

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Ufficio per gli Incontri di Studio

Incontro di studio sul tema:
“Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi”

Roma, 28 - 30 marzo 2011
Ergife Palace Hotel

LA COLPA IN CONCRETO NELLE ATTIVITA' ILLECITE SECONDO LA PIU'
RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'.

Relatore
Dott. Carlo BRUSCO
Consigliere della Corte di Cassazione

BOZZA DA CORREGGERE E INTEGRARE.

Carlo Brusco

LA COLPA IN CONCRETO NELLE ATTIVITA' ILLECITE SECONDO LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'.

1. Premessa.

Parlare di colpa nelle attività illecite può sembrare una contraddizione in termini perché, in linea di massima, quando si parla di attività illecite si fa riferimento a condotte che hanno natura dolosa e dunque, ci si potrebbe chiedere, come fanno a convivere dolo e colpa nella medesima condotta ?

Questo dubbio può essere subito eliminato: quando parliamo di colpa in attività illecite in realtà non intendiamo riferirci alle conseguenze volute (o accettate preventivamente) della condotta ma a quelle estranee rispetto alle conseguenze tipiche della medesima condotta. E' un tema che ha radici antiche e che è stato da molto tempo esplorato dai giuristi soprattutto quando hanno affrontato il tema dei reati aggravati dall'evento ma che ha un ambito ben più vasto riguardando sia i casi di *aberratio* (artt. 82 e 83 cod. pen.) sia l'ipotesi prevista dall'art. 586 cod. pen. (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto) sia il delitto preterintenzionale ¹.

Il problema fondamentale da risolvere quando si affronta questo problema è sostanzialmente uno: verificare se la conseguenza estranea a quelle tipiche della condotta illecita possa essere addebitata in base al semplice rapporto di causalità materiale ovvero se sia necessario, per riconoscere l'imputazione soggettiva, che per queste ulteriori conseguenze negative sussista anche un elemento soggettivo che non può che essere di natura colposa. Insomma trova cittadinanza, nel nostro ordinamento, il principio *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu* ?

Naturalmente alcun problema si pone, nei casi di reati aggravati dall'evento, nelle ipotesi in cui l'ulteriore evento è di natura dolosa o la natura dolosa discende inevitabilmente dalle caratteristiche del reato base (per es. nel caso del reato previsto dall'art. 642 cod. pen. – condotte fraudolente per ottenere un indennizzo assicurativo – che è aggravato quando il colpevole consegue l'intento). In questi casi l'esistenza del dolo specifico corrispondente a quel risultato che costituisce

¹ Per una completa trattazione del tema della colpa in attività illecite, anche con riferimento alle soluzioni accolte da ordinamenti stranieri, si rinvia a F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, 15 ss. In particolare il saggio affronta (a p. 32 ss. il problema dell'esistenza di un rapporto di genere a specie tra l'ipotesi prevista dall'art. 83 e quella prevista dall'art. 586 cod. pen. risolvendolo nel senso dell'esistenza della specialità; opinione condivisa dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 22 gennaio 2009 n. 22676, Ronci, rv. 243381, cui si farà di seguito più ampio riferimento. Sui medesimi temi v. inoltre, prima della decisione delle ss. uu., A. LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite. Un dibattito ancora aperto, tra incertezze dogmatiche e prospettive di riforma*, in *Indice pen.*, 2007, 419.

l'aggravamento consente di affermare che anche il risultato ulteriore è voluto dall'agente; diversamente non sarebbe ipotizzabile neppure il reato base.

Al contrario il problema si pone in tutta la sua complessità nei casi in cui l'evento ulteriore può essere indifferentemente voluto o non voluto (per es. art. 368 comma 3 nel caso in cui la calunnia abbia come effetto la condanna dell'accusato ingiustamente) e nei casi in cui l'evento non deve essere voluto perché, se voluto, costituisce il fondamento di autonoma incriminazione (tutti i casi in cui un reato risulta aggravato dalla morte della persona offesa: maltrattamenti in famiglia, sequestro di persona a scopo di estorsione, aborto illegale ecc.).

La risposta a questi quesiti, che si va sempre più facendo strada anche nella giurisprudenza di legittimità, è quella positiva che privilegia la necessità che sia richiesto un ulteriore elemento soggettivo – ovviamente individuabile nella colpa - per addebitare all'agente le ulteriori conseguenze della sua condotta perché, diversamente, sarebbe violato il principio di colpevolezza che, come è noto, ha il suo fondamento nell'art. 27 comma 1 della Costituzione e che ha trovato, negli ultimi decenni, concreta applicazione giurisprudenziale con opzioni interpretative volte a neutralizzare le ultime sacche di responsabilità oggettiva presenti nel nostro ordinamento.

Significativamente, del resto, questo principio ha trovato altresì conferma in innovazioni legislative (in tema di aggravanti: si veda il comma 2 dell'art. 59 cod. pen., introdotto dall'art. 1 l. 7 febbraio 1990 n. 19, che ha previsto che le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa).

Queste conclusioni non sono però integralmente condivise in tutti i temi interessati. La giurisprudenza di legittimità le ha accolte integralmente, come vedremo, per quanto riguarda l'ipotesi prevista dall'art. 586 cod. pen. con la già citata sentenza Ronci delle sezioni unite ma, per altro verso, è uniforme anche nel ritenere che, nel delitto preterintenzionale, l'evento ulteriore venga posto a carico dell'agente in base al semplice rapporto di causalità materiale essendo sufficiente, sotto il profilo soggettivo, che esista il dolo di lesioni o percosse², dolo che può essere anche eventuale³.

E' da rilevare infine, per concludere queste premesse, che in dottrina si è affermata⁴ l'esistenza anche di delitti colposi aggravati dall'evento con riferimento alle conseguenze ulteriori estranee alla fattispecie tipica e si è fatto l'esempio dell'art. 452 cod. pen. in tema di delitti colposi contro la salute pubblica con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 439 cod. pen. Senza dimenticare che esistono anche le contravvenzioni aggravate dall'evento (es. art. 689 comma 2 cod. pen.) che si caratterizzano perché per il reato base è richiesto indifferentemente il dolo o la colpa.

² Questo orientamento risulta ribadito, anche successivamente alla sentenza Ronci, da Cass., sez. V, 16 marzo 2010 n. 16285, Baldissin, rv. 247267 e, in precedenza è stato seguito da Cass., sez. V, 8 marzo 2006 n. 13673, Haile, rv. 234552; 13 febbraio 2002 n. 13114, Izzo, rv. 222054. Meno recentemente la giurisprudenza prevalente era invece diversamente orientata: v. invece Cass., sez. I, 23 ottobre 1997 n. 2587, Di Gregorio, rv. 210075; 3 marzo 1994 n. 3819, Mannarino, rv. 196987; sez. I, 5 luglio 1988 n. 4904, Pagano, rv. 180966).

³ Si vedano da ultimo, per la sufficienza del dolo eventuale, Cass., sez. I, 13 ottobre 2010 n. 40202, Gesuito, rv. 248438; sez. V, 11 dicembre 2008 n. 4237, De Nunzio, rv. 242965; 12 novembre 2008 n. 44751, Sorrentino, rv. 242224.

⁴ V. A. LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite*, cit., 427 ss.

2. L'art. 586 cod. pen. e la sentenza Ronci delle sezioni unite.

La sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 22 gennaio 2009 n. 22676, Ronci, rv. 243381⁵, costituisce un documento di grandissimo interesse che affronta in modo esaustivo tutti gli aspetti del complesso tema proposto e, al di là del tema specifico affrontato (se sia configurabile l'ipotesi prevista dall'art. 586 cod. pen. nel caso di decesso conseguente all'assunzione della sostanza stupefacente ceduta; se cioè lo spacciatore, oltre che rispondere della cessione, risponda anche della morte o della lesione subita da chi ha assunto la sostanza), offre la possibilità di inquadramento teorico delle altre situazioni simili cui si è già fatto riferimento.

La completezza delle argomentazioni contenute nella sentenza induce ad evitare dal parafrasarne gli esiti e a limitarsi ad accennare sinteticamente alla trama argomentativa e alle conclusioni. Per poi esaminare i tratti specifici riguardanti l'accertamento della colpa.

La sentenza parte dalla premessa che l'art. 586 cod. pen. costituisca un'ipotesi speciale rispetto a quella, generale, prevista dall'art. 83 comma 2 (*aberratio delicti*) e, dopo aver analiticamente e criticamente illustrato gli orientamenti che si sono nel tempo formati sulla natura e sul criterio di imputazione della responsabilità per la morte o le lesioni non volute in base all'art. 586, le sezioni unite espressamente optano per la tesi che il criterio di imputazione previsto da questa norma non possa che essere costituito da quello che richiede l'accertamento della colpa in concreto.

A fondamento di questa scelta la sentenza richiama espressamente il principio di colpevolezza e le sentenze della Corte costituzionale (in particolare la n. 364 e la n. 1085 del 1988) che hanno riconosciuto rango costituzionale a questo principio ritenuto implicito nella previsione della personalità della responsabilità penale previsto dall'art. 27 comma 1 della Costituzione pur avendo, il giudice delle leggi, precisato che la norma costituzionale non contiene un tassativo divieto di responsabilità oggettiva ma richiede che queste ipotesi siano limitate ad un solo elemento del fatto, magari accidentale.

Le sezioni unite hanno ancora richiamato le sentenze n. 2 e n. 179 del 1991 nonché la n. 322 del 2007 della Corte costituzionale che hanno richiamato i precedenti del 1988 e ribadito ulteriormente l'illegittimità del principio *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*.

Da queste premesse la sentenza Ronci trae la conclusione del rifiuto di tutte quegli orientamenti che ricostruiscono l'ipotesi prevista dall'art. 586 cod. pen. in termini di responsabilità

⁵ La sentenza è pubblicata e commentata: in *Cass. pen.*, 2009, 4564, con nota di A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le sezioni unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*; in *Foro it.*, 2009, II, 448, con nota di A. TESAURO, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le sezioni unite optano per la colpa in concreto*; in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 55, con nota di S. BELTRANI, *La responsabilità del cedente per la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente*; in *Guida al dir.*, 2009, n. 25, 56, con nota di G. AMATO, *I giudici sembrano aver trascurato l'intrinseca pericolosità della cessione*; in *Corriere merito*, 2009, 887, con nota di P. PICCIALLI, *La colpa dello spacciatore per la morte dell'assuntore di droga*; in *Dir. famiglia*, 2009, I, 1691, con nota di A. MINO, *Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le Sezioni unite ammettono la colpa in attività illecita*; in *Riv. pen.*, 2009, 1406, con nota di L'evento di cui all'art. 586 c.p. con riguardo alla stupefacente confusione tra colpevolezza e causalità.

oggettiva per l'ulteriore evento non voluto. Da ciò consegue non solo che devono ritenersi non costituzionalmente orientate le tesi che attribuiscono l'elemento non voluto in base alla esistenza del solo rapporto di causalità materiale tra la condotta voluta e l'evento non voluto ma, altresì, di quelle teorie che – pur con percorsi argomentativi diversi - pervengono nella sostanza alle medesime conclusioni (le sezioni unite parlano di “realtà camuffata”). In particolare la sentenza Ronci critica apertamente le ricostruzioni che fanno riferimento:

- alla colpa “presunta” per violazione della medesima norma incriminatrice penale (le norme incriminatrici, osserva la Corte, non hanno finalità cautelari ma sanzionatorie e dunque non possono costituire il presupposto per l'addebito dell'ulteriore evento a titolo di colpa);
- alla prevedibilità astratta (e quindi presunta) dell'evento dannoso non voluto in base a regole d'esperienza generalizzanti non verificate in concreto (è noto che l'assunzione di sostanze stupefacenti nuoce alla salute e quindi è prevedibile un evento infausto da parte di chi le cede);
- alla responsabilità da rischio totalmente illecito (teoria che, ricordano le sezioni unite, richiederebbe esclusivamente la prevedibilità ed evitabilità dell'evento ma non anche la violazione di una regola cautelare).

La sentenza esamina poi il problema se la colpa richiesta per le conseguenze di cui stiamo parlando abbia contenuti analoghi a quelli richiesti in via generale nei reati colposi e, in consonanza con un significativo percorso dottrinale ⁶, esclude che, nelle ipotesi di colpa in attività illecite, la fisionomia e il contenuto dell'elemento soggettivo siano diversi perché, diversamente, si potrebbe “giungere di fatto ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa”.

Dunque le sezioni unite hanno aderito in modo netto a quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che ritengono necessario l'accertamento dell'esistenza della colpa, nel caso di *aberratio delicti* previsto dall'art. 83 cod. pen. - la cui disciplina è espressamente richiamata dall'art. 586 del medesimo codice – richiederebbe espressamente l'esistenza della colpa per la ragione formale consistente nel tenore della norma laddove si dice che il colpevole risponde “a titolo di colpa” dell'evento diverso da quello voluto (con ciò rifiutando le tesi riduzionistiche degli autori che ritengono che il rinvio sia da ritenere espressamente riferito alle sole conseguenze sanzionatorie della condotta). E aderiscono invece a quelle di chi ritiene ⁷ che il riferimento sia esteso a tutti gli elementi della colpa) richiamando le ben più sostanziali ragioni che fanno riferimento al principio di colpevolezza.

La equiparazione dei principi della colpa in generale a quelli che governano la possibilità di addebitare l'evento non voluto a titolo di colpa richiede peraltro un esame delle caratteristiche peculiari che assume la colpa nell'attività illecita con riferimento ai principi fondanti l'elemento

⁶ Si veda F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 300 ss. al quale si rinvia anche per la critica delle teorie secondo cui – interpretata l'espressione “a titolo di colpa” nel senso di un rinvio completo ai requisiti della colpa – la previsione dell'art. 83 cod. pen. sarebbe inutile. Si veda inoltre l'ampio commento che della decisione propone S. 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, 45.

⁷ V. esemplificativamente, per questo orientamento, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 97 ss.

soggettivo nei reati colposi (violazione delle regole cautelari; prevedibilità ed evitabilità dell'evento).

2. *La violazione di regole cautelari.*

Prima di esaminare il tema che riguarda le particolari caratteristiche che assume l'obbligo di osservare regole cautelari in attività illecite mi sembra utile una premessa che riguarda l'affermazione delle sezioni unite sulla impossibilità di attribuire natura cautelare alle norme incriminatrici penali.

In linea di massima l'affermazione è condivisibile. La funzione delle norme incriminatrici è certamente anche di prevenzione generale ma è estranea alle medesime un funzione di prevenzione dello specifico evento; funzione che invece, anche per il disposto dell'art. 43 cod. pen., è attribuito ad un apparato esterno ricostruttivo delle condotte richieste eventualmente di natura normativa.

Ma credo che si possa affermare che ciò non è sempre vero perché esistono norme repressive penali specificamente e direttamente volte ad evitare un evento dannoso. L'esempio tipico è quello dell'art. 437 cod. pen. (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro): questa norma ha una diretta natura ed efficacia precauzionale perché diretta ad evitare l'infortunio sul lavoro il cui rischio di verificazione dipende proprio dall'omessa collocazione o rimozione dell'impianto destinato a prevenire l'infortunio.

Se dunque l'infortunio si verifica (437 comma 2: reato aggravato dall'evento) – e purché l'evento sia riconducibile a quella omissione o a quella rimozione – non ha senso la ricerca diretta ad individuare la regola cautelare violata in questo caso rinvenibile nella medesima norma incriminatrice violata. Sarebbe singolare che si andasse alla ricerca di una regola cautelare violata quando un soggetto abbia (dolosamente) eliminato un presidio antinfortunistico e da questa rimozione sia conseguito un infortunio sul lavoro.

E credo che alla medesima conclusione debba pervenirsi per gran parte dei delitti contro l'incolumità pubblica, quasi tutti aggravanti dall'evento, perché in tutti questi casi, la ragione dell'incriminazione non è costituita dall'astratta tutela di un bene fondamentale (l'incolumità pubblica, la vita, la salute ecc.) bensì la concreta e diretta tutela del bene protetto (per chi avvelena dolosamente acque destinate all'alimentazione – art. 439 cod. pen. – ha senso la ricerca della regola cautelare violata?).

Si tenga ancora presente che la regola cautelare può rinvenirsi anche in norme estranee al campo tradizionale dei reati colposi quali gli artt. 672, 674, 675 ecc. del medesimo codice⁸.

Fatta questa precisazione si pone, in tutti gli altri casi in cui non possa rinvenirsi una finalità cautelare specifica nella norma incriminatrice, il problema se possa, nelle attività illecite, ipotizzarsi una responsabilità per colpa fondata sulla violazione di una regola cautelare che abbia cagionato o contribuito a cagionare l'evento non voluto.

Va premesso che le regole cautelari hanno la funzione di evitare che, nell'esercizio di determinate attività che presentano margini di rischio – lecite o illecite che siano - si producano

⁸ Su questi aspetti v. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 86 (in particolare v. p. 100 ss.).

effetti dannosi per le persone e per le cose. Il presupposto perché si formi, nei modi che di seguito verranno indicati, una regola cautelare è dunque che sia astrattamente prevedibile che dall'esercizio di una determinata attività umana possa conseguire un effetto dannoso: per un'attività per la quale non sia prevedibile un effetto di questo genere (per es. la ricerca scientifica non di laboratorio) a nessuno verrà in mente di dettare regole cautelari per il suo svolgimento⁹.

La prevedibilità delle conseguenze dannose è dunque il presupposto per la formazione della regola cautelare ma il suo contenuto è dettato in particolare da un altro principio, l'evitabilità del medesimo evento. E' inutile dettare regole cautelari se queste regole non sono idonee ad evitare gli effetti negativi dell'attività.

Dunque la prevedibilità dell'evento dannoso rende necessaria la formazione della regola cautelare il cui contenuto è però dettato dalla sua idoneità a prevenire il suo verificarsi. I criteri di formazione delle regole cautelari costituiscono una generalizzazione di quei criteri di prevedibilità ed evitabilità che sono rilevanti anche sotto il profilo soggettivo¹⁰.

Si è detto che la violazione di regole cautelari, che hanno sempre efficacia preventiva e natura strumentale – a differenza delle norme penali che (con le eccezioni di cui si è detto) hanno invece natura prescrittiva e funzione repressiva¹¹ - non è esclusiva del reato colposo; il consenso sull'affermazione che, anche nei diritti dolosi, possa aversi violazione di regole cautelari (per es. nelle attività consentite solo in presenza di determinati presupposti: il medico che esegue un aborto clandestino è comunque tenuto a rispettare le regole dell'arte medica; la persona che costruisce un edificio abusivo è tenuto a rispettare le regole dell'arte delle costruzioni; chi detiene o porta in luogo pubblico illegalmente armi è tenuto ad adottare, per evitare danni non voluti a terzi, le medesime cautele che deve adottare chi detiene o porta legalmente le armi) è largamente diffusa in dottrina¹².

La regola cautelare, nelle attività lecite e in quelle illecite che possono però essere svolte anche lecitamente, ha quindi carattere "modale", deve cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari ad evitare il verificarsi dell'evento¹³. E' vero che, nelle attività illecite la regola cautelare fondamentale, vietando quell'attività, impone l'astensione dall'attività pericolosa e dunque non ha carattere modale ma se, come si è già detto, la medesima attività può essere svolta anche legalmente le regole da osservare saranno le medesime previste per lo svolgimento lecito

⁹ Sui criteri per verificare quando una norma sia informata allo scopo di prevenire eventi vietati dall'ordinamento v. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 227 ss.

¹⁰ In questo senso v. M. GALLO, *Colpa penale*, diritto vigente, in *Enc.dir.*, Milano, 1960, vol. VII, 624 (spec. p. 638 ss).

¹¹ Sulla diversa natura delle norme cautelari e di quelle penali v. A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, 4296.

¹² V., esemplificativamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 343; ID., *Colpa cit.*, p. 299 (n. 5); G. FORTI, *op.cit.*, p. 386 ss. Secondo L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, 1053, questa violazione sarebbe comune in tutte le ipotesi di reato doloso: "la scelta di violare una regola di diligenza caratterizza, ovviamente, tutte le condotte dolose" (p. 1061).

¹³ V. su questo aspetto, da ultimo, D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 171 (a p. 178 ss.).

dell'attività. In questi casi l'agente che agisca illegalmente deve comunque osservare le cautele e le regole previste per lo svolgimento della medesima attività in modo legale.

3. *Colpa generica e colpa specifica.*

Com'è noto le regole cautelari si distinguono principalmente per la loro fonte che può essere giuridica o sociale: la trasgressione delle regole della prima specie dà origine alla colpa specifica che si realizza per la violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline, cioè per la violazione di norme generali e astratte (leggi e regolamenti) ovvero di disposizioni che non hanno queste caratteristiche di natura normativa (ordini e discipline) ma si fondano sul potere di un soggetto o di un organo dotati di poteri di supremazia di imporre regole per l'esercizio di determinate attività¹⁴.

Se la fonte delle regole non osservate è di origine sociale si parla invece di colpa generica tradizionalmente configurabile nella *negligenza* (trascuratezza, mancanza di attenzione, disinteresse, mancata considerazione dei segnali di pericolo ecc.), nell'*imprudenza* (avventatezza, scarsa ponderazione, sottovalutazione dei segnali di pericolo ecc.) e nell'*imperizia* (l'aver agito senza la conoscenza o senza l'applicazione delle *leges artis*). Non mancano però, in dottrina¹⁵, gli inviti a non enfatizzare la distinzione tra le tre forme di colpa generica la cui funzione è solo quella di delimitare dall'esterno ciò che colpa non è.

In linea di massima, ma non è sempre così, le regole cautelari specifiche sono scritte a differenza di quelle generiche che sono il frutto di massime di esperienza non codificate; come è stato efficacemente affermato¹⁶ "*le cautele di fonte sociale sono la cristallizzazione dell'esperienza collettiva in regole comportamentali*".

Il fondamento delle regole cautelari può essere di natura scientifica oppure soltanto riconducibile all'esperienza. E' più frequente (ma non è sempre così) che quelle fondate su leggi scientifiche vengano normativizzate.

L'omogeneità tra le due forme di colpa è oggi generalmente riconosciuta¹⁷ ma non sempre la distinzione è chiara perché vi sono casi in cui la norma giuridica è generica e rimanda a regole sociali: l'esempio tipico è costituito dall'art. 140 c. 1° del codice della strada (che impone di comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione). Da ciò, come è stato affermato¹⁸, "*consegue che quanto più è indeterminata la regola, tanto più la colpa specifica scolora in quella generica.*" In materia di sicurezza sul lavoro una norma di questo genere è l'art. 2087 cod. civ.

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, , p. 329, definisce le "discipline" come atti normativi, diversi da leggi e regolamenti, emanati da un'autorità pubblica o privata (per es. il regolamento di fabbrica) mentre gli ordini contengono regole individuali poste dall'autorità pubblica o privata (per es. le prescrizioni del vigile organo nella circolazione).

¹⁵ V. per es. M. GALLO, *Colpa penale, cit.*, p. 641.

¹⁶ Da F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale, cit.*, p. 92.

¹⁷ V. G. FORTI, *op.cit.*, p. 314.

¹⁸ Da F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale, cit.*, p. 92.

E' stata segnalata ¹⁹ l'opportunità di un restringimento dell'area della colpa generica cui dovrebbe essere riservata "la disciplina delle più comuni, quotidiane situazioni di rischio, in cui il riferimento all'esperienza collettiva trova uno spontaneo criterio di legittimazione" mentre quando si tratta di "attività produttive, che mettono a repentaglio importanti beni giuridici individuali e collettivi, dovrebbe essere il legislatore a prefissare lo standard di diligenza doveroso che, conviene ripeterlo, non sempre coincide con quello ricavabile dall'esperienza".

Quando parliamo di colpa in attività illecite appare evidente come, nella maggior parte dei casi ipotizzabili, la colpa abbia natura generica; di un'attività vietata solitamente non vengono dettate regole modali per il suo svolgimento perché ne è inibito l'esercizio.

Ma, nei casi già indicati nei quali l'attività illecita è equivalente ad un'attività consentita in determinate condizioni, ben possono ipotizzarsi violazioni di regole cautelare di origine normativa che rendono la colpa di natura specifica (si pensi ad un evento ricollegabile all'organizzazione di una gara automobilistica vietata su una strada pubblica: può ipotizzarsi la colpa specifica in chi superi i limiti di velocità consentiti o non tenga la distanza di sicurezza e la conseguente possibilità di ritenere esistenti, per es., le aggravanti previste dagli art. 589 comma 2 e 590 comma 3 cod. pen.).

4. La prevedibilità dell'evento.

Il tema della prevedibilità dell'evento assume, in relazione alle conseguenze non volute dell'attività illecita, connotazioni particolari.

Anche nel caso di attività illecite la possibilità di addebitare soggettivamente un evento all'agente che, pur cosciente della natura illecita della sua condotta, non intendeva però produrlo trova il suo nodo esplicativo nella possibilità che questo evento fosse prevedibile. Non basta dunque il doppio livello dell'illecito – quello diretto a produrre l'evento voluto e l'agire in contrasto con le regole cautelari – ma è necessario altresì che l'evento non voluto fosse prevedibile

L'esistenza della prevedibilità va accertata con criteri *ex ante* non potendo essere addebitato all'agente di non aver previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere. L'agente, nelle attività illecite, sarà ritenuto in colpa solo se non ha tenuto conto delle conseguenze della sua condotta che conosceva - o era tenuto a conoscere - in base alla sua professione e alla sua condizione (*eiusdem conditionis et professionis*).

Il fondamento della prevedibilità sotto il profilo soggettivo risiede nella necessità di evitare forme di responsabilità oggettiva. Se il risultato della condotta non poteva neppure essere immaginato dall'agente, pur con l'adozione delle necessarie cautele, sembra evidente che il risultato non possa essergli addebitato sotto il profilo della colpevolezza. Perché l'agente possa essere ritenuto colpevole non è sufficiente che abbia agito in violazione di una regola cautelare (non è cioè sufficiente il *versari in re illecita*) ma è necessario che non abbia colposamente previsto che quella violazione avrebbe avuto come conseguenza il verificarsi dell'evento.

Se dunque quella conseguenza dell'azione non è stata prevista perché non era prevedibile non v'è responsabilità per colpa (*non tenetur etiam pro casu*). Detto in parole povere: il "senno di

¹⁹ Da V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 1240 (v. spec. p. 1256 ss.).

poi” non può avere ingresso nella responsabilità penale, anche colposa, compresa quella ricollegabile ad attività illecite.

Non bisogna però confondere il giudizio di prevedibilità con quello relativo alla scarsa probabilità che un evento si produca in conseguenza di un determinato fattore causale ²⁰ perché anche eventi rarissimi riconducibili a determinate condotte sono generalmente conosciuti o comunque conosciuti nella cerchia degli esperti e quindi prevedibili. Si pensi al contagio di Hiv che si verifica in una percentuale minima di rapporti sessuali ma è ormai di comune conoscibilità o alle reazioni allergiche alle sostanze utilizzate per l’anestesia: in entrambi i casi non può certo affermarsi l’imprevedibilità dell’evento malgrado le percentuali di esso siano esigue.

Per tornare al nostro tema: anche il responsabile della violenza sessuale risponderà quindi delle conseguenze del contagio anche se da lui non volute quando abbia omissis le cautele necessarie per evitarlo.

5. L’agente “modello” nelle attività illecite.

Ma qual’è il parametro cui occorre rifarsi per valutare la prevedibilità (o, come taluni ²¹ si esprimono in dottrina, il dovere di riconoscere) sotto il profilo soggettivo ?

E’ evidente che se si adottasse un criterio che fa riferimento all’agente concreto si ricadrebbe negli orientamenti che riferiscono la colpa all’elemento psicologico mentre oggi è comunemente riconosciuta la natura normativa della colpa ²²; e infatti dottrina e giurisprudenza seguono comunemente il criterio della prevedibilità da parte dell’*homo ejusdem professionis et condicionis* – il c.d. “agente modello” - non diversamente da quanto avviene per l’individuazione dei criteri per accertare il rispetto delle regole cautelari ma con una difficoltà in più perché ipotizzare un agente “modello” che agisce illecitamente assume aspetti per qualche verso paradossali.

Di ciò sono coscienti le sezioni unite che, difatti, spiegano come non possa parlarsi di “spacciatore modello” ma debba farsi riferimento ad una “persona ragionevole, fornita, al pari dell’agente reale, di esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede”.

Insomma le sezioni unite lo negano ma di fatto poi individuano lo “spacciatore modello” e credo che questa costituisca la ovvia conseguenza cui conduce l’impostazione data al problema sotto il profilo della colpevolezza: anche per le attività illecite l’agente deve osservare le regole cautelari richieste per evitare ulteriori eventi rispetto a quello voluto. Insomma questa impostazione conduce inevitabilmente ad ritenere l’esistenza di un agente “modello” anche nel delitto. Non solo lo “spacciatore modello” dunque ma anche il “violatore modello” (che non espone al rischio di

²⁰ Come sembra ritenere O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 413.

²¹ V. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 234. M. GALLO, *Colpa penale. Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 624, parla invece di “rappresentabilità” perché questo termine “possiede una maggiore comprensività del primo, potendosi riferire non soltanto ad accadimenti futuri, ma anche a quelli concomitanti o addirittura antecedenti all’azione del soggetto”.

²² V. le argomentazioni sul punto di D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali cit.*, p. 499 ss.

contagio la persona offesa) e il “delinquente modello” che usa le precauzioni necessarie per evitare gli eventi non voluti.

Non credo che, una volta condotto fino in fondo il ragionamento sull’addebitabilità a solo titolo di colpa dell’evento non voluto si possa pervenire ad una soluzione diversa anche se in dottrina si sono levate voci contrarie a queste conclusioni ²³.

Essendo indiscusso che la valutazione relativa alla prevedibilità, sotto il profilo soggettivo, va fatta con criterio *ex ante* rimane però da decidere quale sia il momento cui occorre fare riferimento per poter pretendere che l’agente riconoscesse i rischi della sua attività e i potenziali sviluppi lesivi. Naturalmente non vanno presi in considerazione i successivi progressi della conoscenza mentre si deve tener conto di eventuali conoscenze superiori dell’agente ²⁴. Per questo fine di previsione è stato affermato che “*le conoscenze rilevanti non sono quelle diffuse solo nella cerchia degli specialisti, e tanto meno le conoscenze avanzate di taluni centri di ricerca, bensì solo le conoscenze che costituiscono un patrimonio diffuso a partire da una certa data*” ²⁵.

Per tornare al campo delle attività illecite: il rapinatore che fa saltare il *caveau* di una banca provocando il crollo dell’edificio risponderà del disastro o degli omicidi colposi se non ha calcolato gli effetti dell’esplosione tenendo conto delle caratteristiche costruttive dell’edificio o del potenziale dirompente dell’esplosivo usato. Non se l’evento ulteriore è derivato dall’imprevedibile presenza nei locali di una sostanza che ha aumentato in modo sproporzionato l’efficacia dirompente dell’esplosivo utilizzato (a meno che l’agente non fosse dotato di conoscenze superiori che non ha utilizzato).

Il giudizio di prevedibilità vale a specificare il contenuto dell’obbligo di diligenza altrimenti astratto: “*basandosi sugli esiti del giudizio di prevedibilità, il contenuto del dovere di diligenza otterrebbe una certa specificazione, con la conseguenza di poter fornire delle note di concretezza a quell’obbligo del neminem laedere altrimenti del tutto inafferrabile nella sua astrattezza*” ²⁶. Solo se il pericolo del verificarsi di un evento dannoso è prevedibile o riconoscibile l’agente può essere obbligato a rispettare quelle specifiche regole cautelari idonee ad evitare il prodursi del fatto dannoso.

Alcuni Autori ²⁷ preferiscono parlare, piuttosto che di prevedibilità, di “rappresentabilità” precisando che “*questo termine possiede una maggiore comprensività del primo, potendosi riferire non soltanto ad accadimenti futuri, ma anche a quelli concomitanti o addirittura antecedenti*”

²³ Si vedano, per es., le considerazioni di A. MINO, *Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore*, cit., 1750, che rileva un’inconciliabilità tra la “sussistenza di un’attività che è vietata, ma, al tempo stesso, costituisce oggetto di un divieto o di un comando diretto alla sua corretta esecuzione”; secondo l’Autrice “il principio di non contraddizione, invece, impone che l’ordinamento giuridico non possa vietare una condotta e richiedere al tempo stesso che vengano osservate delle cautele per l’esecuzione delle modalità di svolgimento di una attività che è già penalmente illecita.”

²⁴ In questo senso v. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche* cit., p. 48.

²⁵ V. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche* cit., p. 49.

²⁶ Così F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I - La fattispecie*, Padova, 1993, 176.

²⁷ V. M. GALLO, *op. cit.*, p. 638.

all'azione del soggetto". Altri ancora ²⁸ parlano di "riconoscibilità" così esprimendosi: "la tipicità colposa risulta configurabile allorchè la situazione concreta sia stata caratterizzata dalla presenza di elementi, giuridici e fattuali.....che, in correlazione con le stesse leggi scientifiche e conoscenze empiriche utilizzate dal giudice ai fini dell'imputazione dell'evento, avrebbero permesso di rappresentarsi la concreta realizzazione del fatto previsto dalla legge come reato colposo").

La dottrina è quindi da tempo sostanzialmente uniforme nel ritenere che il giudizio sulla colpa non possa prescindere da una valutazione sulla prevedibilità che, non essendo riferita all'agente concreto, ha caratteristiche di oggettività pur essendo riferita alla colpevolezza.

Si è anche affermato ²⁹ che, a differenza di quanto avviene per il giudizio sull'esistenza della causalità, la valutazione sulla prevedibilità dell'evento va fatta anche in relazione al rango del bene esposto al pericolo che va impostato "in termini di proporzionalità inversa: quanto più importante è il bene esposto a pericolo, tanto minore deve essere l'area del pericolo accettabile o, comunque, più elevato lo standard di cautele da adottare". E se ciò non è possibile l'unica regola cautelare adottabile è quella dell'astensione.

5. Prevedibilità in astratto e prevedibilità in concreto.

Che cosa significa prevedibilità in astratto ? Significa che la prevedibilità è ritenuta esistente *in re ipsa* perché la condotta posta in essere è "notoriamente" pericolosa o perché è astrattamente idonea a cagionare eventi dannosi; in genere si richiamano la *ratio* della norma incriminatrice e il bene protetto per individuare una generica colpa in astratto indipendentemente dalle caratteristiche specifiche del caso da esaminare.

E' evidente che, facendo riferimento alla colpa in astratto ci si allontana solo formalmente dalla responsabilità oggettiva: se la colpa è presunta come è possibile ritenerla per il singolo agente indipendentemente dalla conoscenza, o della possibilità di conoscenza, da parte sua non dell'astratta pericolosità della sua condotta ma dell'esistenza di caratteristiche del caso concreto che la rendono pericolosa.

La prevedibilità in concreto significa dunque che l'agente, per le caratteristiche del caso singolo, era a conoscenza – o doveva essere a conoscenza – della circostanza che la sua condotta poteva creare un rischio non solo per un bene astrattamente salvaguardato dalla norma incriminatrice (l'assunzione di sostanze stupefacenti è nociva per la salute) ma per l'assuntore in concreto che era in condizioni di salute già compromesse o era conosciuto come assuntore di altre sostanze (alcool, psicofarmaci ecc.) che rendevano possibile, e dunque prevedibile, un esito letale dell'assunzione.

Insomma, come si è espressa la sentenza Ronci delle sezioni unite, "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".

²⁸ G. FORTI, *op.cit.*, 185 e 201. La frase riportata è a p. 233.

²⁹ Da parte di O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 416. Si vedano anche le considerazioni, su questo aspetto, di G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 459 ss.

Tra i primi commenti alla sentenza delle sezioni unite si è espressa una valutazione critica della soluzione proposta rilevandosi ³⁰ come la sentenza Ronci avrebbe trascurato l'intrinseca pericolosità dell'attività di spaccio di sostanze stupefacenti e avrebbe, escludendo la colpa nelle situazioni descritte, finito per "negare proprio il principio della responsabilità personale" trattandosi di casi nei quali è "assolutamente concreto (quindi prevedibile ed evitabile) il rischio per l'incolumità del destinatario della stessa." E l'Autore propende per inquadrare le ipotesi in cui le sezioni unite hanno ravvisato la possibilità di riconoscere l'addebito per colpa come casi di colpa cosciente (art. 61 n. 3 cod. pen.) mentre ritiene che possa riconoscersi la prevedibilità in concreto anche nei normali casi di cessione essendo conscio il cedente della sostanza (o dovendo esserlo), delle "possibili conseguenze letali dell'assunzione" ³¹.

E' però da osservare che, su questo aspetto, le sezioni unite fanno però un'importante precisazione. Dopo aver richiamato sul punto la sentenza n. 322 del 2007 della Corte costituzionale – che aveva enunciato un principio analogo – la sentenza precisa che, "qualora si tratti della tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, il legislatore non solo può prevedere che sia sufficiente la sola colpa, invece del dolo, ma può anche richiedere un grado di attenzione ed un obbligo di conoscenza maggiori di quelli normalmente richiesti".

Questa affermazione rileva sotto due profili. Per un verso conferma e rafforza la tesi che richiede la prevedibilità in concreto: richiedere un grado di attenzione maggiore, quando sono in gioco beni costituzionalmente protetti, significa che la valutazione di prevedibilità deve essere in questi casi più approfondita con un'attenzione particolare a quegli eventi che, nello scrutinio valutativo dell'agente modello medio, si presentano anche soltanto possibili pur se del tutto improbabili. Ma ciò può avvenire soltanto nell'accertamento della prevedibilità in concreto.

Sotto altro profilo (e ciò riconduce il discorso a quello delle regole cautelari) un maggior grado di diligenza richiesto nell'attività illecita riporta la valutazione della colpa in attività illecite a quella che si riferisce alle attività pericolose nell'ambito del rischio consentito (anche se in questo caso il rischio non può ritenersi consentito).

Com'è noto esistono attività lecite "pericolose" nelle quali gli eventi dannosi sono in larga misura prevedibili e non sempre evitabili. Ciò non ostante spesso l'ordinamento le autorizza, per la loro elevata utilità sociale, nell'ambito del c.d. "rischio consentito". Può trattarsi anche della medesima attività che, in determinate condizioni viene autorizzata e in altre vietata (per es. le corse automobilistiche vietate nelle strade ordinarie e consentite nei circuiti) per ragioni di natura economica o commerciale ovvero per ragioni che mirano ad estendere le conoscenze scientifiche (si pensi alle attività di esplorazione spaziale).

Con larga approssimazione può affermarsi che, nelle attività pericolose (e, a maggior ragione, nelle attività illecite che pongano a rischio beni fondamentali), ad un più elevato grado di

³⁰ Da parte di G. AMATO, *Necessaria la colpa in concreto dello spacciatore*, cit., 78 ss.

³¹ E' singolare notare come, in buona sostanza, G. AMATO critichi la sentenza delle ss. uu. lamentando che l'interpretazione proposta sia troppo permissiva mentre la critica di S. PALMERINI, *L'imputazione dell'evento morte quale conseguenza non voluta di un reato doloso*, cit., 64 ss., sia di segno diametralmente opposto pervenendo ad affermare che, in base alla ricostruzione proposta dalle ss. uu., "si ha l'impressione che i margini per il riconoscimento della imprevedibilità in concreto dell'evento ulteriore siano estremamente angusti e ridotti."

prevedibilità di eventi dannosi corrisponde anche un minor grado di prevenibilità dei medesimi mentre l'osservanza delle regole cautelari non può che tendere ad una riduzione del pericolo che però non può, di norma, essere eliminato; le relative regole cautelari sono quindi regole cautelari "improprie" (che tendono a ridurre e non ad eliminare il rischio).

E come avviene nelle attività pericolose, nelle quali viene accettata l'esistenza ineliminabile del margine di rischio, l'agente nelle attività illecite deve comunque tendere alla salvaguardia di beni primari e dunque ha un obbligo di ancor maggiore intensità, nello svolgimento delle attività medesime, di ridurre il margine di rischio nei limiti più ristretti che le conoscenze dell'agente modello, le nozioni di comune esperienza e altre circostanze consentono.

In definitiva, nelle attività illecite come in quelle pericolose consentite, proprio perché la soglia della prevedibilità è più alta, nel senso che gli eventi dannosi si verificano con maggiore frequenza (e spesso si tratta di eventi in minor misura evitabili) rispetto alle attività comuni, maggiore deve essere il livello di diligenza, prudenza e perizia nel precostituire condizioni idonee a ridurre il rischio nei limiti del possibile.

6. *L'evitabilità dell'evento.*

Com'è noto non è sufficiente che l'agente abbia violato la regola cautelare, che questa violazione abbia cagionato l'evento e che quel tipo di eventi fosse ricompreso nella previsione della norma cautelare. E' necessario che venga individuata anche la condotta ("comportamento alternativo lecito"; ma in dottrina vi è chi preferisce denominarlo "comportamento alternativo diligente"³²) che, se posta in essere, avrebbe evitato il verificarsi dell'evento che dunque non solo deve essere prevedibile ma altresì evitabile o prevenibile.

Il comportamento alternativo lecito non costituisce una mera condotta osservante delle regole cautelari (contrapposta alla condotta inosservante delle medesime regole) ma una condotta che, se posta in essere, sarebbe stata idonea ad evitare l'evento: se l'automobilista percorre la sua corsia di marcia e si avvede che altro automobilista percorre in senso inverso la sua corsia non è sufficiente che adotti una condotta osservante – per es. fermarsi – ma è necessario che adotti quella che, in quella situazione, gli consente di evitare l'urto tra i due veicoli (per es. invadere l'altra corsia se libera).

E' dunque l'evitabilità dell'evento, ancor più della sua prevedibilità (che ne costituisce il presupposto) che indirizza la formazione della regola cautelare secondo criteri sociali o giuridici; se esiste il pericolo o il rischio di un evento che può essere immaginato la regola cautelare sarà formulata in relazione a questo rischio ma la sua concreta definizione non potrà che avvenire in base alla concreta possibilità che questa regola, se osservata, sia idonea ad evitare l'evento³³.

Il problema di individuare il comportamento alternativo lecito, quando la regola cautelare imponga di astenersi da una determinata attività, si pone in termini diversi perché, in questi casi, il comportamento alternativo lecito sarebbe costituito dalla mera omissione della condotta vietata.

³² Così A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, cit., p. 4310, sul rilievo che la violazione della norma cautelare dà luogo ad un errore e non ad un illecito.

³³ Si vedano le considerazioni sul punto di L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass.pen.*, 2005, 4107 (spec. p. 4114 ss.).

Quello dell'evitabilità dell'evento costituisce l'unico aspetto sulla colpa che, nella sentenza Ronci, non sia stato oggetto di esame particolarmente approfondito. E se ne comprendono le ragioni perché, come si è già più volte affermato, in queste attività, la regola cautelare cardine è quella dell'astensione.

Ma se entriamo nella logica dell'applicazione di tutti i principi della colpa per quanto riguarda l'aver cagionato le ulteriori conseguenze non volute non è possibile sottrarsi anche all'esame dei temi che riguardano questo aspetto e alla considerazione che, anche in queste attività, debba ritenersi richiesta l'evitabilità dell'evento pur coscienti delle difficoltà che si creano sotto questo profilo³⁴.

Del resto: come è possibile affermare la responsabilità della persona per un evento non voluto se comunque questo evento era destinato a prodursi? Come potrebbe affermarsi questo principio salvaguardando il principio di colpevolezza?

Ciò vale anche per l'evitabilità degli eventi non voluti nel caso di attività illecite. L'agente non ha adottato le cautele necessarie per evitare le conseguenze non volute della sua condotta ma se l'evento non era comunque evitabile come è possibile affermare l'esistenza della colpa?

7. Evitabilità dell'evento e causalità.

Prima di affrontare altri nodi riguardanti la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento nelle attività illecite è però necessario verificare se il tema dell'evitabilità o prevenibilità attenga all'elemento soggettivo o alla causalità.

Infatti, secondo un'opinione dottrinale³⁵, la verifica se il rispetto della regola cautelare avrebbe di fatto impedito il verificarsi dell'evento "*coincide totalmente, nell'ambito della responsabilità omissiva, con quella relativa al nesso causale tra omissione ed evento*" mentre l'accertamento avrebbe una sua autonomia nel caso della causalità commissiva.

Questa tesi non sembra però condivisibile. Sotto il profilo causale il giudice deve accertare se quell'omissione ha avuto efficienza causale nel cagionare l'evento; se questo accertamento ha esito positivo (il medico non è intervenuto per suturare la ferita dell'infortunato) occorre poi verificare se il medico poteva porre in essere la condotta salvifica. Il primo aspetto riguarda la causalità; il secondo l'elemento soggettivo perché l'intervento omesso poteva non essere esigibile dal medico (per es. perché non disponeva dei mezzi necessari per l'intervento).

³⁴ V. le sottolineature di A. MINO, *Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore*, cit., 1752, che rileva che, nel contesto delle attività illecite il c.d. comportamento alternativo lecito "paradossalmente, sarebbe un comportamento alternativo illecito, che il giudice è chiamato ad individuare per poi verificare se, una volta posto in essere, l'evento avrebbe potuto essere evitato."

³⁵ Cfr. F. VIGANO', *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Il corriere del merito*, 2006, 961 (a p.975).

E' stato di recente affermato ³⁶ come “*l'accertamento sulla presumibile efficacia impeditiva del comportamento doveroso omissivo non abbia a ben guardare nulla a che fare con la categoria 'causalità', ma costituisca piuttosto una mera componente dell'imputazione per colpa a carico dell'imputato che sia rimasto inattivo di fronte a un decorso reale che minacciava di sfociare in un evento lesivo, che egli aveva l'obbligo giuridico di impedire.*”

Sono queste le ragioni per cui la evitabilità o prevenibilità dell'evento viene comunemente riferita all'elemento soggettivo del reato. Si dice: non può essere ritenuto in colpa chi abbia violato regole di cautela astrattamente idonee ad impedire il verificarsi di un evento se questo evento era comunque destinato a prodursi. Non è dunque sufficiente che l'evento sia stato cagionato da una condotta colposa ma è necessario accertare quale diversa condotta, rispettosa delle regole cautelari, sarebbe stata idonea ad impedire il verificarsi dell'evento.

E' vero però che esistono aspetti peculiari dell'evitabilità che riguardano anche l'elemento oggettivo del reato. Se infatti, con valutazione *ex post*, si verifica che l'evento – anche per l'esistenza di caratteristiche del caso non conoscibili in precedenza - non era comunque evitabile, anche se fosse stata posta in essere una condotta esente da colpa, vuol dire che la condotta colposa non ha avuto efficacia causale (nel senso che difetta la causalità della colpa) perché l'evento era oggettivamente inevitabile e quindi l'esonero da responsabilità si verifica indipendentemente dai processi conoscitivi e volitivi dell'agente e dal loro contenuto (è infatti irrilevante che l'agente conoscesse che l'evento era inevitabile) così come è privo di rilievo che l'inevitabilità dell'evento fosse conoscibile prima o dopo che si è verificato. Trattasi dunque di prevedibilità in concreto.

L'addebito dell'evento sotto il profilo soggettivo va invece compiuto con criteri di accertamento dell'evitabilità *ex ante*. La prevenibilità che riguarda l'elemento soggettivo è la prevenibilità in astratto: se si accerta, con valutazione *ex ante*, che il comportamento alternativo lecito richiesto all'agente modello non era astrattamente idoneo ad evitare il verificarsi dell'evento l'agente non è in colpa anche se poi, in concreto, si verifici questa idoneità.

Queste diverse prospettive di valutazione della prevenibilità erano state già lucidamente individuate in dottrina con l'affermazione che la prevenibilità “*serve ad individuare.....quali sono i comportamenti che occorre omettere o tenere, perché idonei ad evitare un danno, non ad escludere la colpa ove si provi che un certo evento si sarebbe verificato anche se fossero state osservate le regole di diligenza, prudenza, ecc. L'indagine relativa all'evitabilità, in concreto, dell'evento, attiene all'accertamento del rapporto causale e precede, quindi, il momento soggettivo*” ³⁷.

La prevenibilità sotto il profilo soggettivo implica una valutazione che deve essere compiuta *ex ante* dall'agente che deve condurla secondo il criterio dell'agente modello al fine di avere contezza se la sua condotta sarà idonea ad evitare che l'evento si verifichi. L'agente potrebbe infatti essere erroneamente convinto che il suo intervento sia inutile e in questo caso verterà in colpa se

³⁶ Da parte di F. VIGANO', *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 1679 (v. p. 1698).

³⁷ Si veda M. GALLO, *Colpa penale. Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 624 (v. p. 639 nota 39). Sembra diversa l'impostazione di G. FIANDACA, E. MUSCO, *op.cit.*, p. 502 che distinguono tra prevenibilità in astratto e in concreto - entrambe riferite alla colpa - e ritengono che la prevenibilità vada valutata solo in concreto perché, nei casi nei quali l'osservanza della regola cautelare astrattamente idonea si sia dimostrata inidonea in concreto, ritenere la responsabilità dell'agente significherebbe avallare una forma di responsabilità oggettiva.

l'errore è colpevole. Se invece questo convincimento si rivelasse incolpevole verrebbe meno l'obbligo di intervenire con il rispetto delle regole cautelari (per es. il medico del pronto soccorso viene erroneamente informato da altro medico che il paziente, contrariamente al vero, è deceduto e non interviene cagionando la morte effettiva del paziente: l'evento era evitabile ma non può essere soggettivamente a lui addebitato perché non gli è soggettivamente addebitabile l'evitabilità).

L'agente deve infatti prevedere le conseguenze della sua condotta inosservante ma se, incolpevolmente, non agisce perché ritiene che la sua condotta non avrebbe comunque evitato il verificarsi dell'evento la sua condotta inosservante non potrà essere sanzionata perché nel suo processo cognitivo la falsa rappresentazione sull'evitabilità non è a lui soggettivamente addebitabile.

8. *Diverse ricostruzioni interpretative.*

Come si è visto in precedenza i nodi più significativi la cui soluzione ha attirato le critiche della dottrina sono quelli costituiti dalle indubie difficoltà che si incontrano nella costruzione di un agente modello e nella individuazione di regole cautelari nelle attività illecite.

Sotto questo secondo profilo le critiche appaiono, a modesto parere dello scrivente, evidentemente infondate per quanto riguarda le attività illecite che, a certe condizioni, l'ordinamento consente vengano lecitamente svolte (si è già fatto l'esempio dell'aborto clandestino e della detenzione di armi illegali). Se un'attività può essere svolta in modo illegale o legale perché mai, se viene svolta illegalmente, non dovrebbe o potersi richiedere che si adottino le cautele richieste per evitare i danni non voluti? Perché mai a chi detiene un'arma illegalmente non dovrebbe essere richiesto che la custodisca in modo che non possa essere usata da minori o incapaci?

Più complesso è il discorso quando si tratti di attività che non possono essere svolte legalmente. Va però precisato che, anche in questi settori, esistono margini di svolgimento legale delle medesime attività: si pensi alla somministrazione di medicinali contenenti principi attivi corrispondenti a quelli che l'ordinamento include nelle sostanze stupefacenti; in questi casi non v'è ragione per non ritenere applicabile il principio anzidetto.

Il problema si pone dunque esclusivamente per le attività totalmente illecite: in questi casi si verifica certamente una contraddizione tra quanto prevede l'ordinamento – che vieta lo svolgimento dell'attività – e la pretesa che la stessa venga svolta con determinate modalità. Si è detto³⁸ come sia “di immediata evidenza che non possano rinvenirsi sul piano giuridico (agli effetti penali) ‘regole di condotta vincolanti’ per comportamenti vietati senza alternativa; per il principio ‘di contraddizione’ si dovrà pur garantire la compatibilità reciproca delle asserzioni giuridiche, sicché 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”.

³⁸ Da parte di A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le sezioni unite*, cit., 4591 ss. Una posizione analoga era stata espressa, prima della sentenza Ronci delle ss. uu., da O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 379 ss.; più problematica è la risposta di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 193 ss.

Gli interventi critici nei confronti delle sezioni unite non pongono in discussione, in linea di massima, l'esigenza di pervenire ad una ricostruzione che consenta di salvaguardare il principio di colpevolezza ma ritengono che a questo risultato possa pervenirsi per vie diverse.

Così si è fatto riferimento³⁹ al principio di autoresponsabilità da parte dell'assuntore di sostanza stupefacente che, se perfettamente cosciente dei rischi che assume con l'assunzione della sostanza, condurrebbe, ove venisse affermata anche la responsabilità dello spacciatore, all'affermazione di una responsabilità per fatto del terzo. L'incertezza di questa ricostruzione discende dalla mera constatazione che alcuni autori la collocano sul versante della causalità ed altri su quello della colpevolezza.

A me sembra che, pur in presenza di questa indubbia incoerenza – ti vieto una condotta ma se tu ritieni di violare il divieto almeno segui queste regole – la disciplina non sia irrazionale. Il sistema penale deve essere ispirato non soltanto ad una logica repressiva ma anche allo scopo di ridurre i danni di questa violazione. Del resto questa finalità è resa evidente, proprio in tema di stupefacenti, dal contenuto dell'art. 81 del d.P.R. 309 del 1990 sugli stupefacenti che prevede una consistente riduzione di pena per chi – imputato dei delitti di cui agli artt. 586, 589 o 590 cod. pen. per aver determinato o agevolato l'uso di sostanze – abbia prestato l'assistenza necessaria alla persona offesa e informato tempestivamente l'autorità sanitaria o di polizia.

Sotto diverso profilo si sostiene invece che per garantire il rispetto del principio di colpevolezza sarebbe sufficiente la sola prevedibilità dell'evento che garantirebbe, da solo, il rimprovero soggettivo.

Questa costruzione, che si rifà alla teoria, criticata dalle sezioni unite, della responsabilità da rischio totalmente illecito, della quale A. PAGLIARO è il più autorevole sostenitore, è stata riaffermata proprio in sede di commento della sentenza Ronci⁴⁰. Si è detto che non può seriamente dubitarsi "che il finalismo tipico della condotta dolosa di base possa costituire il fondamento per un giudizio di responsabilità *personale* rispetto all'evento ulteriore casualmente collegato"; e lo stesso Autore si dimostra anche disponibile al riconoscimento di due forme di colpa: quella *in re licita* e quella *in re illicita*.

Insomma, in base a questa teoria, se ne ho ben compreso il significato, la prevedibilità – anche in assenza degli altri elementi costitutivi della colpa (in particolare la violazione delle regole cautelari) – costituirebbe una terza forma di addebito soggettivo, rispetto a dolo e colpa, o una forma attenuata di colpa comunque sufficiente a garantire il rispetto del principio di colpevolezza.

³⁹ Da parte di A. MINO, *Il criterio di imputazione della responsabilità dello spacciatore*, cit., 1755 ss. Sul principio di autoresponsabilità della vittima v. ampiamente, O DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

⁴⁰ V. A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite*, cit., 4596 ss.