il “delitto preterintenzionale”*, Torino, 1925, p. 156.

(49) LEONE, *Il reato aberrante (art. 82 e 85 c.p.)*, Napoli, 1940, formula tale teoria in relazione all'art. 82 cpv. (p. 138), dopo di che ne estende le conclusioni anche all'art. 83 (p. 206 s.) e all'art. 586 (p. 220 s.), *ma non* anche (come invece talora erroneamente si riporta) all'art. 584 (p. 140).

(50) LEONE, *Appunti polemici in tema di “aberratio ictus” con pluralità di eventi*, in *Giust. pen.*, 1941, II, p. 216.

(51) ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *Giust. pen.*, 1948, II, p. 8; in senso analogo, DE MARSICO, *Colpa per “inosservanza di leggi”*, in *Annali Dir. proc. pen.*, 1940, p. 245; MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 433.

finisce per stravolgere l'essenza stessa della colpa, consistente nella violazione di una 'regola cautelare', intendendosi per tale una regola di condotta che prescrive *determinate modalità di comportamento* da adottare in un concreto caso di specie per evitare la verifica di uno specifico evento offensivo (52). La regola cautelare che Leone pretende di desumere dalla legge incriminatrice dei vari reati-base (la legge incriminatrice dello spaccio di sostanze stupefacenti, dell'omicidio doloso, e così via) *non* contiene, invece, l'indicazione di alcuna specifica modalità di condotta, seguendo la quale si potrebbe prevenire l'evento ulteriore, potendo essa tutt'al più indicare un obbligo di cautela assolutamente generico ed indifferenziato. Ma la colpa non è violazione di un'*obligatio ad diligentiam* dal contenuto neutro e indeterminato ('sii diligente!'), bensì violazione di una *specifica* regola di diligenza il cui contenuto va *di volta in volta* determinato *in base alle circostanze del caso concreto* ('comportati in questo modo per evitare questo evento!') (53).

A tutto concedere, quindi, ci troveremmo in presenza di una regola cautelare *a contenuto vago ed estremamente elastico*, la cui violazione potrebbe tutt'al più *solo indiziare* la presenza di colpa, sicché il giudice dovrebbe in ogni caso condurre un'indagine sulla colpa in concreto, vertente sulle specifiche modalità di realizzazione del caso di specie (54). La teoria di Leone pretende, invece, di affermare la colpa rispetto alla conseguenza ulteriore non voluta *in modo automatico e in via presuntiva*. La colpa sarebbe sempre ed immancabilmente presente, in virtù della seguente equazione: commissione del reato-base doloso = violazione di una legge a contenuto cautelare = colpa specifica rispetto alla conseguenza ulteriore.

3) Giungiamo così al terzo e decisivo argomento di critica a questa teoria che, a ben vedere, risulta essere nient'altro che un *camuffamento verbale* della responsabilità oggettiva perché, al pari di quella, di fatto riconosce la *sufficienza del solo nesso causale* per fondare la responsabilità rispetto alla conseguenza ulteriore non voluta (55). Risultato inaccettabile: non solo perché perpetua la violazione del principio di colpevolezza, ma anche perché calpesta il diritto positivo che tiene nettamente separati i due istituti della colpa e della responsabilità oggettiva, prevedendoli e discipli-

(52) V. GALLO M., voce "Colpa penale (diritto vigente)", in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 638.

(53) V., tra gli altri, BOLDT, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*, in *ZStW* 1936, Band 55, p. 53.

(54) V., tra gli altri, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Vienna, 1974, p. 45; ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., sub art. 43, p. 462.

(55) In tal senso già ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 7; DE MARSICO, *Colpa per "inosservanza di leggi"*, cit., p. 240.

mandoli in due diverse e distinte norme (rispettivamente, art. 43 alinea 3, e art. 42 comma 3).

Questi rilievi critici sono ora ripresi e ribaditi con convinzione anche dalle Sezioni Unite nella sentenza Ronci che, tra i suoi molti meriti, vanta anche quello di aver suggellato il (si spera) definitivo divorzio della giurisprudenza italiana dalla teoria della colpa per violazione di legge penale. È un divorzio che giunge, peraltro, dopo anni di armoniosa convivenza. La teoria qui criticata — forse per la sua subdola idoneità a dare spazio (nominalmente) alla colpa, senza rinunciare (di fatto) alla logica della responsabilità oggettiva — aveva ricevuto, infatti, una calorosa accoglienza da parte della nostra giurisprudenza, che per decenni l'aveva eletta quale soluzione prevalente in relazione all'art. 586, e che talora l'aveva applicata anche in relazione ai delitti aggravati dall'evento e all'omicidio preterintenzionale.

6. *Quarta soluzione: la responsabilità oggettiva come responsabilità da rischio illecito.* — Ben diverse sono le cadenze argomentative sviluppate dall'altra soluzione 'di transizione' elaborata tra il 1930 e il 1988, la quale costituisce, anzi, il più significativo tentativo di arricchire la responsabilità oggettiva di contenuti ulteriori rispetto al mero nesso causale al fine di assimilarla il più possibile ad una forma di responsabilità colpevole.

Si tratta della teoria elaborata da Pagliaro sulla scorta di una lettura del combinato disposto degli artt. 42 comma 3 e 45 alla luce dell'art. 27 comma 1 Cost., attraverso la quale si intende conferire "rilevanza al caso fortuito (= imprevedibilità dell'evento) e alla forza maggiore (= inevitabilità dell'evento) anche nelle forme di responsabilità penale senza dolo, né colpa", col risultato — secondo l'opinione di chi la sostiene — che "nel nostro diritto non si possa configurare responsabilità penale obiettiva, senza che nel fatto si riscontrino i requisiti della prevedibilità ed evitabilità dell'evento" (56).

Nonostante le evidenti somiglianze con la dogmatica della colpa, la responsabilità da rischio illecito *à la* Pagliaro non è, tuttavia, una responsabilità colposa. A tale parificazione ostano, secondo l'illustre Autore, due motivi (57):

a) non è concepibile una colpa in attività illecita: la colpa — sostiene Pagliaro — richiede la violazione di una regola cautelare "nell'am-

(56) PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 330; ID., *Responsabilità obiettiva*, in AA.VV., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale - Studi in onore di Vassalli*, Milano, 1991, p. 186.

(57) PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 301 ss., 327 ss.; ID., *Responsabilità obiettiva*, cit., p. 190.

bito di una attività in sé stessa lecita” (58); allorché risulti vietata già l’attività di base, non è quindi possibile configurare delle regole cautelari e, conseguentemente, « non si può tecnicamente parlare di “colpa” » (59);

b) quando l’attività base è già di per sé illecita, la responsabilità per la conseguenza ulteriore non voluta deve essere una responsabilità diversa e più grave della colpa, perché — al contrario di quanto avviene per la colpa (dove sarebbe sempre presente un’area iniziale di rischio lecito) — in questa diversa ipotesi il rischio affrontato è, già in radice, un rischio illecito, sicché, se esso si traduce nell’evento incriminato, non v’è motivo che l’ordinamento sollevi il colpevole per una parte del rischio corso (60).

Anche questa teoria — che pur presenta il merito di aver dato l’abbrivio nella dottrina italiana ad un vivace e fecondo dibattito sulla fisionomia della responsabilità oggettiva e della colpa — presta il fianco ad alcune critiche (61), le principali delle quali possono essere riassunte nelle seguenti tre osservazioni:

1) *si tratta di una teoria storicamente condizionata.*

Essa fu formulata a partire da uno scritto di Pagliaro del 1960 (62) — in un’epoca, quindi, in cui in Italia ancora scarsa era la sensibilità per il principio di colpevolezza — proprio al fine di “fornire una risposta adeguata alle ipotesi di responsabilità senza dolo né colpa, almeno fino a quando gli organi di produzione giuridica e di controllo di costituzionalità le mantengono nell’ordinamento positivo” (63).

Rispetto alla responsabilità oggettiva quale responsabilità per il mero nesso causale essa segna(va), pertanto, un passo avanti. Soprattutto in una prospettiva pragmatica, una teoria rivolta ad arricchire la responsabilità oggettiva di contenuti ulteriori rispetto al mero nesso causale poteva, in effetti, rendere utili servizi in un’epoca in cui lo sviluppo della coscienza giuridica non consentiva ancora l’espulsione della responsabilità oggettiva dal nostro codice. Ma dopo le sentenze della Corte costituzionale del 1988 e le successive sentenze che ad esse si sono conformate (da ultimo, la n. 322 del 2007), la prospettiva è completamente mutata, sicché la dogmatica

(58) PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 327 (corsivi nostri); nello stesso senso, Id., *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 161.

(59) PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 327. Sulla (controversa) configurabilità di una colpa in attività illecita, v. diffusamente *infra*, 8 ss.

(60) V. scritti citati *supra*, nota 56.

(61) Sul punto, v. diffusamente BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 132 ss.

(62) PAGLIARO, *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell’art. 57 c.p.*, in *Studi De Marsico*, II, Milano, 1960, p. 254 ss.

(63) MILITELLO, voce “Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto”, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 22 (dell’estratto).

in parola rischia oggi solo di ritardare o, per lo meno, di offuscare la piena penetrazione del principio di colpevolezza nel nostro ordinamento (64);

2) *soprattutto nelle sue formulazioni più recenti, la teoria della responsabilità da rischio illecito non presenta più una vera autonomia sostanziale dalla dogmatica della colpa.*

Sembrano, infatti, essere venuti meno gli elementi che ne determinavano la originaria differenziazione, dal momento che:

— sebbene, in linea generale, Pagliaro affermi ancora che non sia ammissibile una colpa in attività illecite, poi, in realtà, l'illustre Autore finisce per riconoscere la presenza, nel nostro ordinamento, di significative ipotesi di colpa in attività illecite: in relazione alle circostanze aggravanti; in relazione all'*aberratio delicti* plurilesiva; in relazione, infine, all'*aberratio ictus* con offesa di più persone diverse da quella alla quale l'offesa era diretta (65);

— in relazione al concetto di “rischio consentito” — a lungo utilizzato dai sostenitori della teoria in esame come criterio di discriminazione tra colpa e responsabilità da rischio illecito — nell'edizione del 2003 del suo Manuale, Pagliaro esplicitamente afferma che “quello del rischio consentito è un limite alla responsabilità” che, sia pur entro “ristretti limiti”, “vale pure per i delitti a responsabilità da rischio totalmente illecito” (66);

— ma è soprattutto l'affermazione secondo cui la prevedibilità e l'evitabilità, richieste per la sussistenza della responsabilità da rischio illecito, andrebbero accertate con gli *stessi parametri* usati per la colpa (67), a far cadere ogni differenza sostanziale tra tali due concetti. Come giustamente rilevano le Sezioni Unite nella sentenza Ronci, “se si giunge ad adottare un criterio di valutazione della prevedibilità ed evitabilità secondo gli stessi parametri che si utilizzano ai fini del giudizio sulla colpa, la responsabilità da rischio totalmente illecito viene a differenziarsi

(64) Per tale rilievo critico v. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *sub art.* 42, p. 428; BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in questa *Rivista*, 1988, p. 26: “posizioni di questo tipo rappresentano (...) un elemento frenante rispetto alle riforme”.

(65) PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 487 (sull'art. 59 comma 2); p. 627 (sull'art. 83 comma 2); p. 626 (sull'art. 82 comma 2).

(66) PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 301, nota 46.

(67) Si legga quanto a tal proposito scrive Pagliaro:

— se nella responsabilità da rischio illecito “sia sufficiente l'astratta prevedibilità, o si richieda pure la possibilità di prevedere l'evento nella situazione concreta, è questione che va risolta *con gli stessi parametri* che si adottano per il delitto colposo, e perciò rimane neutra rispetto alla problematica della responsabilità da rischio penalmente illecito” (PAGLIARO, *Responsabilità obiettiva*, cit., p. 190; corsivo aggiunto);

— “se nella colpa si vuole ravvisare una misura soggettiva, nel senso di adattare i giudizi di prevedibilità e di evitabilità alla persona individua dell'agente, *altrettanto* si dovrà fare per la responsabilità da *versari in re illicita*” (PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, cit., p. 16; corsivo aggiunto).

notevolmente dalla responsabilità oggettiva finendo per avvicinarsi sempre più a quella per colpa”;

3) *la teoria della responsabilità da rischio illecito offre un alibi alla giurisprudenza per continuare ad imputare la responsabilità per la conseguenza ulteriore non voluta su base meramente causale.*

Una volta svelata la sostanziale identità tra responsabilità da rischio illecito e responsabilità per colpa, la prima potrebbe essere considerata superflua, ma in fondo innocua, se non fosse che continuando a parlare di responsabilità oggettiva (sia pur integrata e corretta), e continuando a negare formalmente la possibilità di una colpa in attività illecita, offre un alibi a quella parte della giurisprudenza che si richiama ad essa per far sopravvivere una responsabilità su base meramente causale.

Alcune sentenze di legittimità confermano tale preoccupazione:

— in due pronunce degli anni Novanta, entrambe relative all’art. 586, la Cassazione richiama, quasi alla lettera, la teoria di Pagliaro, ma poi, nella sostanza, finisce per imputare all’autore del reato-base doloso la conseguenza ulteriore non voluta sulla base del solo nesso causale (68);

— in una pronuncia del 2002, relativa all’art. 584, la Cassazione recupera uno degli slogan dei sostenitori della responsabilità da rischio illecito (« non è ammissibile una colpa in attività illecita »), per giustificare la propria scelta di imputare la conseguenza ulteriore non voluta su base meramente causale (69).

La teoria di Pagliaro, in effetti, almeno a livello lessicale perpetua l’alternativa tra ‘colpa’ e ‘responsabilità oggettiva’; ed è proprio nelle pieghe di questa alternativa lessicale che la responsabilità per il mero nesso causale torna agevolmente ad incunearsi in sede di applicazione giurisprudenziale: motivo per cui la sentenza Ronci, molto opportunamente, prende le distanze anche da tale teoria, la quale rischia di fatto di ostacolare — contro le stesse intenzioni dei suoi sostenitori — la piena penetrazione del principio di colpevolezza nella nostra giurisprudenza.

7. *Quinta soluzione: la colpa (concepita ed accertata nei suoi requisiti ordinari).* — Fin qui, seguendo grosso modo la loro evoluzione storica, abbiamo illustrato, e respinto, quattro soluzioni elaborate per risolvere il

(68) Cass. 3 agosto 1993 (ud. 28 maggio 1993), Ciman, CED 194773, in *Riv. pen.*, 1994, p. 284, e Cass. 28 marzo 1997, Sambataro, CED 207274, in *Cass. pen.*, 1998, p. 817; su tali due sentenze v., in termini critici, BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 156-159. Anche la sentenza Ronci richiama tali pronunce, convenendo che « queste due decisioni utilizzano solo formalmente le nozioni di “rischio totalmente illecito” e di “non imprevedibilità dell’evento”, ma nella sostanza effettuano una imputazione dell’evento basata sul mero nesso di causalità ».

(69) Cass. 6 aprile 2002 (ud. 13 febbraio 2002), Izzo, CED 222054, in *Cass. pen.*, 2004, p. 874.

problema dell'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta di un reato-base doloso: il *dolus indirectus*; la responsabilità oggettiva ispirata alla logica del *versari in re illicita*; la colpa per violazione di legge penale; la responsabilità da rischio illecito.

Scartate tali soluzioni, dobbiamo, quindi, prendere atto che, per assicurare il pieno rispetto del principio di colpevolezza, non vi è che una sola soluzione possibile: imputare la conseguenza ulteriore non voluta *per colpa* — ma una colpa vera e propria, non un mero simulacro di essa.

7.1. *Le indicazioni interpretative fornite dalla giurisprudenza costituzionale.* — *De iure condito* — pur in vigenza di un codice che da una parte accoglie la responsabilità oggettiva, e dall'altra non menziona espressamente la colpa nelle norme qui in esame (70) — tale soluzione è già praticabile attraverso un'interpretazione *secundum Constitutionem* (71). La norma di rango superiore — l'art. 27 comma 1 Cost., in combinato disposto con l'art. 27 comma 3 e l'art. 25 comma 2 Cost. — potrebbe, infatti, penetrare in via interpretativa nel contesto della norma di grado inferiore — gli artt. 82, 83, 116, 584, 586 e le varie norme incriminatrici dei delitti aggravati dall'evento — imponendo la presenza della colpa.

Per procedere ad una siffatta interpretazione sarebbe sufficiente seguire le chiare indicazioni provenienti dalle tre fondamentali sentenze della Corte costituzionale sul principio di colpevolezza (72):

— la *sentenza 364/1988*, la quale — se pur afferma che « il primo comma dell'art. 27 Cost. non contiene un tassativo divieto di “responsabilità oggettiva” » — sottolinea fermamente la necessità di verificare « di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, *quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere “coperti” almeno dalla colpa* perché sia rispettata la parte del disposto di cui all'art. 27 primo comma Cost. relativa al rapporto psichico tra soggetto e fatto » (73): e nelle norme al nostro esame, la conseguenza ulteriore non voluta non può non essere ricompresa tra “gli elementi più significativi”, essendo essa assai significativa *sia rispetto all'offesa* (in quanto incarna

(70) La previsione della colpa è del tutto assente negli artt. 82, 116, 584 e nelle norme incriminatrici dei delitti aggravati dall'evento, mentre compare, ma in termini assai ambigui, negli artt. 83 (“a titolo di colpa”) e 586 (mediante il rinvio al menzionato art. 83 e agli artt. 589 e 590).

(71) In generale, sull'interpretazione costituzionalmente orientata v. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 72 ss.; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, p. 94 ss.

(72) Anche per ulteriori rinvii, sulle sentenze 364 e 1085 del 1988, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 236 ss.; sulla sentenza 322 del 2007, v. RISICATO, *L'errore sull'età*, cit., p. 1464 ss.

(73) Corte cost. 364/1988, par. 12 della parte “in diritto” (corsivo aggiunto).

l'offesa a beni giuridici penalmente tutelati, spesso di rango assai elevato, quali la vita e l'incolumità individuale), *sia rispetto alla pena* (in quanto determina l'inflizione di una pena maggiore rispetto a quella prevista per il solo reato-base doloso);

— la *sentenza 1085/1988*, la quale — dopo aver affermato a chiare lettere che il principio del *versari in re illicita* “contrasta con l'art. 27 primo comma Cost.” — aggiunge che “affinché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che *tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie* siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o *dalla colpa*) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati” (74); e tra i predetti elementi sicuramente rientra, nelle norme al nostro esame, la conseguenza ulteriore non voluta;

— infine, la *sentenza 322/2007*, in cui la Corte — dopo aver ribadito il rango “fondamentale” del principio di colpevolezza e le sue funzioni “garantistica” e “fondante” — statuisce in termini inequivocabili che il principio di colpevolezza “si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come *canone ermeneutico per il giudice*, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti” (75).

7.2. *La soluzione 'costituzionalmente orientata' accolta dalla sentenza Ronci.* — Il percorso interpretativo indicato dalla Corte costituzionale è stato seguito, con decisa coerenza, dalle Sezioni Unite nella sentenza Ronci. Ivi si afferma, infatti, che “è il rispetto del principio di colpevolezza e della sua portata liberalgarantistica (art. 27 comma 1, in combinato disposto col comma 3 e con l'art. 25 comma 2 Cost.) ad imporre che la fattispecie di cui all'art. 586 debba essere connotata dal requisito della colpa in concreto. Al fine di individuare la soluzione preferibile, non può ovviamente prescindere dal principio di colpevolezza e dalle sentenze della Corte costituzionale che gli hanno esplicitamente riconosciuto rango costituzionale”. Ne consegue che “l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586, una responsabilità per colpa in concreto”. Se non si dovesse accogliere una siffatta interpretazione *secundum Constitutionem*, non vi sarebbe altra alternativa praticabile — come inappellabilmente concludono le Sezioni Unite — che “sollevare questione di legittimità costituzionale dell'istituto per contrasto con il principio di colpevolezza”.

(74) Corte cost. 1085/1988, par. 5 della parte “in diritto” (corsivo aggiunto).

(75) Corte cost. 322/2007, par. 4.1 della parte “in diritto” (corsivo aggiunto).

Almeno in relazione all'art. 586, si tratta di affermazioni che trovano ulteriori riscontri nella giurisprudenza degli ultimi anni. Sia prima, sia — con maggior frequenza — dopo la sentenza Ronci, anche altre sentenze di legittimità adottano, infatti, un criterio di imputazione della morte o delle lesioni non volute nella sostanza analogo a quello indicato dalle Sezioni Unite.

Prima della sentenza Ronci possiamo segnalare le seguenti sentenze:

— Cass. 22 gennaio 2007 (ud. 6 luglio 2006), Chieca, CED 236298, relativa alle lesioni personali derivanti da sequestro di persona, riportate da un giovane viaggiatore nel tentativo di calarsi dal finestrino dello scompartimento del treno ove lo aveva abusivamente rinchiuso il controllore: la Cassazione conferma la condanna del controllore *ex art.* 586, in quanto ritiene che la Corte di merito abbia correttamente accertato la prevedibilità dell'evento con riferimento alle circostanze del caso concreto;

— Cass. 21 aprile 2006 (ud. 7 febbraio 2006), Giancaterino, CED 234584: anche qui la Cassazione conferma la condanna — nella specie, di uno spacciatore per la morte del cessionario — in quanto ritiene che la Corte di merito abbia correttamente accertato la prevedibilità dell'evento con riferimento alle circostanze del caso concreto.

Dopo la sentenza Ronci il criterio della colpa, da accertarsi in concreto, è stato tra l'altro adottato dalle seguenti sentenze:

— Cass. 24 aprile 2009 (ud. 4 marzo 2009), n. 17610, U.L., relativa ad un caso di morte conseguente al delitto di minaccia: qui la Cassazione annulla con rinvio la sentenza di merito di condanna affinché un nuovo giudice accerti l'effettiva sussistenza della colpa in concreto rispetto all'evento non voluto;

— Cass. 9 settembre 2009 (ud. 7 luglio 2009), Cavallero, CED 244772, e Cass. 23 aprile 2010, n. 25975, M. S., entrambe relative alla morte del cessionario di sostanze stupefacenti: anche qui la Cassazione annulla con rinvio la sentenza di condanna affinché un nuovo giudice di merito accerti l'effettiva sussistenza della colpa in concreto. In particolare, nella seconda delle pronunce citate, la Cassazione evidenzia come la sentenza di condanna annullata fosse stata basata solo sul nesso di causalità materiale e, quindi, a titolo di responsabilità oggettiva, essendosi riconosciuta la prevedibilità dell'evento in termini meramente astratti e assertivi, senza alcun accertamento né sullo stato di salute dell'assuntore, né sulla qualità della sostanza, né sull'esistenza di specifiche circostanze, conosciute o conoscibili dall'imputato, circa un maggior rischio letale derivante dall'uso della droga ceduta;

— Cass. 20 maggio 2010 (ud. 29 aprile 2010), n. 19090, O.S., relativa alla morte del cessionario di sostanze stupefacenti: in questo caso, invece, la Cassazione conferma la condanna dello spacciatore in quanto ritiene che la Corte di merito abbia correttamente accertato la sussistenza della colpa in concreto.

Per la loro forza argomentativa e coerenza sistematica, le affermazioni contenute nella sentenza Ronci sarebbero peraltro idonee a trascinare gli argini dell'art. 586 e a riversarsi, come un fiume in piena, anche sulle altre ipotesi delittuose in esame. Tuttavia, almeno per ora questa 'tracimazione'

non c'è stata, e la “soluzione della colpa” — pur a portata di mano dell'interprete ed in un certo senso addirittura ineludibile dopo le ricordate sentenze della Corte costituzionale — incontra ancora tanta resistenza in relazione all'*aberratio ictus*, al concorso anomalo di persone, ai delitti aggravati dall'evento e, soprattutto, all'omicidio preterintenzionale.

Tre, a nostro avviso, le ragioni di una tale resistenza:

— *prima di tutto* perché — come abbiamo già visto (*supra*, 4.1) — la colpa si scontra lungo il suo cammino con un antagonista assai agguerrito, la responsabilità oggettiva, che continua ad esercitare un forte fascino sui nostri giudici;

— *in secondo luogo* perché — come andremo subito a vedere (*infra*, 8) — vi è una certa riluttanza da parte di un settore della dottrina italiana (talora seguita dalla giurisprudenza) ad ammettere la possibilità di muovere un rimprovero per colpa per la conseguenza ulteriore non voluta nei confronti dell'autore del reato-base doloso, in quanto si nega, a monte, la configurabilità di una colpa in attività illecita;

— *in terzo luogo* perché — come vedremo alla fine di questo scritto (*infra*, 14 e 15) — la soluzione della colpa metterebbe a nudo la sproporzione tra misura della colpevolezza e misura della pena, che in modo più o meno accentuato connota le norme in esame.

8. *È davvero possibile concepire una colpa in attività illecita?* — Una parte della dottrina italiana ritiene che *non* sia possibile, da un punto di vista logico-normativo, ambientare la colpa in un territorio illecito, e segnatamente nel territorio illecito in cui il soggetto agente è penetrato attraverso la commissione del reato-base doloso (76).

Qui di seguito procederemo quindi ad illustrare — confutandole — le

(76) Oltre ai sostenitori della teoria della responsabilità da rischio illecito (v. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 321; ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, Milano, 1984, p. 205; MILITELLO, voce “Morte o lesioni”, cit., p. 23 e p. 26 dell'estratto), negano esplicitamente la configurabilità di una colpa in attività illecita anche CARMONA, *Il versari in re illecita « colposo »*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 223 ss.; ID., *La “colpa in concreto”*, cit., p. 4586 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 131; CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 317; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 177, nota 3; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 379 s.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 367; PICCARDI, *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 877; PIRAS, *L'imputazione delle circostanze aggravanti*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3441 s.; ID., *L'elemento soggettivo del concorso anomalo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2355 s.; ZUCCALÀ, *Nota introduttiva (artt. 59-70)*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, V ed., Padova, 2008, p. 233; in termini più stemperati, v. pure DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, p. 168 (“la colpa presuppone di solito l'esercizio di un'attività fondamentalmente lecita” - corsivo aggiunto).

due principali obiezioni che tale dottrina solleva alla configurabilità di una colpa in attività illecita.

8.1. *Prima obiezione: “la contraddizione che nol consente” - esposizione e replica.* — L’orientamento contrario alla configurabilità di una colpa in attività illecita fa leva, in primo luogo, sulla (presunta) *contraddizione* o, comunque, *irragionevolezza* in cui cadrebbe quell’ordinamento giuridico che volesse ambientare la colpa (anche) in un territorio illecito. Si afferma: « un’attività vietata in assoluto (investita cioè da un imperativo categorico di “non fare”) non può poi essere oggetto di un comando strumentale, finalizzato alla sua “corretta” esecuzione » (77); e ancora: “per il principio di ‘non-contraddizione’ (...) non può ritenersi che, allo stesso tempo, l’ordinamento giuridico vieti una condotta e indichi (colpa specifica) o recepisca (colpa generica) le cautele — *rectius*: le modalità — per il suo svolgimento” (78).

Questo argomento è penetrato anche in giurisprudenza, essendo stato accolto in una sentenza della Cassazione del 2002, relativa all’omicidio preterintenzionale: “sarebbe assurdo pretendere cautela, quanto alle conseguenze ulteriori non volute, da parte di chi, comunque, mette in atto un’aggressione fisica nei confronti di un terzo” (79).

A ben vedere, tuttavia, non pare che cada in una tale contraddizione un ordinamento giuridico che, con *una prima norma* (la norma incriminatrice), vieta un’attività e, con *una seconda e diversa norma* (la norma cautelare) — che interviene quando la prima ha fallito —, impone quanto meno di adottare le cautele necessarie affinché dall’attività vietata non derivino conseguenze offensive ulteriori, ... al pari di come non cadrebbe certo in contraddizione quel padre che vietasse al figlio di usare la propria auto ma che, una volta che il figlio abbia violato tale divieto, si augurasse per lo meno che l’auto fosse guidata con le cautele necessarie ad evitare incidenti!

(77) PADOVANI, *Diritto penale*, I ed., Milano, 1990, p. 271; così ancora nella V ed., Milano, 1999, p. 284. A partire dalla VI ed., tuttavia, il chiaro Autore ha sottoposto la questione a profonda rimediazione, ritenendo ora “tutt’altro che peregrina” la tesi secondo cui “la condotta diretta all’evento voluto (e cioè, nell’omicidio preterintenzionale, gli atti diretti a percuotere o a ferire) costituisca pur sempre una forma di attività intrinsecamente pericolosa, e come tutte le attività pericolose possa risultare conforme a, o difforme da, esigenze cautelari specifiche, dipendenti dalla sua natura e indipendenti dalla circostanza ch’essa sia di per sé illecita”: ID., *Diritto penale*, VI ed., Milano, 2002, p. 202, e così pure nell’ultima edizione (IX ed., Milano, 2008, p. 217).

(78) CARMONA, *La “colpa in concreto”*, cit., p. 4589; in senso analogo, DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 379; PIRAS, *L’elemento soggettivo del concorso anomalo*, cit., p. 2355; BARTOLI, *“Colpa” in attività illecita*, cit., p. 1050; MINO, *Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore*, cit., p. 1750.

(79) Cass. 6 aprile 2002 (ud. 13 febbraio 2002), Izzo, cit., p. 874.

Negare, invece, la possibilità di ambientare la colpa in un ambito illecito per non cadere in una (presunta) contraddizione, condurrebbe a *risultati* — questa volta sì — *paradossali*:

— l'ordinamento che, con una prima norma, vieta al chirurgo A di prelevare una cornea o un rene da uno sventurato adolescente di un paese del Quarto Mondo per trapiantarla nel corpo di un ricco acquirente, pur di non cadere in contraddizione *dovrebbe astenersi* dall'imporre a questo stesso chirurgo, con una seconda norma, il rispetto di tutte le cautele necessarie per evitare che, nello svolgimento di quell'operazione assolutamente illecita, l'adolescente gli muoia sotto i ferri;

— se il nerboruto B sta prendendo a manganellate l'esile C, l'ordinamento, in nome di questa presunta non contraddizione, potrebbe imporre a B l'osservanza di tutte le cautele necessarie ad evitare la morte di C *solo nel caso in cui* questi stia compiendo un'attività lecita (ad esempio, è un poliziotto intervenuto ai sensi dell'art. 53 per respingere una violenza portata da C all'Autorità), ma *non anche nel caso in cui* stia realizzando un'attività illecita (ad esempio, è un marito tradito che ha colto in flagrante C, amante di sua moglie);

— si considerino infine, in parallelo, queste due situazioni:

a) il medico ginecologo D sta eseguendo un intervento abortivo nei confronti della gestante E, col consenso di lei ma in violazione di alcune prescrizioni della l. 194/1978: la sua è, quindi, un'attività-base *illecita*;

b) nella sala operatoria accanto il medico ginecologo F sta eseguendo un analogo intervento abortivo nei confronti della gestante G, col consenso di lei e nel pieno rispetto di tutte le prescrizioni della l. 194/1978: la sua è, quindi, un'attività-base *lecita*.

Si risponda ora alla seguente domanda: davvero l'ordinamento, pur di non cadere in contraddizione, imporrà il rispetto delle cautele necessarie ad evitare la morte sotto i ferri della gestante *solo* al secondo ginecologo (F), e *non anche* al primo (D)?

In questi esempi, e nei tanti altri che si potrebbero formulare, il rispetto delle cautele preventive della conseguenza ulteriore non voluta (morte, lesioni, etc.), si impone identicamente sia a chi compie un'attività-base lecita, sia a chi compie un'attività-base illecita, come del resto riconosce un altro ampio settore della dottrina italiana, almeno da Francesco Carrara in poi, il quale esplicitamente affermava la configurabilità della colpa “così a carico di chi versa in cosa *illecita*, come a carico di chi versa in cosa *lecita*” (80).

(80) CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, opera XXXI, “*Sul caso fortuito*”, V ed., Firenze, 1898, p. 15 ss. Per la citazione di ulteriori Autori che ammettono la colpa in attività illecita, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 254 ss. A tale elenco di citazioni ne aggiungiamo qui altre quattro:

— la prima è tratta da un passaggio della *Relazione a Sua Maestà il Re sul codice penale*, Roma, 1931, p. 30, n. 28, dal quale si desume che anche ad avviso del legislatore storico la colpa poteva essere ambientata anche in un contesto illecito. Illustrando la

La medesima conclusione è accolta oggi anche dalla sentenza Ronci, che si guadagna così un altro fondamentale merito: l'aver affermato a chiare lettere "la possibilità di concepire e praticare una colpa in attività illecite", giacché "le norme cautelari di condotta valgono tanto per chi agisce legittimamente quanto per chi opera illegittimamente" (81).

A tale conclusione la sentenza Ronci giunge all'esito di un argomentato ragionamento, che vale la pena di riprodurre qui nei suoi passaggi più significativi (82):

— "a fronte della presunta contraddizione, si è invero evidenziato che l'esclusione della possibilità di configurare una colpa in chi versa *in re illicita* comporterebbe una violazione del principio di uguaglianza, ponendo sullo stesso piano chi cagioni l'evento ulteriore non voluto in circostanze che rendevano agevole la previsione del suo verificarsi e chi lo cagioni in circostanze eccezionali, tali da non renderlo prevedibile. Al contrario, ammettendo la possibilità di un rimprovero per colpa in chi realizza un evento non voluto mediante la commissione di un reato doloso, si avrà anche la possibilità di trattare in modo diverso situazioni diverse,

definizione di colpa e, in particolare, l'ipotesi della colpa con previsione, il Guardasigilli ritiene, infatti, "caratteristico della imprudenza l'agire talvolta con previsione dell'evento, ma con tutt'altra volontà che quella di cagionarlo. L'attività *lecita* fornisce continui esempi di questa verità. Lo sportivo temerario, che si accinge ad un esercizio pericolosissimo, prevede di potervi lasciare la vita, eppure egli vuole tutt'altro che la morte. Lo stesso accade nella sfera dell'attività *illicita*. Chi corre sfrenatamente con un veicolo in una via frequentata, prevede necessariamente di poter investire qualcuno, ma la sua volontà non è diretta a questo scopo, di guisa che, se l'investimento si verifica, *risponde, per universale consenso, di colpa*": si badi, di colpa in attività illecita!

— la seconda citazione è tratta da DEMURO, *Il dolo - I*, cit., p. 95, e testimonia della lunga tradizione dell'orientamento favorevole ad ambientare la colpa anche in un contesto illecito. Riferendo un passaggio di Covarruvias, dove si parla di una "*culpa, quam quis habet in eo, quod operam dat rei illicitae*", Demuro così chiosa: "Covarruvias affermava la necessità di un collegamento tra colpevolezza ed evento (...). La colpa si inserisce in un *versari in re illicita*. La conclusione che pare oggi incontestabile, che la colpa possa configurarsi anche nello svolgimento di attività illecite e non soltanto nell'ambito di attività in sé lecite, era pertanto già propria delle prime critiche alla responsabilità oggettiva";

— la terza citazione è tratta da PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 95: "il *versari in re illicita*, il trovarsi in una situazione di illiceità, lungi dall'escludere il problema della responsabilità in relazione ad eventi non voluti ma prevedibili, lo ripropone nei medesimi termini in cui il problema della colpa si pone in attività di per sé lecite";

— la quarta citazione, infine, è tratta da GALLO, *Appunti di diritto penale - vol. III. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, p. 24, il quale, illustrando il nuovo regime di imputazione delle aggravanti di cui all'art. 59 co. 2, segnala come esso renda "possibile la commistione fra dolo e colpa. Il primo proiettato sugli elementi costitutivi essenziali del reato; la seconda sulle aggravanti", e a tal proposito osserva pacato: "non c'è però da gridare allo scandalo"!

(81) In quest'ultimo virgolettato le Sezioni Unite riprendono alla lettera un passaggio di ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 11.

(82) Su tali passaggi, v. pure BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 249 s.

quali quella in cui l'evento ulteriore era agevolmente prevedibile e quella in cui era assolutamente imprevedibile e quindi nessun rimprovero può muoversi al soggetto”;

— “è stato altresì osservato”, prosegue la sentenza Ronci, “che sarebbe ancora maggiore la contraddizione del legislatore ipotizzando che lo stesso, da un lato, con norma costituzionale (art. 27 Cost.) accoglie il principio di colpevolezza e con norma ordinaria (art. 59 comma 2 c.p.) prevede l'imputazione almeno per colpa delle circostanze, e poi, da un altro lato, con altre norme ordinarie nega il principio di colpevolezza e non richiede la colpa in ordine agli ulteriori eventi non voluti”;

— “né la configurabilità di una colpa in attività illecita”, osservano infine le Sezioni Unite, “può essere negata sulla base delle argomentazioni che portano ad escludere una colpa per inosservanza di leggi penali, ossia perché non avrebbe senso imporre a chi sta compiendo un illecito doloso di eseguirlo con cautela. Ed infatti, il ritenere che non sia accettabile la tesi secondo cui ogni norma penale, nel momento in cui punisce una condotta, porrebbe anche una regola preventiva sulla pericolosità della condotta stessa, non significa affatto negare la possibilità che, in occasione della esecuzione dolosa di un reato, l'agente possa essere anche destinatario di regole cautelari per la prevenzione di ulteriori eventi, purché, ovviamente, non si pretenda di ricavare tali regole cautelari, in modo automatico e scontato, proprio dalla stessa disposizione penale incriminatrice della fattispecie dolosa”.

8.2. *Seconda obiezione: l'irreperibilità di un agente-modello in un contesto illecito - esposizione e replica.* — La seconda obiezione sollevata contro la possibilità di ambientare la colpa in un contesto illecito prende le mosse da una premessa assolutamente pacifica: per individuare la regola cautelare, la cui violazione costituisce l'essenza della colpa, occorre procedere ad un giudizio prognostico dal punto di vista di un “agente-modello” (83).

Ci si chiede, a questo punto, come si possa individuare un “agente-modello” all'interno di un ambito di attività illecita, dal momento che “non sembra (...) un esercizio intellettuale utilmente praticabile provare a costruire il modello dell'esperto o diligente delinquente, secondo le specifiche modalità di aggressione del reato di volta in volta all'esame” (84). Ci si domanda, in altre parole, “come si possa efficacemente ragionare, sul piano applicativo, per determinare, rispetto allo svolgimento di condotte penalmente illecite, il *modello* di agente” (85), dato che “nell'attività criminale

(83) Su tale premessa v. per tutti ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., sub art. 43, n. 72, p. 458; volendo, v. pure BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Pisani*, vol. III, Piacenza, 2010, p. 209 ss. (online: <http://air.unimi.it/handle/2434/145506>).

(84) CARMONA, *La “colpa in concreto”*, cit., p. 4593; v. pure ID., *Il versarsi in re illecita « colposo »*, cit., p. 250.

(85) CARMONA, *La “colpa in concreto”*, cit., p. 4593.

gli unici modelli d'autore configurabili sono, appunto, quelli criminali e, dunque, se di *colpa in re illicita* deve parlarsi bisogna, coerentemente, accettare l'idea della misurazione dell'attività dell'autore reale su quella ideale del delinquente "modello" secondo lo schema comportamentale dello specifico delitto commesso" (86). Si sottolinea, quindi, l'"imbarazzo" in cui verrebbe inevitabilmente a trovarsi il giudice chiamato a « ricostruire la *Maßfigur* di "ladro modello", "rapinatore modello", "danneggiatore modello", "piromane modello", e così via » (87).

Questa, quindi, la conclusione: se all'interno di un contesto illecito non è possibile rintracciare un agente-modello sulla scorta del quale edificare la regola cautelare, una colpa in attività illecita — una colpa vera e propria, fondata sulla violazione della regola cautelare — non è concepibile.

Anche l'obiezione in parola, per quanto suggestiva, tuttavia non convince, e ciò per i seguenti quattro motivi:

1) in primo luogo, occorre rilevare che ormai da tempo altra parte della dottrina autorevolmente insegna che la colpa ha gli *stessi contenuti* tanto se si tratta di colpa in attività *lecita*, quanto se si tratta di colpa in attività *illecita*.

In tal senso si esprimeva già Francesco Carrara: la "imputazione colposa (...) ha per base la imprudenza e la prevedibilità, *indipendentemente da qualsivoglia lecitudine o illecitudine del fatto*" (88). Similmente, in epoca più recente, si pronunciava anche Antolisei: "anche nel caso di azione intenzionalmente diretta a commettere un reato, la responsabilità per l'evento non voluto è subordinata al concorso dei *requisiti ordinari della colpa*" (89). Nella dottrina contemporanea, infine, Pulitanò ha riba-

(86) CARMONA, *La "colpa in concreto"*, cit., p. 4595.

(87) DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 380; nello stesso senso, PIRAS, *L'elemento soggettivo del concorso anomalo*, cit. p. 2355; BARTOLI, *"Colpa" in attività illecita*, cit., p. 1050. Pur concordando sull'impossibilità di individuare un agente-modello in un ambito illecito, ritengono nondimeno configurabile una colpa in attività illecita (alla quale, tuttavia, attribuiscono un contenuto parzialmente diverso da quello della colpa in attività lecita), CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, pp. 129, 210 e 238; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 374 ss.; MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993, p. 220 ss.

(88) CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, opera XXXI, *"Sul caso fortuito"*, cit., p. 20 (corsivo aggiunto). All'inizio del secolo scorso si esprimeva in termini analoghi anche uno dei padri della moderna dottrina penalistica di lingua tedesca: von HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in Vergleichende Darstellung*, AT, Band III, Berlino, 1908, p. 571: ai fini della valutazione della colpa, è "in linea di principio *indifferente se l'attività dell'agente*, cioè a prescindere dall'evento delittuoso da essa cagionato, sia *già di per sé vietata* da disposizioni penali, da regolamenti o da discipline di servizio" (corsivo aggiunto).

(89) ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 11 (corsivo nell'originale).

dito che la colpa in attività illecita risulta “*strutturalmente analoga*” alla colpa in attività lecita (90).

Da tali insegnamenti possiamo allora dedurre una preziosa indicazione ai nostri presenti fini: se la colpa in attività illecita ha gli stessi contenuti della colpa in attività lecita, anche per accertare la prima si potrà fare ricorso al consueto *parametro dell'agente-modello* (91).

Anche negli ordinamenti di lingua tedesca la possibilità di accertare la colpa in attività illecita seguendo il medesimo procedimento valido per la colpa in attività lecita — in particolare, ricorrendo al parametro dell'agente-modello — è riconosciuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza in Germania e in Austria, e dall'orientamento assolutamente dominante in Svizzera (92);

2) in secondo luogo, per superare l'obiezione dell'irreperibilità di un agente-modello per la colpa in attività illecita, occorre considerare che, in realtà, *pressoché qualsiasi attività umana può essere esercitata sia in condizioni di liceità che in condizioni di illiceità*. Una medesima condotta — anche lo sferrare un calcio, l'alzare una mano armata di un pugnale, lo sparare un colpo di pistola, il cedere una sostanza stupefacente, etc. — può essere di per sé lecita o illecita, a seconda delle circostanze concrete del caso di specie. Se Tizio spara un colpo di pistola per sopprimere un rivale di una cosca mafiosa nemica la sua condotta è illecita, ma se Tizio spara quel colpo di pistola per respingere un pericoloso aggressore, anch'egli armato, la sua condotta è lecita.

Ogni attività, dunque, si presta all'individuazione di un agente-modello, a prescindere dalla sua connotazione — *estrinseca* — di liceità o illiceità. Per ogni attività possiamo, insomma, chiederci come essa sarebbe

(90) PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 352. In senso analogo, v. pure BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, p. 214, secondo il quale la colpa in attività illecita “non concede sconti al contesto illecito in cui opera, intervenendo nella sua espressione più completa e nella specificità del contenuto cautelare espresso”; nonché, almeno in una prospettiva *de iure condendo*, ARDIZZONE, *Principio di colpevolezza ed abbandono della responsabilità obiettiva*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 168, secondo cui la colpa in attività illecita (in particolare, rispetto all'evento morte o lesioni personali, conseguenti a determinati delitti dolosi) “va determinata secondo i principi generali, senza alcuna deviazione”.

(91) Con specifico riferimento all'ipotesi del concorso anomalo di persone, l'utilizzabilità del parametro dell'agente-modello per innestare il rimprovero di colpa in un'attività-base illecita è esplicitamente ammessa da MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 533, e da GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, vol. II, cit., *sub art.* 116, n. 6, p. 243; e in giurisprudenza, da Cass. 25.2.2005, Lauro, CED 231460, ove, in motivazione, si fa direttamente riferimento al “parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*”.

(92) Sul punto, anche per i necessari riferimenti, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 447 ss., p. 551 ss. per la Germania; p. 739 ss. per l'Austria; p. 872 ss. per la Svizzera.

stata esercitata da una persona ragionevole, da un soggetto coscienzioso ed avveduto, prescindendo, per un attimo, da una sua valutazione in termini di liceità o illiceità (93);

3) in terzo luogo, e a conferma di quanto appena detto, si noti che a ben vedere *i nostri giudici già ai fini dell'applicazione di altre norme e istituti si chiedono come si sarebbe comportato in un contesto di attività illecita un agente-modello* (di volta in volta denominato persona ragionevole, o uomo normale, o uomo medio, etc.), per poi confrontare tale condotta con quella dell'agente reale:

— in caso di eccesso nelle cause di giustificazione (in una situazione, quindi, per definizione di illiceità), come fa il giudice ad accertare se il superamento dei limiti della causa di giustificazione sia avvenuto per colpa e non sia, invece, incolpevole? Si chiede come si sarebbe comportato in quella situazione un agente-modello: come avrebbe usato l'arma, come avrebbe sferrato il calcio, come avrebbe preso la mira un agente-modello. Eppure tale agente versa indubabilmente in un contesto illecito (94);

— ma pensiamo pure al procedimento seguito dai nostri giudici ai fini della concessione dell'attenuante della c.d. provocazione (art. 62 n. 2), ove il giudice si chiede se la condotta del provocatore avrebbe potuto far sorgere uno stato d'ira anche in un agente-modello (95). E qui il confronto con le ipotesi al nostro esame è particolarmente significativo, perché tanto la concessione dell'attenuante della provocazione quanto l'imputazione per colpa della conseguenza ulteriore non voluta presuppongono la commissione di un reato-base doloso;

— un discorso analogo vale, infine, con riguardo alle cause di non punibilità della provocazione nei delitti di ingiuria e diffamazione (art. 599 comma 2), e della desistenza volontaria nel tentativo (art. 56 comma 3): qui il giudice riconosce l'eventuale sussistenza della causa di non punibilità e, quindi, prescinde dall'applicazione della pena nei confronti di un fatto *altrimenti integrante reato* dopo aver effettuato una valutazione dal punto di vista di un agente-modello. Nel primo caso, tale valutazione gli serve per sapere se anche nell'agente-modello sarebbe insorto uno stato d'ira (96);

(93) In senso analogo, v. pure PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, 2008, p. 353: “non si vorrà sostenere che violando un precetto penale si perda *sic et simpliciter* la ragione!”, “si ragiona (si può, si deve ‘ragionare’) anche *in re illicita*”.

(94) Sul punto, v. *amplius* BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 309 ss., con ulteriori rinvii.

(95) In tal senso, v. da ultimo Cass. 28 febbraio 2008 (ud. 7 febbraio 2008), n. 9077, in cui si utilizza il parametro dell'*uomo medio*.

(96) V. nota precedente.

nel secondo caso tale valutazione è funzionale alla verifica della volontarietà della desistenza (97).

L'aver fatto riferimento, nelle righe precedenti, alla c.d. "provocazione" ci offre lo spunto anche per un rapido cenno agli ordinamenti di *common law* all'interno dei quali, come è noto, la *defense of provocation* consente la derubricazione dell'omicidio volontario dal più grave delitto di *murder* al meno grave delitto di *manslaughter*. Per quanto interessa in questa sede, occorre infatti segnalare che ai fini della concessione di tale *defense* dottrina e giurisprudenza di *common law* ricorrono sempre e senza alcuna esitazione al parametro dell'agente-modello (nella loro terminologia: *reasonable man*), per verificare se una "persona ragionevole" avrebbe percepito la provocazione e reagito ad essa allo stesso modo dell'agente reale (98). Un chiaro esempio, quindi, di applicazione del parametro dell'agente-modello in un contesto di attività illecita: un agente-modello che picchia, spara, pugnalà, uccide;

4) la reperibilità di un agente-modello anche in un contesto di attività illecita risulta, infine, indubbia non appena ci si sposti da un piano meramente speculativo ad un *piano anche pragmatico*, evitando così che il 'troppo ragionare' ci conduca ad esiti insostenibili nella prassi. Il confronto con possibili casi concreti conferma, infatti, appieno la possibilità — anzi, la necessità — di individuare l'agente-modello in un ambito illecito seguendo *lo stesso procedimento* adottato allorché si versi in un ambito lecito. *Exempla docent*:

a) mentre il chirurgo Tizio sta eseguendo nei confronti del paziente Caio un intervento di asportazione della cornea al fine di trapiantarla in un altro paziente (attività *illecita* per il nostro ordinamento), nella sala operatoria accanto il chirurgo Mevio sta asportando la cornea del paziente Sempronio al fine di scongiurargli una

(97) In tal senso, v. ad esempio Cass. 19 giugno 1976 (ud. 15 dicembre 1975), Mauro, CED 133907, la cui massima è così formulata: "la desistenza può considerarsi volontaria, allorché la condotta dell'agente si determini autonomamente al di fuori di cause esterne che ne vincolino la libertà. Così non può dirsi quando la interruzione dell'attività criminosa sia imposta da fattori esterni, che rendono irrealizzabile la prosecuzione della attività diretta all'attuazione del fine antiggiuridico o quando la prosecuzione di essa presenti svantaggi o rischi tali da non potersi attendere da nessuna *persona ragionevole*" (corsivo aggiunto). Per quella parte della dottrina che intende il requisito della "volontarietà" della desistenza quale "possibilità di scelta *ragionevole*", di tal ché "la volontarietà viene meno allorché la continuazione dell'impresa, pur se materialmente possibile, presenta svantaggi o rischi tali da non potersi attendere da *persona ragionevole*", v. per tutti MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 452 (corsivo aggiunto).

(98) In generale, sulla *provocation*, per il diritto inglese v. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, V ed., Oxford, 2006, p. 263 s.; per il diritto americano v. ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, St. Paul (Minn.), 1984-1999, p. 479 ss.; KADISH, *The Model Penal Code and the American Law of Provocation*, in *Scritti Stella*, Napoli, 2007, p. 761 ss.

metastasi tumorale (attività ontologicamente identica a quella di Tizio, ma assolutamente *lecita* per il nostro ordinamento).

Quali sono — e con quale procedimento devono essere individuate — le cautele alle quali deve attenersi il chirurgo Tizio al fine di evitare che Caio deceda nel corso dell'operazione? E quali sono, viceversa — e con quale procedimento devono essere individuate — le cautele alle quali deve attenersi il chirurgo Mevio al fine di evitare che Sempronio muoia sotto i ferri?

Ritenere che le cautele, preventive dell'evento morte, nel primo caso abbiano contenuto diverso — in quanto individuate con un procedimento diverso, che prescinde dall'utilizzo della figura dell'agente-modello — rispetto alle cautele del secondo caso, non pare seriamente sostenibile. Invero, *indipendentemente dalla illiceità o liceità della condotta base*, in entrambi i casi le cautele doverose potranno (e dovranno) essere individuate ricorrendo al parametro dell'agente-modello, ricostruito col *consueto procedimento*: innanzitutto si dovrà selezionare il circolo di rapporti più prossimo, nella situazione concreta, agli agenti reali (quello dei medici chirurghi); poi si dovrà pensare 'mentalmente' un esponente coscienzioso ed avveduto di tale circolo; infine occorrerà chiedere quali modalità operative avrebbe adottato tale agente ideale, in occasione di un intervento di asportazione della cornea, per evitare l'evento morte;

b) nel maggio 1999, quando la mendicITÀ c.d. invasiva costituisce ancora reato nel nostro ordinamento (99), Tizio mendica in piazza del Duomo simulando cecità (a tal fine indossa una spessa benda nera sugli occhi). Mentre brancola in tal modo, involontariamente urta un'anziana signora, provocandone la caduta e la conseguente frattura del femore. Per tali fatti il giudizio di primo grado si svolge per direttissima, ancora nel mese di maggio 1999. Il giudizio di secondo grado si celebra, invece, qualche mese dopo quando, intervenuta l'abrogazione della contravvenzione di mendicITÀ, l'attività-base di Tizio non è più qualificabile in termini di illiceità.

Dovrà forse il giudice di secondo grado individuare, con un procedimento diverso rispetto a quello adottato dal suo collega in prime cure, le regole di cautela rispettando le quali Tizio avrebbe potuto evitare l'evento di lesioni personali? Il mutamento della qualifica normativa della condotta-base determina forse un mutamento nel procedimento di individuazione delle regole cautelari? La risposta negativa ci sembra l'unica ragionevole.

Alla luce di questi quattro argomenti pensiamo, quindi, di poter respingere l'obiezione dell'irreperibilità di un agente-modello per la colpa in attività illecita, e di concludere sul punto con le stesse parole della sentenza Ronci: « la circostanza che l'agente reale versi in un ambito di illiceità non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello. Ovviamente, si dovrà fare riferimento non già alla condotta di un ipotetico "delinquente modello",

(99) La contravvenzione di mendicITÀ c.d. invasiva (art. 670 comma 2) è stata abrogata dalla l. 25 giugno 1999, n. 205.

bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale ».

9. *Ulteriori conferme alla colpa in attività illecita.* — Dopo aver superato le principali obiezioni mosse alla possibilità di ambientare il rimprovero di colpa in un contesto illecito, possiamo andare alla ricerca di ulteriori, e decisive, conferme a favore della colpa in attività illecita.

1) Una prima conferma ci giunge dall'*indagine comparatistica*, in quanto numerosi ordinamenti europei, come ricorda la stessa sentenza Ronci, ammettono senza riserve una colpa in contesti illeciti di base:

— è la colpa *ex lege* prevista in molti codici penali per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, derivante dalla commissione di un reato-base doloso (100);

— è la colpa che, negli ordinamenti che hanno abolito i delitti aggravati/qualificati dall'evento, viene richiesta per chiamare l'autore di un reato-base doloso a rispondere della morte o delle lesioni personali non volute in base alle regole generali sul concorso formale tra un reato doloso e un reato, per l'appunto, colposo (101);

— è la colpa, infine, alla quale si ricorre per imputare l'offesa a persona diversa da quella presa di mira, conseguenza non voluta dell'esecuzione 'maldestra' di un reato doloso, nei numerosissimi ordinamenti che non prevedono una norma *ad hoc* per l'*aberratio ictus* (102);

2) ma anche rimanendo in casa nostra possiamo ritrovare, nelle pieghe dell'ordinamento vigente, alcune importanti conferme alla colpa in attività illecita. La principale e più chiara di esse è costituita dall'art. 59 comma 2, che detta la (nuova) disciplina per l'*imputazione delle circostanze aggravanti*, le quali possono essere accollate all'autore di un reato — ad un soggetto, quindi, che versa *in re illecita* — tra l'altro solo se "ignorante per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa" (103).

(100) V. *infra*, nota 137.

(101) V. *infra*, nota 139.

(102) Lo segnalava già, con riferimento all'ordinamento tedesco, ROMANO, *Contributo all'analisi della "aberratio ictus"*, cit., p. 46; più di recente, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 353 (sull'ordinamento tedesco) e p. 705 (sull'ordinamento austriaco).

(103) Si veda la formulazione della disposizione citata, introdotta dall'art. 1, l. 7 febbraio 1990, n. 19. Una cospicua parte della giurisprudenza sembra "fare sul serio" con la colpa richiesta dall'art. 59 co. 2, richiedendo un suo effettivo accertamento in concreto: si vedano, tra le altre, Cass. 6 giugno 1994, Urzo, CED 198529, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2574; Cass. 31 agosto 1994, Morabito, CED 199907; Cass. 22 maggio 2008, Cassoni, n. 20663; Cass. 18 marzo 2008, Passafiume, cit.; Cass. 19 novembre 2009 (ud. 15 ottobre 2009), D.N.C., n. 44492. Per un'analisi di tali sentenze, sia consentito rinviare a BASILE, *Commento all'art. 59*, cit., p. 1052.

Immaginiamo che un improvvisato ladro rubi un vecchio vaso scheggiato e forato, senza sapere che, in realtà, si tratta di una preziosa anfora greca. Ebbene al nostro ladro — autore di un reato-base doloso: il furto — potrà essere imputata la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 7 (“danno patrimoniale di rilevante gravità”) solo se egli *per colpa* ha ignorato o non ha riconosciuto l'ingente valore della cosa sottratta: non siamo forse di fronte ad un caso di colpa in attività illecita? segnatamente, non abbiamo sotto gli occhi una combinazione di dolo (per il reato-base di furto) e di colpa (per la circostanza aggravante)?

Che il (nuovo) regime di imputazione delle circostanze aggravanti legittimi la colpa in attività illecita, in particolare nella combinazione dolo + colpa, è stato esplicitamente riconosciuto anche dalla Cassazione, la quale ha più volte affermato che “non sussiste, attesa l'ampia formulazione dell'art. 59 comma 2, logica incompatibilità tra l'imputazione a titolo di dolo della fattispecie criminosa base e quella a titolo di colpa di un elemento accidentale come la circostanza” (104).

Con la sentenza Ronci, infine, le Sezioni Unite hanno pienamente colto il nesso sistematico tra l'art. 59 comma 2 e la colpa in attività illecita, rilevando che, attraverso tale norma, “il legislatore ha (...) espressamente riconosciuto la possibilità di ambientare il rimprovero per colpa in un ambito di illiceità dolosa”;

3) un'ulteriore conferma della possibilità di muovere un rimprovero per colpa nei confronti di chi versa *in re illicita* ci è offerta dall'art. 81 comma 1. Tale norma, disciplinando tra l'altro il concorso formale eterogeneo di reati (“chi con *una sola* azione od omissione viola *diverse disposizioni di legge*”), ci dice infatti chiaramente che se un soggetto con una sola azione od omissione compie un fatto voluto e uno non voluto, entrambi integranti reato, il primo gli potrà essere imputato per dolo e il secondo per colpa: e questa colpa sarà per forza di cose una colpa in attività illecita, giacché mediante la commissione del reato doloso il soggetto agente è ormai penetrato in un'area di illiceità.

Nessuno dubita della possibilità di un concorso formale tra un reato doloso e un reato colposo (105). Pochi, tuttavia, hanno intravisto in tale possibilità la conferma della colpa in attività illecita (106);

(104) Cass. 16 febbraio 2006 (ud. 31 gennaio 2006), n. 6259, Matassa; nello stesso senso, già Cass. 5 novembre 1997 (ud. 27 ottobre 1997), Carelli, CED 208936; Cass. 2 marzo 1995 (ud. 6 dicembre 1994), Imerti, CED 200902.

(105) V., in proposito, dottrina e giurisprudenza citate in BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 267, cui *adde*, PROSDOCIMI, voce “Concorso di reati e di pene”, in *Dig. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 522 ss.; MUSCATELLO, *Pluralità e unità di reati*, Padova, 2002, p. 117. A quanto ci è noto, solo REGINA, *Il reato aberrante*, Milano, 1970, p. 126 s., nonché ID., voce “Reato aberrante”, in *EGT*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 6, nega la possibilità di un concorso formale tra reato doloso e reato colposo.

(106) Tra questi pochi possiamo ricordare Francesco Alimena: “ancora una volta affermiamo la possibilità che una stessa condotta possa essere dolosa e colposa ad un tempo

4) infine, come opportunamente ricorda la sentenza Ronci, la stessa Corte costituzionale, intervenendo in relazione al furto d'uso (art. 626 primo comma n. 1 — sent. n. 1085/1988), ha imposto l'accertamento della colpa in un contesto illecito di base, segnato dalla sottrazione e dall'impossessamento di una cosa altrui al fine di farne un uso momentaneo. In tale sentenza si afferma, infatti, che “la mancata restituzione (...) non è addebitabile al soggetto agente [il ladro!] (...) se dovuta a caso fortuito o a forza maggiore”, ossia se non dovuta a colpa (107).

10. *Si scrive “colpa”, ma si legge “responsabilità oggettiva”?* — Giunti a questo punto possiamo senz'altro affermare che la conseguenza ulteriore non voluta, negli artt. 82, 83, 116, 584, 586 e nelle varie norme incriminatrici dei delitti aggravati dall'evento, può (deve!) essere imputata per colpa; nondimeno, non possiamo ancora dirci soddisfatti. Dobbiamo, infatti, subito porci un ulteriore interrogativo: siamo sicuri che l'inserimento della colpa (in via interpretativa o legislativa) nelle ipotesi criminose in parola segni davvero il *requiem* della responsabilità oggettiva quale criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta? non c'è, invece, il rischio che la responsabilità oggettiva — come araba fenice — risorga dalle sue stesse ceneri e, nella prassi giurisprudenziale, torni nuovamente ad insinuarsi, in forma mascherata, subdola, riprendendo il sopravvento sulla colpa? Breve: non c'è il rischio che nelle sentenze dei nostri giudici si scriva “colpa”, ... ma si legga “responsabilità oggettiva”?

Alcuni *campanelli d'allarme* ci avvertono, in effetti, della presenza di un tale rischio.

10.1. *Primo campanello d'allarme: la colpa per violazione di legge penale.* — Il primo campanello d'allarme lo suona l'esperienza della *colpa per violazione di legge penale*: già abbiamo visto, infatti, come la nostra giurisprudenza abbia potuto contrabbandare, sotto le vesti della colpa, una responsabilità di fatto oggettiva. Vero è che la sentenza Ronci ha preso nettamente le distanze da un siffatto camuffamento verbale della responsabilità oggettiva (v. *supra*, 5), ma è altrettanto vero che solo qualche mese prima la quinta sezione della Cassazione ancora affermava, in relazione all'omicidio preterintenzionale, che “l'elemento soggettivo del delitto va identificato nell'aver disatteso il precetto di non porre in essere atti lesivi dell'altrui incolumità” (108), così riproponendoci nella sua sostanza, con

(...): costruzione questa che è certo agevolata dal modo in cui il codice attuale regola il concorso ideale di reati (art. 81, prima parte, c.p.)” (ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, p. 85).

(107) Per tale rilievo v., da ultimo, DEMURO, *Il dolo - I*, cit., p. 95, nota 45.

(108) Cass. 29 gennaio 2009 (ud. 11 dicembre 2008), De Nunzio, CED 242965.

minime varianti lessicali, la vecchia teoria della colpa presunta per violazione di legge penale.

Converrà, quindi, non abbassare la guardia, e continuare a ricordare ai nostri giudici che la colpa specifica consiste nella violazione di regole scritte *di natura necessariamente cautelare*. Meglio ancora, poi, se — seguendo una strada già percorsa nei progetti Grosso (art. 28 comma 1, della seconda stesura), Nordio (art. 21) e Pisapia (art. 13, n. 1, lett. d) — a ricordarglielo sarà il legislatore, piuttosto che la voce, spesso inascoltata, della dottrina.

10.2. *Secondo campanello d'allarme: l'impovertimento contenutistico della colpa in attività illecita in alcune pronunce giurisprudenziali.* — Il secondo campanello d'allarme ci giunge dalla lettura di alcune sentenze, anche recenti, delle nostre Corti che, pur riconoscendo formalmente la necessità di un'imputazione per colpa della conseguenza ulteriore non voluta, di fatto non conducono alcun serio accertamento della colpa stessa nel caso di specie, ma ne ammettono la presenza con estrema disinvoltura, sicché la conseguenza ulteriore non voluta viene in realtà imputata su base meramente causale.

L'orecchio fino dei giudici della sentenza Ronci ha perfettamente udito tale campanello d'allarme, ammonendo del « rischio che si possa (...) giungere di fatto *ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa*, con risultati pratici sostanzialmente identici a quelli della responsabilità oggettiva, o della colpa presunta per violazione di legge penale, o della colpa da prevedibilità in astratto dell'evento non voluto, ossia ad applicazioni pratiche solo formalmente rispettose del principio di colpevolezza, ma sostanzialmente non conformi allo stesso. Rischio questo non meramente ipotetico, come risulta da alcune decisioni che, pur affermando formalmente la necessità, attesa la "indefettibilità del principio di colpevolezza", della "sussistenza di un coefficiente di riferibilità psicologica, a titolo di colpa, dell'evento non investito dal dolo del reato di base", tuttavia poi di fatto non hanno svolto alcuna indagine sulla effettiva presenza degli elementi costitutivi di una imputazione realmente colposa, in relazione alle circostanze oggettive e soggettive della concreta situazione ».

Uno di questi 'cattivi esempi' di decisioni in cui si scrive colpa, ma si legge responsabilità oggettiva, in quanto nessuna seria indagine sulla effettiva presenza della colpa viene in concreto svolta, le Sezioni Unite ce lo avevano, del resto, proprio sotto gli occhi. La Corte d'appello, nella sentenza che aveva provocato il loro intervento, nel condannare uno spacciatore per la morte del cessionario indiretto, aveva, infatti, da un lato osservato che "il delitto di cui all'art. 586 non è caratterizzato da mera responsabilità oggettiva, ma da una responsabilità a titolo di colpa"; dall'altro lato, tuttavia, come rilevano le Sezioni Unite, "nonostante queste

precisazioni, è evidente che la Corte d'appello ha in realtà ritenuto l'imputato responsabile del reato di cui all'art. 586 per la morte del [cessionario indiretto] a puro titolo di responsabilità oggettiva e sulla sola base del nesso di causalità materiale". In particolare — leggiamo ancora nella sentenza Ronci — la Corte d'appello "non ha accertato se l'imputato sapesse o potesse sapere che il [cessionario diretto] avrebbe a sua volta ceduto parte dello stupefacente a terzi e che uno di costoro era consumatore di notevoli quantità di medicinali, si trovava in precario stato di salute e avrebbe ingerito alcol etilico contemporaneamente all'assunzione dello stupefacente. La Corte ha anche parlato di colpa dell'agente e di concreta prevedibilità dell'evento letale per l'assuntore della sostanza stupefacente, ma *si tratta di affermazioni apodittiche e di motivazione di stile, non essendo stata indicata nessuna circostanza di fatto che dimostrasse una prevedibilità della morte in concreto ed una colpa in concreto dell'agente*".

Né mancano altri 'cattivi esempi' di sentenze che rendono formalmente omaggio al criterio della colpa e/o al principio di colpevolezza, ma poi di fatto condannano senza accertare alcuna colpa, e quindi sulla base del solo nesso causale.

Sempre a proposito dell'art. 586 possiamo ricordare la sentenza il cui caso di specie è già stato descritto sopra (v. Introduzione, caso 3). Tale sentenza, nel condannare i due pescatori di frodo che avevano cagionato la morte di un subacqueo lanciando bombe dalla loro barca, *formalmente* afferma la necessaria "sussistenza di un coefficiente di riferibilità psicologica, a titolo di colpa, dell'evento non investito dal dolo del reato di base", attesa "l'indefettibilità del principio di colpevolezza, in necessaria sintonia con la tendenza dell'ordinamento verso il superamento delle forme di responsabilità oggettiva" (109). Tuttavia, *di fatto* in tale sentenza non viene svolta la benché minima indagine sulla colpa né vengono individuati gli elementi fondanti un'imputazione effettivamente colposa, quantunque il caso di specie (il subacqueo era sprovvisto della boa di segnalazione) avrebbe dovuto imporre un attento esame delle concrete modalità di verifica dell'evento, per lo meno in riferimento alle circostanze inerenti al luogo, alla distanza dalla costa, alla frequentazione in passato delle acque da parte di altri subacquei, etc.

Passando all'art. 584 si possono ricordare per lo meno i seguenti due casi in cui la responsabilità oggettiva, cacciata dalla porta, è rientrata dalla finestra:

— il primo caso riguarda una donna che, nel corso di una lite, colpiva con un coltello il marito alle spalle, esasperata dalla costante condotta vessatoria di questi: nella relativa sentenza di condanna, benché si affermi che "l'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale è da ravvisare in un dolo misto a colpa", l'accertamento della colpa risulta in realtà ridotto ad una *mera annotazione di stile*, limitandosi la Corte a rilevare che "è mancata nell'imputata ogni attenzione nell'attività esecutiva del reato [di lesioni]" (110);

(109) Cass. 20 gennaio 2003, Solazzo, cit.

(110) Cass. 25 marzo 1979 (ud. 24 gennaio 1979), Donzelli, CED 141563, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1980, p. 736 s., con nota di PADOVANI, il quale già avvertiva del rischio che tale (per l'epoca) innovativa ricostruzione della preterintenzione come dolo misto a colpa potesse ridursi "ad un mero *flatus vocis*" qualora la prevedibilità della morte fosse affermata a prescindere dalle "modalità concrete con cui essa si è manifestata".

— il secondo caso riguarda un uomo che moriva di infarto dopo essere stato malmenato e poi rincorso nei pressi di uno stadio da un gruppo di tifosi della squadra di calcio avversaria: qui per l'accertamento della colpa (pur formalmente posta a base dell'imputazione dell'evento morte) la Corte si accontenta della sola *prevedibilità in astratto* dell'evento morte, negando qualsiasi rilievo al vizio cardiaco — non noto né conoscibile dagli imputati — di cui la vittima soffriva (111).

In relazione, infine, all'*art. 116*, va segnalato quel cospicuo orientamento giurisprudenziale che parte da un'affermazione molto promettente: "l'*art. 116* non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, inconciliabile con il principio di colpevolezza come interpretato dalla Corte costituzionale (...), bensì un'ipotesi di responsabilità a titolo di dolo rispetto alla condotta del reato-base voluto e meno grave (ad esempio, rapina) ed a titolo di *colpa* rispetto all'evento non voluto diverso e più grave (ad esempio, omicidio)" (112). Tale orientamento finisce, tuttavia, per individuare la colpa "nella violazione delle regole di prudenza, per essersi il compartecipe imprudentemente affidato per l'esecuzione di condotta criminosa al comportamento di altro soggetto che sfugge al suo controllo finalistico" (113): come dire che il correo — il quale per definizione si affida ad altri per l'esecuzione di una condotta criminosa — risponderà *sempre e immancabilmente* per colpa (*culpa in re ipsa*) per il reato diverso da quello da lui voluto.

Un siffatto svuotamento contenutistico della colpa si può registrare addirittura in relazione a quella che ci sembrava la previsione più sicura di colpa in attività illecita: l'*art. 59 comma 2*. Anche nel settore delle circostanze aggravanti, infatti, la colpa, pur prevista *ex lege*, rischia di sfumare in responsabilità oggettiva (con un ritorno al passato, che di fatto riduce la riforma del 1990 a mera operazione di facciata), ogni qual volta la giurisprudenza proceda ad un suo *accertamento in termini presuntivi* (114):

— il ricorso ad una sorta di *presunzione relativa di colpa* rispetto alle circostanze aggravanti emerge, ad esempio, in una sentenza in cui si afferma che, ai fini dell'applicazione dell'aggravante della disponibilità delle armi da parte di un'associazione di tipo mafioso (*art. 416 bis comma 4*), la presenza della colpa sia "da riconoscere, *di regola*, in considerazione della natura stessa dell'organizzazione, la quale si avvale normalmente, anche se non necessariamente, delle armi, quale mezzo più efficace per la realizzazione dei suoi peculiari obiettivi di intimidazione,

(111) Cass. 19 marzo 1993 (ud. 11 dicembre 1992), Bonalda, CED 194325, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2529; giustamente critici su tale sentenza, CAGLI, *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 542; PISA, nota a Cass. 2 ottobre 1996, Paoletti, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 325. Sulla inidoneità di una valutazione di *prevedibilità in astratto* dell'evento a porre un serio argine all'imputazione meramente causale dell'evento stesso, v., anche per i necessari rinvii, BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 770 s.

(112) Così, tra le ultime in tal senso, Cass. 17 novembre 2006 (ud. 24 ottobre 2006), De Cristofaro, CED 235427.

(113) V. sentenza cit. alla nota precedente.

(114) All'indomani della modifica dell'*art. 59*, già ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1, Cost.*, cit., p. 106, paventava il possibile impiego, da parte della prassi, "di rassicuranti formulette di stampo presuntivo, capaci di svuotare la portata della riforma".

di assoggettamento e di omertà” (115); ovvero in un’altra sentenza in cui, a proposito delle circostanze aggravanti delle lesioni personali dolose (lesioni gravi o gravissime), si afferma che “deve ritenersi che *nella maggior parte dei casi* in cui si verificano gli esiti indicati nell’art. 583, detti esiti sono nell’ambito della prevedibilità” (116);

— su di una *presunzione addirittura assoluta di colpa* poggiano, invece, due sentenze in cui si statuisce che il singolo associato risponde dell’aggravante prevista all’art. 416-*bis* comma 6 (finanziamento delle attività economiche, di cui gli associati intendano assumere o mantenere il controllo, con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti) “*per il solo fatto della partecipazione*, dato che — appartenendo da anni al patrimonio conoscitivo comune che ‘cosa nostra’ opera nel campo economico utilizzando ed investendo i profitti di delitti che tipicamente pone in essere in esecuzione del suo programma criminoso — un’ignoranza al riguardo in capo ad un soggetto che sia a tale organizzazione affiliato è *inconcepibile*” (117).

10.3. *Terzo campanello d’allarme: la deludente prassi giurisprudenziale tedesca ed austriaca.* — Il terzo campanello d’allarme che ci avverte del rischio di un impoverimento contenutistico, in fase applicativa, della colpa in attività illecita, proviene, infine, dalla prassi giurisprudenziale di alcuni Paesi, segnatamente la Germania e l’Austria. Poiché in tali ordinamenti la colpa per l’imputazione della conseguenza ulteriore non voluta è imposta, ormai da qualche decennio, dalla legge stessa (v. § 18 StGB ted. e § 7 comma 2 StGB austr.), si potrebbe pensare che il principio di colpevolezza sia stato pienamente soddisfatto: ma le cose non stanno propriamente così.

Se, infatti, dal livello della mera lettura delle norme scendiamo al livello, ben più complesso, dell’indagine sulle relative applicazioni giurisprudenziali, dobbiamo registrare il *fallimento, almeno parziale, della colpa* che, nella prassi applicativa, non riesce a fungere da efficace barriera alla responsabilità oggettiva. Anche nella prassi tedesca e austriaca è penetrata, infatti, una sorta di colpa specifica, la cui presenza, rispetto alla conseguenza ulteriore non voluta, viene presunta in forza della violazione della legge penale incriminatrice del reato-base doloso. La colpa viene così spolpata di ogni contenuto pregnante ed effettivo e ridotta a poco più di una lustra, sicché ai fini della sua sussistenza si ritiene sufficiente l’accertamento della sola prevedibilità della conseguenza ulteriore, prevedibilità

(115) Cass. 16 giugno 1992 (ud. 30 gennaio 1992), Altadonna, CED 190644, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1679 (corsivo aggiunto).

(116) Cass. 3 aprile 1992 (ud. 18 febbraio 1992), Cremonini, CED 189816, in *Foro it.*, 1992, II, p. 489 (corsivo aggiunto).

(117) Cass. 6 maggio 2000 (ud. 28 gennaio 2000), Oliveri, CED 215907, in *Cass. pen.*, 2001, p. 844; Cass. 16 febbraio 2006, Matassa, n. 6259, *Giur. it.*, 2006, 1921 (corsivo aggiunto).

per lo più valutata — si badi — *in astratto*, cioè *con esclusivo riferimento al tipo di evento finale e a prescindere dall'analisi delle circostanze del caso concreto e delle modalità di produzione di tale evento*. Ci si accontenta, quindi, del fatto che la conseguenza ulteriore non voluta “non sia estranea alla normale esperienza di vita”, che possa verificarsi “in base all'esperienza della vita quotidiana”. Senonché, utilizzando una nozione di prevedibilità siffatta finisce per essere sempre prevedibile che anche un semplice pugno, una leggera spinta, o la cessione ad un consumatore abituale di una modica dose di stupefacente, di per sé non letale, cagionino la morte, perché simili eventi ‘capitano’, ‘sono già successi’ e nulla esclude che ‘potranno succedere di nuovo’ (118).

Il bilancio che si trae dall'esperienza giurisprudenziale di questi due Paesi, pertanto, delude le aspettative: la colpa, *in sede applicativa*, fatica a mantenere la promessa, fatta in sede teorica, di chiamare l'agente a rispondere per le conseguenze ulteriori del suo agire doloso *solo se colpevolmente* cagionate (119).

11. *Come garantire appieno la capacità di rendimento della colpa in attività illecita?* — Sarebbe avventato e sciocco non prestare orecchio a questi tre campanelli d'allarme i quali ci avvertono del pericolo che, una volta inserita — *ex lege* o *ex interpretazione* — la colpa nelle norme in parola, la responsabilità oggettiva, nella concreta prassi giurisprudenziale, possa comunque tornare ad insinuarsi di nuovo, in forma mascherata o subdola; del pericolo, quindi, che l'introduzione del limite della colpa rispetto alla conseguenza ulteriore non voluta possa tradursi, in sede di applicazione giurisprudenziale, in una clamorosa frode delle etichette (120).

(118) Per la dimostrazione di tali assunti, nonché per i necessari riferimenti, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 444 ss. sulla prassi tedesca, p. 725 ss. sulla prassi austriaca, p. 774 ss. per alcune considerazioni riassuntive; sulla prevedibilità in astratto, v. pure *supra*, nota 111.

(119) Quasi sconsolante il giudizio di KÜPPER, *Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikten*, in *ZStW*, 1999, *Band* 111, p. 799: “il requisito della colpa, per lo meno in giurisprudenza, non apporta alcuna significativa limitazione” alla responsabilità su base meramente causale per la conseguenza ulteriore non voluta.

(120) Preoccupazione in tal senso è stata già espressa da MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in questa *Rivista*, 2005, p. 371 (“l'apposizione del limite della colpa rischia di tradursi — in tutti gli ordinamenti — in un'operazione cosmetica, destinata solo a camuffare la sopravvivenza della responsabilità obiettiva”), e da CONTENUTO, *La responsabilità senza colpevolezza*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, p. 519 (l'introduzione nel nostro ordinamento di una norma del tipo del § 18 StGB ted. « rischierebbe di generare (...) un vero e proprio “imbarbarimento” della stessa categoria della colpa (...); anzi, potrebbe determinarsi un più deciso e irreversibile orientamento della giurisprudenza verso la totale identificazione fra colpa e responsabilità oggettiva, ad onta della innovazione legislativa »).

Come sventare un siffatto pericolo? Come garantire appieno la capacità di rendimento della colpa, presidiandone la forza di resistenza di fronte alle lusinghe della responsabilità oggettiva?

Vi è una sola strada da percorrere, a nostro avviso, per raggiungere tale risultato: riconoscere senza tentennamenti che *la colpa 'in attività illecita' è la stessa cosa della colpa 'normale'*, della colpa, cioè, presente negli ordinari reati colposi. Ciò significa che la *colpa* di chi, attraverso un delitto doloso, cagiona una conseguenza ulteriore non voluta (ad esempio, morte o lesioni), deve essere concepita ed accertata *allo stesso modo* della *colpa* di colui che, nell'esercizio di una qualsiasi attività lecita (guidando la sua automobile, esercitando la sua professione sanitaria, dirigendo i lavori in un cantiere etc.), cagiona quella stessa conseguenza non voluta.

È la strada che, coraggiosamente e meritoriamente, percorre anche la sentenza Ronci.

Le Sezioni Unite si mostrano pienamente consapevoli della questione in gioco, affermando infatti che “occorre (...) stabilire se si tratti della stessa colpa presente nelle normali fattispecie colpose ovvero di una colpa che subisca delle modificazioni nella sua struttura e nel suo contenuto in conseguenza del fatto che l'agente, attraverso il delitto base doloso, si è collocato in un'area di illiceità penale”.

Prima di risolvere tale alternativa, le Sezioni Unite non si esonerano, peraltro, dal fondamentale compito di precisare che cosa sia la colpa 'normale', con parole che potrebbero entrare in tutti i manuali di diritto penale: “la colpa 'normale' consiste nella realizzazione di un fatto non voluto, rimproverabile al soggetto per la violazione di una regola di diligenza (di prudenza, di imperizia), che discende da una valutazione positiva di prevedibilità e di evitabilità della verifica dell'evento. Tale valutazione (...) deve essere compiuta con un giudizio di prognosi postuma, collocandosi in una prospettiva *ex ante*, cioè riferita al momento in cui è avvenuto il fatto, da svolgersi in concreto, secondo il punto di vista di un omologo agente modello, ossia di un agente ideato mentalmente come coscienzioso ed avveduto che si trovi nella concreta situazione e nel concreto ruolo sociale dell'agente reale” (121).

Una volta precisata la fisionomia della colpa 'normale', le Sezioni Unite sono quindi pronte a compiere il passo decisivo, a superare il Rubicone, affermando che “la circostanza che l'agente reale versi in un ambito di illiceità (...) *non influenza* la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello (...). Anche in ambito illecito, pertanto, occorre pur sempre che il fatto

(121) Sulla fisionomia della colpa 'normale', in termini pressoché identici a quelli utilizzati dalla sentenza Ronci, v. — anche per i riferimenti alla dottrina da cui le Sezioni Unite ricavano la succitata nozione di colpa — BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 278 ss.; per alcune precisazioni circa il procedimento di accertamento della colpa e di costruzione della figura dell'“omologo agente modello”, v. altresì ID., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., p. 209 ss.

costitutivo del reato colposo sia *una conseguenza in concreto prevedibile ed evitabile dell'inosservanza di una regola cautelare*".

Sarebbe naturalmente auspicabile che, in sede di riforma, simili affermazioni venissero fatte proprie anche dal *legislatore*, segnando un punto di non-ritorno rispetto alla sentenza Ronci. *De iure condendo*, pertanto, attraverso dati normativi univoci ed inderogabili, il legislatore non solo dovrebbe introdurre la colpa nelle norme in esame, ma dovrebbe altresì sbarrare l'accesso delle nostre Corti a qualsiasi tentativo di accertamento della colpa in attività illecite in termini riduttivi e/o presuntivi. La legge dovrebbe, insomma, 'costringere' i giudici a subordinare l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta alla presenza di una colpa vera e propria, sul cui accertamento non gravi, come una pesante ipoteca, l'illeceità dell'attività-base dolosa.

Un modo per raggiungere tale risultato potrebbe consistere nell'introduzione di una *definizione legislativa di colpa* — della colpa *tout court*, valida, quindi, tanto per le attività lecite che per le attività illecite — che dia esplicito rilievo ai suddetti connotati essenziali della colpa, seguendo un'indicazione già presente nei più recenti progetti di riforma del nostro codice penale (122).

12. *Colpa in attività illecite - dalle parole ai fatti: a) in relazione all'ipotesi di morte del cessionario di sostanze stupefacenti.* — Un altro grande merito della sentenza Ronci consiste nel non essersi limitata a mere affermazioni di principio (già di per sé, comunque, relevantissime), ma di *aver calato tali affermazioni nella realtà della prassi applicativa*, fornendo — in relazione all'ipotesi sottoposta al suo esame: morte del cessionario di sostanze stupefacenti — un'accurata illustrazione, ricca di esempi, di come la colpa in attività illecite vada concretamente accertata. Le Sezioni Unite scrivono, infatti, a tal proposito:

"la responsabilità per questi ulteriori eventi [morte o lesioni] a carico di colui che abbia illecitamente cedute le sostanze stupefacenti potrà essere ravvisabile quando sia accertato (...) che l'evento non voluto sia comunque soggettivamente collegabile all'agente, ovvero sia a lui rimproverabile a titolo di *colpa in concreto*, valutata secondo i normali criteri di valutazione della colpa nei reati colposi.

(122) Cfr. art. 28 comma 1 prog. Grosso — seconda stesura (su cui v. FORTI, *Sulla definizione di colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in AA.VV., *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002, p. 67 ss.); art. 21 prog. Nordio, nonché art. 16 comma 1 prog. Pisapia (su cui v. VENEZIANI, *La colpa*, in *Seminario dei Professori di Diritto Penale - Esame e valutazione dello schema di disegno di legge delega della commissione Pisapia*, Siracusa, 21-23 giugno 2007, <http://www.isisc.org/public/Veneziani.pdf>).

Occorrerà quindi che l'agente abbia violato una regola cautelare diversa dalla norma (della legge sugli stupefacenti) che incrimina il delitto base e che sia specificamente diretta a prevenire la morte o le lesioni personali. Occorrerà poi una valutazione positiva di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento, compiuta *ex ante*, sulla base del comportamento che sarebbe stato tenuto da un omologo agente modello, tenendo peraltro conto di tutte le circostanze della concreta e reale situazione di fatto. Si dovrà pertanto verificare se dal punto di vista di un agente modello, nella situazione concreta, risultava prevedibile l'evento morte come conseguenza dell'assunzione, da parte di uno specifico soggetto, di una determinata dose di droga (...).

“In via generale dovrà dunque escludersi la responsabilità del cedente per la morte del cessionario in tutte le ipotesi in cui la morte risulti in concreto imprevedibile, in quanto intervenuta per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente, come potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso di cessione di una sostanza “normale” per qualità e quantità e di morte dovuta alla contemporanea assunzione di alcol che abbia accentuato gli effetti della droga (a meno che lo spacciatore sapesse che la vittima era dedita all'uso di alcol o intendesse farne uso in quella occasione); o nel caso di consumo dello stupefacente congiunto all'uso di psicofarmaci, o di consumo da parte di soggetto apparentemente giovane e in buono stato di salute, ma in realtà con gravi difetti fisici, o in precario stato di salute, o con grave vizio cardiaco; o anche nel caso in cui l'agente abbia ceduto un normale quantitativo di droga ad un soggetto presentatosi come consumatore diretto senza che fosse prevedibile l'ulteriore cessione ad un terzo con un ridotto grado di tolleranza (e quindi altamente a rischio di overdose) e ciò quand'anche fosse prevedibile l'ulteriore cessione ad altri.

“Così, ad esempio, la colpa è stata esattamente esclusa (o avrebbe dovuto essere esclusa) perché il rischio non era prevedibile in concreto nel caso di cessione di un rilevante quantitativo di eroina alla vittima, la quale, accortasi della presenza della polizia, aveva repentinamente ingoiato la bustina di plastica, che però si era aperta nello stomaco (Trib. Palermo, 4 febbraio 2005, C.R.); o di cessione di una dose non eccessiva in cui la morte era stata causata da assunzione di alcol che aveva accentuato gli effetti della droga, senza che il cedente potesse prevedere l'evento morte per effetto congiunto di droga ed alcol (*contra*, Sez. IV, 28 giugno 1991, n. 11965, Greco, m. 188768, che ritenne sufficiente il solo nesso causale); o di ulteriore cessione da parte dell'acquirente ad un terzo, poi deceduto per il suo ridotto grado di tolleranza agli stupefacenti, conseguente ad un precedente tentativo di disassuefazione, senza che lo spacciatore potesse prevedere l'ulteriore cessione e comunque la cessione ad un soggetto altamente a rischio (*contra*, Trib. Rimini, 3 novembre 1987, Zaouali, sulla base di un giudizio di prevedibilità in astratto); o di assunzione di una normale dose di stupefacente che abbia provocato la morte ad uno solo dei due cessionari, abituale assuntore di droga, per un meccanismo allergico o idiosincrasico, ignoto allo spacciatore e di cui non vi erano manifestazioni esteriori (Trib. Roma, 12.2.1985, Trombetti).

“Potrà, invece, nei singoli casi concreti, ravvisarsi una responsabilità del cedente quando questi sia stato a conoscenza che il cessionario o il soggetto che di fatto avrebbe assunto lo stupefacente ceduto era dedito all'alcol o al consumo di psicofarmaci o aveva, al di là dell'apparenza, gravi difetti fisici ovvero anche quando la mancata conoscenza di uno di questi fattori sia derivata da errore o da

ignoranza evitabili, e quindi inescusabili, come ad esempio nel caso in cui il soggetto abbia ceduto la sostanza ad un acquirente che denotava un alito vinoso, o che presentava caratteristiche esteriori di fragilità fisica o di consumatore di medicinali, o abbia ceduto la droga all'interno di una discoteca o di altro locale in cui solitamente si fa uso di sostanze alcoliche (essendo quindi altamente probabile una assunzione congiunta di droga e alcol), ovvero l'abbia ceduta a soggetti minorenni di cui poteva essere conoscibile la minore resistenza a quella determinata sostanza. Analogamente, la colpa in concreto potrebbe essere configurabile quando lo spacciatore abbia ceduto eroina ad un soggetto di cui conosceva i precedenti tentativi di disintossicazione e quindi la maggiore esposizione al rischio di overdose; o quando abbia ceduto sostanza micidiale come l'eroina a persona di giovanissima età, di esile costituzione fisica e che evidenziava la precedente assunzione di tranquillanti.

“E così, ad esempio, correttamente è stata ravvisata la colpa nel fatto che il tossicodipendente era in evidente stato di ebbrezza ed in condizione di sofferenza e precarietà fisica per ingestione di medicinali (Sez. VI, 9 dicembre 1989, n. 5348, Virdis, m. 184005 e 184004); o nel caso in cui il rischio di morte per overdose era prevedibile in concreto a causa delle visibili menomate condizioni della parte offesa, alla ricerca spasmodica di una droga pesante (Sez. V, 7 febbraio 2006, n. 14302, Giancaterino, m. 234584); o nel caso in cui il cedente era a conoscenza che il cessionario nei mesi precedenti aveva ridotto il consumo di stupefacente, esponendosi così al rischio di morte per overdose (Trib. Velletri, 11 marzo 1986, Mattiazzo); o in cui il soggetto aveva iniettato eroina ad una giovane pur sapendo che non era dedita all'uso di tale droga e che era particolarmente affaticata per un lungo viaggio (Trib. Firenze, 6 novembre 1978, Pouloupoulos); o di cessione di droga pesante (eroina) a persona di giovanissima età e di assai esile costituzione fisica, che aveva assunto tranquillanti (Trib. Busto Arsizio, 26.3.1985, Irritano).

13. (Segue): b) *in relazione ad altre ipotesi di conseguenza non voluta*. — Sulla scorta di queste indicazioni delle Sezioni Unite, possiamo adesso provare a verificare la correttezza o meno — rispetto all'esigenza di un effettivo accertamento della colpa in attività illecita — del procedimento seguito dai giudici nel valutare i casi da cui abbiamo preso le mosse per queste riflessioni (v. *supra*, Introduzione):

Caso 1 (→ art. 586): è il caso affrontato dalla sentenza Ronci, sul quale si veda il precedente paragrafo.

Caso 2 (→ art. 586): per affermare la colpa di E in relazione alla morte per malore del marito della signora F, minacciata con un martello, ci si sarebbe dovuti chiedere se tale morte fosse prevedibile ed evitabile dal punto di vista di una persona ragionevole. Prevedibilità ed evitabilità avrebbero poi dovuto essere valutate in concreto, sicché sarebbe stato preliminarmente necessario rispondere per lo meno alle seguenti domande: l'imputato conosceva la vittima? sapeva (o poteva sapere) che era il marito della signora F? sapeva (o poteva sapere) che il suo stato di salute era molto cagionevole? qual era l'aspetto esteriore della vittima? l'impu-

tato poteva rendersi conto della presenza della vittima, o questa era rimasta seduta nell'auto, o comunque discosta rispetto al luogo della lite?

La Cassazione, invece, ha omesso un'analisi siffatta, e si è limitata ad imputare l'evento morte *ex art. 586* sulla base della mera affermazione della “non imprevedibilità” dello stesso, “data l'età della vittima (66 anni) e la condotta spaventevole dell'imputato” (123).

Caso 3 (→ art. 586): sulla sentenza che ha deciso tale caso ci siamo già soffermati, in termini critici, al paragrafo 10.2 (v. testo intorno alla nota 107).

Caso 4 (→ art. 584): per accertare l'eventuale colpa della signora G rispetto alla morte della signora H, da lei colpita con schiaffi e calci, occorre chiedersi se — tenuto conto, tra l'altro, dell'età della vittima, del suo stato di salute apparente o noto all'agente, delle zone del corpo attinte dai colpi — dal punto di vista di una persona ragionevole fosse prevedibile che tale pestaggio potesse condurre alla morte. Né vale obiettare che una persona ragionevole non dà schiaffi e calci: sia perché sono convinto che tra i miei lettori, che sono indubbiamente tutte persone ragionevoli, c'è senz'altro qualcuno che in vita sua ha dato almeno uno schiaffo o un calcio; sia perché sarebbe facile replicare che anche la persona ragionevole dà schiaffi e calci, ad esempio quando agisce per legittima difesa.

La Cassazione, invece, ha intenzionalmente omesso qualsiasi accertamento in ordine alla colpa, essendo partita dal presupposto (erroneo, alla luce di quanto sopra rilevato) che, ai fini dell'applicazione dell'art. 584, i “parametri di negligenza, imprudenza o imperizia, men che d'inosservanza di norme sono assolutamente irrilevanti” (124).

Caso 5 (→ art. 591 comma 3): per accertare l'eventuale colpa di I, medico chirurgo con incarico di reperibilità, rispetto alla morte del paziente operato qualche ora prima da un'equipe di cui egli era membro, ci si sarebbe dovuti chiedere se un omologo medico chirurgo-modello, fornito delle stesse conoscenze sull'anamnesi prossima e remota del paziente, avrebbe potuto prevedere che un ritardo, anche solo di qualche ora, nella visita diretta del paziente e nella somministrazione di cure efficaci avrebbe potuto provocare la morte.

La Cassazione, invece, ha condannato I per il delitto di abbandono seguito da morte (art. 591 comma 3) senza condurre alcuna indagine in punto di colpa (125).

Caso 6 (→ art. 572 comma 2): in relazione a questo caso, la Cassazione, nell'annullare con rinvio la condanna di un uomo per il delitto di maltrattamenti seguito da morte per suicidio della moglie, correttamente evidenzia che la sentenza di merito ha trascurato l'aspetto relativo “all'addebitabilità soggettiva dell'evento”. In effetti, prosegue la Cassazione, “per garantire il principio di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale nei casi di suicidio seguito alla condotta di maltrattamenti è necessario che l'evento sia la conseguenza prevedibile della condotta di base posta in essere dall'autore del reato e non sia invece il frutto di una

(123) Cass. 14 gennaio 2002, Pellegrino, cit.

(124) Cass. 14 aprile 2006, Haile, cit.

(125) Cass. 14 gennaio 1994, Balducci, cit.

libera capacità di autodeterminarsi della vittima, imprevedibile e non conoscibile da parte del soggetto agente, al quale non potrà, in tal caso, muoversi alcun rimprovero per avere cagionato il rischio attraverso la condotta illecita (...). Ovviamente, si tratta di un giudizio di prognosi postuma che è rimesso al giudice di merito, il quale, collocandosi in una prospettiva *ex ante*, cioè riferita al momento in cui si è svolto il fatto, deve attentamente vagliare e ricercare eventuali segnali che dimostrino che l'autore dei maltrattamenti avrebbe potuto prevedere l'azione suicida della sua vittima". Sul piano pratico, conclude la Cassazione, risulta quindi necessario intraprendere "la ricerca di quei sintomi concreti in base ai quali verificare la prevedibilità dell'azione suicida, tra cui, a titolo di esempio, la frequenza e la gravità dei maltrattamenti; l'ambiente in cui i fatti si sono verificati; la natura e il tipo di rapporto esistente tra imputato e vittima e, soprattutto, i dati personologici, psichici e morali della vittima, come lo stato di salute fisica e mentale, le condizioni di vita familiare, le convinzioni religiose, nonché precedenti manifestazioni di propositi suicidiari, casi familiari di suicidio. Tutti elementi di conoscenza da cui il giudice può ricavare il convincimento che l'azione di suicidio della vittima dei maltrattamenti fosse prevedibile, in quanto sintomi dai quali si sarebbe potuto dedurre la probabilità dell'evento" (126).

Caso 7 (→ art. 116): per accertare l'eventuale colpa di L per la morte di M, picchiato su suo incarico da N, occorre valutare la prevedibilità in concreto, dal punto di vista di una persona ragionevole inserita nello stesso circolo di rapporti cui appartiene L, del fatto che N avrebbe potuto trasmodare nell'esecuzione del mandato 'punitivo' fino al punto da cagionare volutamente la morte di M.

Come correttamente rileva la Cassazione, a tal fine si sarebbe tra l'altro dovuto tener conto della personalità aggressiva e violenta di N; del legame che lo univa al suo mandante (in particolare, dalle risultanze probatorie era emerso che N aveva sviluppato un particolare sentimento di iperprotezione e di sudditanza psicologica nei confronti di L, dichiarandosi pronto a fare qualsiasi cosa per lui); della particolare prestanza fisica, "da culturista", di N e, quindi, della sua enorme e dirimpante potenzialità lesiva, se esercitata con forza e partecipazione emotiva; del fatto che N esercitava l'attività di buttafuori e dunque era un soggetto abituato, per mestiere, a essere reattivo e combattivo in situazioni di conflittualità da risolversi, non in modo conciliante e comprensivo, bensì in maniera violenta passando facilmente alle vie di fatto; della notevole assunzione di alcolici da parte di N, sicché questi avrebbe potuto anche non essere del tutto lucido e capace di dosare le proprie forze nell'incarico assegnatogli; infine, delle circostanze ambientali in cui si è sviluppato l'evento, quali, fra le altre, il fatto che il mandante L si era accorto che ad N si era immediatamente unito nella spedizione 'punitiva' anche un altro buttafuori, circostanza questa che non poteva non apparirgli obiettivamente eccessiva per assolvere il compito affidato.

La Cassazione, tuttavia, dopo la corretta indicazione del procedimento da

(126) Cass. 18 marzo 2008, Passafiume, cit. Per un caso simile (maltrattamenti a danno della convivente, seguiti da suicidio per impiccagione), cui è stata fornita un'analogia soluzione in termini di accertamento della prevedibilità in concreto del suicidio, v. Cass. 19 novembre 2009, D.N.C., cit.

seguire per valutare la prevedibilità in concreto, ripropone la regola tralatizia di giudizio secondo cui per l'applicazione dell'art. 116 "il reato diverso o più grave commesso dal concorrente deve potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, *nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile* di quello voluto". In tal modo la Cassazione finisce, quindi, per tornare sui propri passi, dando approvazione al tradizionale (ma non corretto, alla luce di quanto sopra illustrato) criterio di valutazione della prevedibilità solo in astratto (127).

Caso 8 (→ art. 82): per accertare l'eventuale colpa di P per la morte del suo sodale O, ucciso da una scarica del suo fucile automatico mentre cercava di colpire le vittime predestinate, ci si sarebbe dovuti interrogare sulla prevedibilità in concreto di tale evento dal punto di vista di una persona ragionevole.

La Cassazione, invece, nemmeno si è posta il problema dell'accertamento della colpa in capo a P, in quanto è partita dal presupposto che "la disciplina dettata dall'art. 82 impon(ga) una verifica dell'elemento soggettivo del reato *solo* in rapporto alla commissione del reato programmato, cioè in rapporto al proposito omicidiario delle vittime designate scampate all'agguato", mentre nessun accertamento dell'elemento soggettivo sarebbe richiesto in relazione alla morte della vittima effettiva. Invero, prosegue la Cassazione « l'inciso dell'art. 82 per cui, in caso di offesa a persona diversa da quella prefissatasi dall'agente, costui risponde "come se" avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, non altro presuppone se non l'unicità e unitarietà, volitiva ed esecutiva, del reato in concreto commesso e, dunque, una ipotesi di reato doloso anche in rapporto al realizzato effetto attuativo aberrante » (128).

Come emerge dall'analisi dei precedenti casi, l'adozione del criterio della colpa, concepita nei suoi requisiti ordinari ed accertata in concreto, potrebbe condurre *in alcuni casi* a condanne per presenza della colpa (così, ad esempio, nel caso 8), *in altri casi* ad assoluzioni per assenza di colpa (così, ad esempio, nel caso 2): *in ogni caso*, quindi, a sentenze conformi al principio di colpevolezza.

14. *Considerazioni sul quantum della pena: "nessuna pena più grave senza colpevolezza più grave"*. — Una volta raggiunto il fondamentale risultato di fissare nella colpa — una colpa vera e propria, e non un suo simulacro — il criterio per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso, siamo in realtà *solo a metà dell'opera* di adeguamento delle ipotesi delittuose in esame al principio di colpevolezza. Tale principio, infatti, investe non solo l'*an*, ma anche il *quantum* della pena, giacché esso "consta di *due* componenti: nessuna pena senza colpe-

(127) Cass. 16 giugno 2010, Pariota, cit.; sulla prevedibilità in astratto, v. anche *supra*, note 111 e 118.

(128) Cass. 12 novembre 2009, Trubia, cit.

volezza e nessuna pena oltre la misura della colpevolezza (proporzionalità con la colpevolezza)” (129). Ne consegue che “la pena, astratta e concreta, non può superare la (misura di) colpevolezza” (130).

Dobbiamo pertanto spostare ora l’attenzione dall’*an* al *quantum* della pena, e chiederci se la *misura della pena* attualmente prevista per i reati aberranti, per il concorso anomalo di persone, per l’omicidio preterintenzionale e per i vari delitti dolosi aggravati dall’evento sia proporzionata alla *misura della colpevolezza* espressa dal fatto concreto. Tale verifica è destinata a condurre in molti casi ad un esito negativo, in quanto “anche a volere modellare queste ipotesi come fattispecie miste di dolo e colpa, il dosaggio delle sanzioni non risulta affatto coerente con i relativi connotati della colpevolezza” (131).

Per toccare con mano tale sproporzione tra misura della pena e misura della colpevolezza, qui di seguito ipotizziamo per un momento che nelle norme in esame il criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta sia effettivamente la colpa, e concentriamoci esclusivamente sul profilo del *quantum* della pena ivi prevista:

— nell’*aberratio ictus* (art. 82) la pena comminata è quella di un reato doloso, mentre al soggetto agente possiamo muovere solo un rimprovero per colpa: nel caso 8, ad esempio, P, se riconosciuto responsabile per *colpa* della morte del suo sodale, si vedrà applicata la pena dell’omicidio *doloso*. Dobbiamo quindi registrare qui una *gravissima sproporzione* tra misura della colpevolezza e misura della pena;

— nel *concorso anomalo di persone* (art. 116) la pena comminata è, ancora una volta, quella di un reato doloso, mentre al soggetto agente possiamo muovere solo un rimprovero per colpa: nel caso 7, ad esempio, L, se riconosciuto responsabile per *colpa* della morte di M, subirà la pena dell’omicidio *doloso* che, se anche diminuita di un terzo ai sensi del

(129) ZIPF, *Kriminalpolitik - ein Lehrbuch*, II ed., Heidelberg, 1980, p. 65; nello stesso senso, LANG-HINRICHSSEN, *Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung*, in *Goltd. Archiv*, 1957, p. 7: “nessuna pena (più grave) senza colpevolezza (più grave)”.

(130) ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *pre-art.* 39, n. 69, p. 326; nello stesso senso, v. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 392; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, p. 120; PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 499 s., p. 520 s.; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 70; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in questa *Rivista*, 1987, p. 838.

(131) CORBETTA, *La cornice editale della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 169; nello stesso senso, v. pure MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 324 ss.; ALESSANDRI, *Commento all’art. 27, comma 1, Cost.*, cit., p. 93; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 581; BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 811 ss., p. 821 ss. (con ulteriori rinvii).

secondo comma dell'art. 116, segna comunque una *gravissima sproporzione* tra misura della colpevolezza e misura della pena (132);

— anche nell'*omicidio preterintenzionale* (art. 584) la *sproporzione* è *gravissima*. L'autore del reato-base doloso di lesioni o percosse, se riconosciuto responsabile per colpa della morte, si vedrà infatti infliggere una pena — la reclusione da 10 a 18 anni — decisamente superiore alla pena che risulterebbe dall'applicazione delle ordinarie regole del concorso formale di reati tra percosse o lesioni dolose e omicidio colposo (133);

— un'analogha *gravissima sproporzione* connota anche numerosi *delitti dolosi aggravati dall'evento*, le cui pene sono, infatti, talora estremamente più elevate di quelle che deriverebbero dall'applicazione delle ordinarie regole del concorso formale tra il reato-base doloso e il reato-conseguenza colposo (134). Nel caso 6, ad esempio, il marito, autore dei maltrattamenti, se riconosciuto responsabile per colpa del suicidio della moglie, andrà incontro, ai sensi dell'art. 572 secondo comma, alla pena della reclusione da 12 a 20 anni, mentre se gli si applicassero le ordinarie regole del concorso formale di reati — tra il reato di maltrattamenti e l'omicidio colposo — la pena sarebbe decisamente inferiore: reclusione compresa tra un minimo di 1 anno e 1 giorno, e un massimo di 10 anni. Tale *gravissima sproporzione* potrebbe essere talora emendata dal singolo giudice, al prezzo, tuttavia, di considerare la conseguenza ulteriore non voluta alla stregua di una circostanza aggravante, neutralizzabile, *ex art. 69*, dal concorso di una o più eventuali circostanze attenuanti (135);

— a differenza delle precedenti ipotesi, invece, nell'art. 586 la *sproporzione* tra misura della pena e misura della colpevolezza, seppur pre-

(132) MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 405; GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, vol. II, cit., *sub art. 116*, p. 247; BASILE, *Commento all'art. 116*, cit., n. 45. Si è condivisibilmente rilevato che il fatto previsto nell'art. 116 merita una pena più grave di quella prevista per un ordinario fatto colposo, giacché "l'affidarsi ad altri per la realizzazione di un proprio proposito criminoso implica l'attivare forze che non possono poi essere controllate. Il comportamento, dunque, appare maggiormente riprovevole che non nelle comuni ipotesi di colpa" (PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., p. 38). Ma anche chi sostiene tale opinione, comunque riconosce l'eccessivo ed ingiustificato rigore della pena attualmente derivante dall'applicazione dell'art. 116 (PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., p. 175, p. 177).

(133) Per il calcolo della pena che deriverebbe dall'applicazione delle regole del concorso formale di reati in tutte le combinazioni ipotizzabili (morte e: percosse, lesioni lievi, lesioni gravi, lesioni gravissime, tentate o consumate), v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 898 s.

(134) Per maggiori indicazioni sul punto, v. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 813 ss.

(135) L'orientamento che concepisce i delitti aggravati dall'evento quali delitti circostanziati presta, tuttavia, il fianco ad una serie di critiche, sulle quali v., anche per i necessari rinvii, BASILE, *Commento all'art. 59*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, cit., n. 58 s.

sente, non solo è *decisamente più contenuta*, ma risulta anche agevolmente *emendabile* in sede applicativa. Qui, infatti, già per espressa previsione legislativa devono applicarsi le ordinarie regole del concorso di reati (tra reato-base doloso — ad esempio, spaccio di stupefacenti — e omicidio o lesioni colposi), con l'unica particolarità che “le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate”. La sproporzione, pertanto, assume in questa ipotesi le forme più discrete di una mera circostanza aggravante speciale ad effetto comune, la quale, a ben vedere:

in primo luogo, potrebbe determinare un aumento di pena estremamente modesto (il “fino a un terzo” di cui parla l'art. 64 potrebbe significare anche, a discrezione del giudice, un solo giorno in più di pena detentiva, o un solo euro in più di pena pecuniaria);

in secondo luogo, potrebbe incidere direttamente sulla pena da infliggere in concreto solo nel caso in cui la “violazione più grave”, ai sensi dell'art. 81 primo comma, sia costituita, nella specie, proprio dall'omicidio o dalle lesioni colposi; se, invece, la “violazione più grave” è rappresentata dal reato-base doloso (ad esempio, lo spaccio di stupefacenti), tale aggravante peserà solo indirettamente, e fors'anche impercettibilmente, sulla pena finale risultante dal cumulo giuridico, nel senso che di essa si terrà conto, se del caso, solo al momento della determinazione dell'aumento fino al triplo, *ex art. 81 primo comma*, della pena del reato-base doloso;

in ogni caso, *infine*, tale aggravante potrebbe non lasciare traccia alcuna sulla pena finale all'esito di un giudizio di bilanciamento *ex art. 69* con eventuali circostanze attenuanti concorrenti.

Art. 586 a parte, che cosa giustifica, nelle norme in esame, un trattamento sanzionatorio così gravemente sproporzionato rispetto alla misura della colpevolezza espressa dal fatto concreto?

Nulla, se non il loro peccato d'origine: esser nate come norme rivolte a punire fatti originariamente concepiti come reati dolosi (a *dolus indirectus*), ed esser poi state a lungo tenute a balia dal *versari in re illicita*. Il loro rigoroso trattamento sanzionatorio, quindi, è solo un'ingombrante eredità di epoche passate, da cui il diritto penale italiano contemporaneo non è ancora riuscito ad emanciparsi (136).

15. *Dopo la sentenza Ronci: possibili sviluppi.* — Alla luce di quanto sopra osservato, risulta che un pieno ri-allineamento delle norme in esame al principio di colpevolezza implica la subordinazione sia dell'*an* che del *quantum* della pena ad una colpevolezza effettiva del soggetto agente.

1) Per quanto concerne l'*an* della pena, tale ri-allineamento (“*nes-*

(136) Per una più ampia dimostrazione di tali assunti e per i necessari rinvii di dottrina, v., con specifico riferimento ai delitti preterintenzionali e ai delitti dolosi aggravati dall'evento morte o lesioni non volute, BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 811 ss.

suna pena senza colpevolezza”) potrebbe essere ottenuto sia *de iure condito* in via interpretativa, che *de iure condendo* in via legislativa:

— *in via interpretativa*, i giudici potrebbero infatti procedere ad un’interpretazione costituzionalmente orientata delle varie norme in parola, rivolta ad introdurvi il requisito della colpa. È la strada già percorsa dalla sentenza Ronci e da altre sentenze di legittimità in relazione all’art. 586 (v. *supra*, 7.2), ma che potrebbe essere in futuro seguita dai giudici anche in relazione alle ulteriori ipotesi di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta;

— *in via legislativa*, l’imputazione per colpa della conseguenza ulteriore non voluta potrebbe, invece, essere ottenuta, almeno in teoria, seguendo più strade:

o attraverso una norma di parte generale che preveda la necessità della colpa per rispondere della conseguenza ulteriore non voluta (sulla falsariga del § 18 dello StGB tedesco) (137);

o attraverso l’inserimento della previsione della colpa nelle singole norme in esame (ad esempio, il testo dell’art. 584 potrebbe essere così riformulato: “chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli artt. 581 e 582, cagiona *per colpa* la morte di un uomo, è punito ...”) (138);

oppure ancora tramite l’abrogazione di tali norme, con conseguente libero operare dei principi generali in materia di reati colposi e di concorso tra reato doloso e reato colposo (139), e salva la necessità di colmare eventuali lacune punitive che dovessero in tal modo sorgere.

2) Per quanto concerne, invece, il *quantum* della pena, il ri-allineamento delle ipotesi in esame al principio di colpevolezza (“*nessuna pena più grave senza colpevolezza più grave*”) potrebbe essere operato direttamente dai giudici in via interpretativa *solo* in relazione all’art. 586 e, sia pur con qualche inconveniente, in relazione ai delitti aggravati dall’evento, mentre negli altri casi (artt. 82, 116 e 584) risulta indispensabile una rettifica delle cornici edittali di pena, di spettanza esclusiva del legislatore (o, tutt’al più, nella sua inerzia, della Corte costituzionale).

Cerchiamo di illustrare meglio quest’ultima affermazione e le sue implicazioni sul futuro delle norme in esame.

Come abbiamo sopra visto, nell’art. 586 la sproporzione tra misura della pena e misura della colpevolezza talora è impercettibile, altre volte è

(137) Si tratta di una soluzione adottata in numerosi altri codici penali europei, sia in passato (v., ad esempio, l’art. 43 del c.p. norvegese del 1902) sia di recente (v., ad esempio, l’art. 23 del c.p. turco del 2005).

(138) Si tratta della soluzione adottata dal codice penale svizzero fino alla riforma del 1989.

(139) Si tratta della soluzione adottata per i delitti qualificati dall’evento dai codici penali svedese (dal 1965), finlandese (dal 1969), svizzero (dal 1989) e spagnolo (dal 1995).

emendabile dal singolo giudice. In via giudiziale potrebbe talora essere corretta anche la sproporzione sanzionatoria che connota molti delitti aggravati dall'evento, purché si sia disposti a pagare il prezzo di considerare l'evento ulteriore alla stregua di una circostanza aggravante, e purché nel caso di specie ricorra almeno una circostanza attenuante per attivare il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 (140).

Anzi, a nostro avviso non è affatto un caso che l'orientamento giurisprudenziale favorevole ad imputare la conseguenza ulteriore non voluta per colpa (profilo dell'*an* della pena) abbia preso piede e si stia consolidando solo in relazione all'art. 586 (141) e, in misura minore, in relazione ai delitti aggravati dall'evento (142). In queste ipotesi, infatti, la decisione del giudice di imputare per colpa la conseguenza non voluta può trovare un coerente riscontro nella pena da infliggere in concreto: così, ad esempio, in sede di applicazione dell'art. 586 il giudice può subordinare la responsabilità per la morte o le lesioni non volute a colpa, e poi infliggere una pena la cui misura sia effettivamente proporzionata (o non gravemente sproporzionata) ad una responsabilità colposa.

Questo percorso risulta, invece, sbarrato ai giudici in relazione agli artt. 82, 116 e 584, vale a dire in relazione a quelle norme che presentano una gravissima, ed *inemendabile*, sproporzione tra misura della colpevolezza e misura della pena. Qui, infatti, l'eventuale inserimento in via interpretativa della colpa per l'imputazione della conseguenza non voluta (profilo dell'*an* della pena) non potrebbe trovare un coerente riscontro nella pena da infliggere (profilo del *quantum* della pena). Anzi: in queste ipotesi un'esplicita imputazione *per colpa* della conseguenza non voluta avrebbe un effetto dirompente, perché squarcerebbe il velo, tanto esile quanto ipocrita, che copre l'irragionevolezza di una pena così grave.

Immaginiamo, infatti, un giudice che interpreti ad esempio l'art. 584 come già contenente il limite della colpa: un attimo dopo aver accertato nel caso di specie l'effettiva presenza della colpa rispetto all'evento morte, questo giudice avvertirebbe il gravissimo imbarazzo di dover infliggere una pena estremamente superiore alla misura della colpevolezza espressa dal fatto concreto. Il nostro giudice dovrebbe avere a questo punto il coraggio di denunciare l'incostituzionalità dell'art. 584 per violazione del principio di colpevolezza ("nessuna pena più grave senza colpevolezza più grave") (143).

(140) V. anche *supra*, nota 135 e testo corrispondente.

(141) V. la giurisprudenza sull'art. 586 cit. *supra*, 7.2.

(142) Almeno in relazione al delitto di maltrattamenti seguito da morte, la soluzione dell'imputazione della morte per colpa è di recente nella sua sostanza accolta dalle due sentenze cit. *supra*, alla nota 126.

(143) Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 325. V. pure PADOVANI, *Diritto penale*,

L'esito dell'eventuale accoglimento di tale questione di costituzionalità potrebbe essere o la rimozione del minimo edittale di pena o, più radicalmente, la declaratoria di incostituzionalità totale dell'art. 584, con conseguente libero operare delle ordinarie regole sul concorso formale di reati.

La (improvvisa) scomparsa dell'art. 584 dal nostro codice, non compensata da adeguati interventi legislativi, potrebbe, tuttavia, produrre conseguenze perverse: l'aumento delle condanne per omicidio doloso a dolo eventuale, in tutti quei casi concreti in cui la pena risultante dal concorso tra lesioni o percosse dolose e omicidio colposo venisse percepita, dall'opinione pubblica o dallo stesso giudice, come troppo blanda. Un rimedio, quindi, peggiore dello stesso male che si vuole correggere (144).

L'inestricabile intreccio tra profilo dell'*an* e profilo del *quantum* della pena che connota l'art. 584 spiega, pertanto, le maggiori resistenze che, a livello giurisprudenziale, ha finora incontrato la penetrazione della colpa nell'omicidio preterintenzionale. A differenza di quanto avvenuto con la sentenza Ronci in relazione all'art. 586, siamo infatti ancora in attesa di una sentenza della Cassazione la quale condanni per omicidio preterintenzionale dopo aver accertato la colpa, ovvero assolva da tale imputazione dopo aver riscontrato l'assenza di colpa. Vero è che sono rinvenibili alcune pronunce di legittimità in cui formalmente si proclama la necessità della colpa nell'art. 584; si tratta, tuttavia, di sentenze in cui tale affermazione, pur in sé pregevole, ha l'evanescente peso di un mero *obiter dictum*, poiché in tali casi i giudici ritengono in realtà presente il dolo di omicidio e quindi condannano *ex art. 575*, senza aver bisogno di applicare l'art. 584 e senza, quindi, aver bisogno di condurre alcun accertamento sulla colpa in concreto (145). Per contro, sono ancora numerose le sentenze di legittimità che difendono a spada tratta, anche a costo di ricorrere ad argomenti vetusti o al limite della ragionevolezza, la responsabilità oggettiva all'interno dell'art. 584 (146).

IX ed., cit., p. 218: "il delitto preterintenzionale non è suscettibile di imbellettamenti ermeneutici: sta e cade col criterio di imputazione che l'ha generato".

(144) In argomento, v. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante*, in questa *Rivista*, 1979, p. 830; BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 808 s.

(145) Tra le più recenti, v. Cass. 10 novembre 2006 (ud. 22 settembre 2006), n. 37385, V.M.B.; Cass. 8 giugno 2006 (ud. 26 aprile 2006), Grillo, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1392.

(146) Tra le più recenti, v. Cass. 14 giugno 2004 (ud. 13 maggio 2004), Tihenea, in *Guida dir.*, 2004/29, p. 83, e Cass. 2 dicembre 2005 (ud. 10 ottobre 2005), n. 44032, Rodà, in cui si sostiene la sufficienza del solo nesso causale; Cass. 14 aprile 2006, Haile, cit., la quale rispolvera l'antica teoria unitaria della preterintenzione, in virtù della quale ritiene la prevedibilità della morte implicita nella previsione delle percosse o delle lesioni; Cass. 29 gennaio 2009, De Nunzio, cit., la quale di fatto accoglie la tesi della colpa specifica per violazione di legge penale.

Per le stesse ragioni anche il ri-allineamento in sede giurisprudenziale degli artt. 82 e 116 al principio di colpevolezza incontra una tenace resistenza. L’inserimento della colpa (*an* della pena) in queste norme metterebbe, infatti, sotto gli occhi di tutti — *in primis*, giudice ed imputato — l’irragionevolezza di infliggere una pena prevista per un reato doloso ad un fatto sostanzialmente colposo (147). Anche in queste ipotesi, pertanto, il giudice, dopo aver accertato la colpa nel caso di specie, si troverebbe di fronte all’alternativa o di applicare una pena palesemente sproporzionata, o di sollevare questione di incostituzionalità (148).

L’unico esito possibile dell’eventuale accoglimento di tale questione potrebbe essere l’espulsione degli artt. 82 e 116 dal nostro ordinamento (pare del tutto improbabile, invece, un intervento del giudice delle leggi sui minimi edittali di pena dei singoli reati di volta in volta rilevanti), con conseguente libero operare delle ordinarie regole sui reati colposi e sul concorso di reati. Ciò determinerebbe, tuttavia, una riduzione dell’area del ‘penalmente rilevante’ rispetto alla disciplina attuale:

— in relazione all’*aberratio ictus*, non sarebbero più punibili tutti quei casi in cui il reato non voluto, effettivamente commesso, sia punito solo a titolo di dolo. Si pensi, ad esempio, al caso di Tizio che vuole distruggere l’abitazione di Caio e distrugge invece per errore nell’uso dei mezzi d’esecuzione l’abitazione di Sempronio (149): mentre oggi Tizio risponderebbe di danneggiamento doloso *ex* artt. 82 e 635, una volta espulso dal nostro ordinamento l’art. 82, Tizio non risponderebbe di alcunché in sede penale (non essendo previsto il danneggiamento colposo);

— in relazione al *concorso anomalo di persone*, la riduzione del ‘penalmente rilevante’ a seguito di una eventuale declaratoria di incostituzionalità dell’art. 116 sarebbe ancor più significativa (150): il concorrente anomalo non solo non risponderebbe per il reato diverso effettivamente commesso ogni qual volta questo sia punito solo a titolo di dolo (ad esempio, una rapina commessa al posto del furto da lui voluto), ma forse nemmeno nei casi in cui tale reato sia punito anche a titolo di colpa. Se, come nel caso 7, L vuole le lesioni personali mentre l’esecutore cagiona dolosamente l’omicidio, L potrebbe infatti rispondere di omicidio colposo solo a patto di ammettere la possibilità di un concorso colposo a delitto doloso (151).

(147) V. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 325.

(148) È quanto ha tentato di ottenere, invano, un imputato, condannato nei primi due gradi per omicidio doloso *ex* artt. 116-575, il quale, ricorrendo in Cassazione, aveva rilevato “l’inconveniente della norma (...) costituito dal fatto che si puniva ingiustificatamente con la pena prevista per il delitto doloso un soggetto al quale poteva solo essere mosso un rimprovero di colpa”. Su questo specifico punto la Cassazione non replica, ma nemmeno solleva questione di incostituzionalità: v. Cass. 8 gennaio 2010 (ud. 19 novembre 2009), Hajro, CED 245205.

(149) Traiamo questo esempio di *aberratio ictus* da ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *sub* art. 82, n. 17, p. 782.

(150) Sul punto v. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., p. 167 ss.

(151) Su tale controversa possibilità, v. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*,

Inoltre, come si è già rilevato a proposito dell'omicidio preterintenzionale, la scomparsa dell'art. 116 potrebbe rappresentare, attraverso una serie di rimbalzi sul piano processuale e psicologico, un rimedio peggiore dello stesso male che si vuole correggere: come infatti ha avvertito fin dal 1966 Pagliaro, a livello prasseologico "si correrebbe il rischio di lasciare impuniti tutti i partecipi per il fatto certamente commesso da taluno di essi. Ciò avrebbe come conseguenza che i partecipi si coprirebbero a vicenda, asserendo ciascuno di ignorare chi sia stato l'autore del fatto più grave. Di riflesso e per reazione, il giudice potrebbe essere indotto a ritenere non attendibile la deposizione degli imputati e ritenerli tutti colpevoli del reato doloso in realtà commesso da uno di essi" (152).

16. *Conclusioni.* — Seguendo l'insegnamento della sentenza Ronci nei prossimi anni i nostri giudici potranno sottrarre ancora ampi territori al dominio della responsabilità oggettiva. Un completo ri-allineamento delle norme in esame al principio di colpevolezza — nel suo duplice ruolo di fondamento e limite della responsabilità penale — potrà, tuttavia, essere raggiunto solo con la cooperazione della Corte costituzionale e, ancor meglio, del legislatore. Solo un meditato intervento legislativo, che provveda ad un complessivo riordino della materia, potrà, infatti, assicurare una definitiva e piena correzione *secundum Constitutionem* delle attuali ipotesi di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta del reato-base doloso.

FABIO BASILE
Associato di diritto penale
Università degli Studi di Milano

Palermo, 1952, p. 82; PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in questa *Rivista*, 1994, p. 3; SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in questa *Rivista*, 2005, p. 453 ss.; nella manualistica più recente, v. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 515; in giurisprudenza, tale possibilità è stata di recente ammessa da Cass. 11 marzo 2008 (ud. 14 novembre 2007), CED 238957, in *Riv. pen.*, 2009, p. 315, con nota di PALMA, *Il concorso di persone nel reato a titoli soggettivi diversi: la Cassazione mette davvero un punto fermo?*, nonché da Cass. 28 gennaio 2009 (ud. 12 novembre 2008), CED 242830.

(152) PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., p. 169.