



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,
Daniele Negri, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri, Antonio Vallini,
Vito Velluzzi

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Niccolò Decorato, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Gherardo Minicucci, Caterina Paonessa

Coordinatore

Caterina Paonessa

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2024



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2024
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884677449-1
ISSN 1972-3857

INDICE

Sommari	7
Primo piano	
LUIGI FERRAJOLI <i>Per una rifondazione della scienza penalistica. Ricordando Franco Bricola</i>	31
I grandi orizzonti penalistici	
LUCIANO EUSEBI <i>Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo</i>	45
ALBERTO GARGANI <i>La recidiva nell'indagine di Giacomo Matteotti, tra passato e presente</i>	59
GRAZIA MANNOZZI <i>La riparazione: una giustizia senza toga?</i>	77
DARIO MICHELETTI <i>Le finalità della pena per l'offesa involontaria</i>	99
MICHELE PAPA <i>La fattispecie incriminatrice come "forma simbolica"</i>	113
CARLO PIERGALLINI <i>Un 'penale' più 'civile'?</i>	131
Il punto su... Prova e verità nel processo penale	
FRANCESCO BAROLO MORELLI <i>L'esame incrociato non equivale al contraddittorio nella formazione della prova. Per una revisione del rapporto tra incidente probatorio e dibattimento</i>	155

RENZO ORLANDI
Itinerari processuali sulle vie della verità. Qualche spunto di riflessione 175

Opinioni a confronto *La violenza digitale*

COSTANZA BERNASCONI
I diversi volti della violenza digitale di genere nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela 207

CATERINA PAONESSA
La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del “deepfake” nella direttiva (UE) 2024/1385 229

Antologia

NICCOLÒ DECORATO
Nomina nuda tenemus: la confusione del legislatore fra oggetto materiale ed oggetto giuridico nel diritto penale dei beni culturali 251

ARIANNA FESTINESE
Quale lessico per un nuovo bene giuridico? Il caso del “clima” 279

OTAVA PIHA
Il mio corpo è il mio tempio? Il raffronto fra reati sessuali e patrimoniali nell’alveo di una tradizione basata sui diritti umani 297

SARA RICCARDI
Violenza di genere. Il motivo misogino e omotransfobico nel quadro degli hate crimes. Trama del diritto penale de jure condito e de jure condendo 323

Alla ricerca della “parola giusta”. Incontro con Gabrio Forti

CRISTINA DE MAGLIE
Il “tempo” della parola giusta 355

MARIO ROMANO
Per Gabrio Forti 363

DARIO MICHELETTI

LE FINALITÀ DELLA PENA PER L'OFFESA INVOLONTARIA ^(*)

SOMMARIO: 1. La carenza di specifiche analisi funzionalistiche riservate alla punizione dei reati involontari. – 2. Funzione motivante della pena e responsabilità penale non intenzionale: una inconciliabilità antropologica. – 3. La radicale ingiustificabilità funzionalistica del *versari in re illicita*. – 4. L'ontologica incompatibilità tra lo *Zufallskomponente* della responsabilità non dolosa e le finalità specialpreventive. – 5. La punizione dei reati involontari nel quadro delle teorie espressive. – 6. Una presa d'atto bisognosa di molteplici profondi correttivi.

1. *La carenza di specifiche analisi funzionalistiche riservate alla punizione dei reati involontari*

Non diversamente dalla teoria del reato, elaborata a partire dal paradigma del delitto doloso d'evento, *in primis* dall'omicidio, anche la teoria della pena soffre, da sempre, di un'identica forzatura prospettica. Anzi, la monofocalità è in quest'ultimo caso addirittura maggiore. Se infatti la colpa e la preterintenzione hanno col tempo contribuito a implementare la teoria del reato¹, nella letteratura sulle finalità della pena si fatica invece a rinvenire anche solo dei cenni al fondamento della punizione dei comportamenti involontari². Sino al punto che persino i pochi teorici che, di recente, propongono una diversificazione degli scopi della pena in relazione alle varie forme d'illecito si riferiscono, pur sempre, solo alle diverse tipologie di reati dolosi³ scordandosi il problema finalistico della pena nelle restanti ipotesi di reato.

Una siffatta carenza ha molteplici ripercussioni, tutte di carattere negativo.

^(*) È il testo della relazione tenuta al convegno “Vale ancora la pena? La risposta al reato nell'epoca contemporanea”, svoltosi a Firenze nei giorni 17 e 18 ottobre 2024.

¹ Basti considerare il contributo euristico fornito dall'imputazione obiettiva dell'evento, in relazione al quale v. per tutti M. DONINI, *Imputazione obiettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 37 ss., *passim*.

² Fra le poche eccezioni v. di recente L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. dir., I tematici - Vol. II, Il reato colposo*, a cura di M. DONINI, 2021, 1200 ss. che sottolinea il carattere sorprendentemente inesplorato della materia: *ivi*, 1201, 1207.

³ Cfr. per esempio T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, p. 112 ss. in relazione al quale si veda nella nostra letteratura di recente A. NISCO, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Torino, 2024, 106 ss.

Anzitutto, essa sottende l'idea che le teorizzazioni funzionalistiche elaborate per il reato doloso valgono a giustificare anche la punizione degli illeciti involontari, quando invece questi ultimi hanno una struttura e una matrice sociale e psicologica completamente diverse, che li rende *ictu oculi* refrattari a un'acritica estensione⁴. Basti pensare alla prevenzione generale fondata sulla deterrenza, magari plausibile rispetto a comportamenti razionalmente controllabili come quelli dolosi, ma del tutto incongrua – come meglio si chiarirà – rispetto a quelli involontari. Il risultato è che un intero e crescente settore del diritto penale rimane completamente carente di approfondimento sulle ragioni ultime della sua esistenza, dandosi così per scontato che sia giustificato punire la colpa, la preterintenzione, i delitti aggravati dall'evento, la cripto-responsabilità oggettiva o gli illeciti a responsabilità alternativa come le contravvenzioni nelle forme previste oggi dal nostro sistema positivo.

Ma la mancanza di riflessione sulle finalità della punizione del reato involontario non ha un'incidenza negativa solo sul piano politico-criminale. Dallo scopo della pena dipende infatti, come noto, anche la morfologia del fatto punibile, che tende per l'appunto a strutturarsi in consonanza con le finalità perseguite dall'opzione punitiva⁵. Donde la conseguenza che la mancanza di approfondimento sugli scopi della pena nella colpa e nella preterintenzione, da un lato priva questi modelli d'illecito di un contributo morfologico di matrice funzionalistica, e dall'altro lato finisce per mostrare acquiescenza ad ogni struttura di reato involontario che il legislatore ritenga di confezionare. Ci si dovrebbe invece chiedere se ha ancora senso punire tutte le forme di colpa attualmente previste dal nostro sistema positivo; o quale finalità persegua la comminazione della medesima pena per un comportamento volontario o involontario come nel caso delle contravvenzioni o nelle circostanze? E ancora quale scopo persegua la punizione di un modello preterintenzionale ridotto al solo dolo del fatto base così come predica la nostra Corte di Cassazione⁶. E dunque che senso abbia la previsione di una pena da 10 a 18 anni di reclusione irrogata a un soggetto che voleva solo percuotere la vittima nell'ipotesi in cui, indipendentemente da un sovrappiù di colpevolezza, quest'ultima sia deceduta. È razionalmente e teoricamente giustificabile uno scarto sanzionatorio così elevato come quello che intercorre tra le pene previste dall'art. 581 e 582 c.p. da un lato e l'art. 584 c.p. dall'altro lato, se la colpevolezza

⁴ *Amplius* L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1202 ss.

⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche. Tra fonti europee e Costituzione italiana*, in AA.VV., *Principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 161 ss., spec. 173 ss.

⁶ Cfr. per tutte Cass., Sez. V, 9 novembre 2023, n. 4564, Rv. 286014-01. Si veda però per qualche increspatura garantista N. GRANOCCHIA, *Prevedibilità ex lege dell'evento mortale e responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale. un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della quinta sezione*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 7, 117 ss.

preterintenzionale si riduce al solo dolo di lesioni o percosse come sostiene la giurisprudenza prevalente?

Da ultimo, ma non per rilevanza, la mancanza di una riflessione specifica sulle finalità della pena per il reato involontario pregiudica anche la riflessione sul tipo di pena preferibilmente e specificamente applicabile ai reati colposi e, più in generale, involontari⁷. È adeguata in questi casi una risposta custodiale identica a quella prevista per i reati dolosi o l'afflizione non dovrebbe avere un diverso oggetto, e magari incidere in termini inabilitativi sul tipo di attività nel cui ambito l'illecito è stato realizzato? Una sanzione pecuniaria non sarebbe maggiormente congrua o essa trascinerrebbe il reato involontario nell'orbita della rilevanza civilistica?

Sono tutti interrogativi lasciati senza risposta dalla indifferenza della dottrina per il tema specifico di questo intervento, che non si presta certo a colmare una lacuna tanto ampia del pensiero penalistico mirando semplicemente a intraprendere taluni percorsi esplicativi.

2. Funzione motivante della pena e responsabilità penale non intenzionale: una inconciliabilità antropologica

Il primo punto che merita chiarire è la tendenziale inidoneità delle tradizionali teorie funzionalistiche a giustificare con plausibilità la punizione degli illeciti involontari. Omettendo di approfondire l'argomento ed assumendo la delinquenza dolosa quale unico terreno di riflessione, i teorici della pena non sembrano essersi avveduti che gli elementi strutturali della colpa, della preterintenzione e della responsabilità oggettiva sono radicalmente refrattari all'accoglimento delle principali spiegazioni funzionalistiche.

Il primo ostacolo da considerare, che accomuna tutte queste forme d'illecito, è all'evidenza l'involontarietà dell'offesa: un elemento che si pone in netta antitesi all'accoglimento della tesi tuttora maggioritaria della prevenzione generale mediante intimidazione, secondo cui la minaccia della pena servirebbe a distogliere/disincentivare i consociati dal tenere determinati comportamenti. Postulando una mente razionale che prima di agire soppesa i pro e i contro dell'opzione criminale, una siffatta teoria è distonica ontologicamente, o meglio antropologicamente, rispetto alla punizione dell'illecito involontario. Invero: anche a voler prescindere dalla falsificante semplificazione che vede nell'agire illecito il risultato di una scelta razionale quando invece chi delinque è spesso preda di spinte impuls-

⁷ V. ancora L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1207 ss. che riscontra, in modo condivisibile, plurimi profili di illegittimità costituzionale.

ve e indominabili⁸, è certo che nei casi di non intenzionalità, mancherebbe la stessa premessa logica e psicologica della prevenzione generale negativa, ossia il controllo volontaristico del fatto che la pena dovrebbe distogliere dal compiere. Di più: se l'essenza della prevenzione generale negativa è quella di voler condizionare i comportamenti degli esseri razionali, e se la colpa origina per definizione da distrazione, disattenzione, involontarietà, occorrerebbe concludere che esiste una irrimediabile incomunicabilità tra i due piani⁹. Cosicché continuare a giustificare la pena della colpa con la teoria della deterrenza non ha maggiore plausibilità di chi ipotizza che anche gli analfabeti possano essere condizionati da messaggi testuali.

D'altro canto, si potrebbe obiettare che quanto si è sinora osservato varrebbe solo per la colpa incosciente, ma non per quella cosciente, che postulando la consapevolezza della trasgressione, ben sarebbe compatibile con politiche di prevenzione generale negativa. Da tale angolazione, si potrebbe infatti supporre che la minaccia di una pena afflittiva servirebbe a disincentivare gli aspiranti trasgressori per lo meno dal tenere una consapevole violazione delle regole cautelari. Una supposizione assai diffusa, tanto da avere giustificato la politica criminale degli ultimi decenni in materia di reati colposi (si pensi ai reati di omicidio e lesioni stradali), il cui inasprimento sanzionatorio è stato esplicitamente motivato, in ambito politico, proprio con la necessità di disincentivare l'assunzione del rischio illecito connesso alle violazioni cautelari realizzate consapevolmente¹⁰.

Eppure, anche questa diffusa convinzione altro non sottende se non un luogo comune privo di supporto logico e riscontro effettuale.

Si rifletta: puntando a ridurre i reati colposi inasprendo le pene, ci si dimentica che tali più aspre pene non potranno mai applicarsi "a tutte" le violazioni cautelari realizzate consapevolmente: vuoi perché il loro numero è così elevato da rendere impraticabile qualunque politica che si prefigga di contenerle tramite l'irrogazione di sanzioni di natura carceraria; vuoi perché se così fosse si colpirebbero in realtà reati dolosi di pura condotta anziché fatti colposi. Vero ciò, occorre prendere atto che sussisterà sempre uno scarto, ed uno scarto enorme, tra l'elevatissimo numero di infrazioni volontarie e i pochi casi in cui esse sono punite perché hanno cagionato l'evento infausto. Un ineliminabile e gigantesco differenziale tra il grande numero d'infrazioni e le poche applicazioni della pena che costituisce il più esiziale *vulnus* delle politiche di deterrenza applicate alla colpa

⁸ In merito alle tipologie di delitto doloso "resistenti" alla prevenzione generale negativa v. ad esempio T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., 112 ss.

⁹ Così già D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 254 s.

¹⁰ Per questa ennesima giustificazione si veda di recente: *Nuovo Codice della Strada: sanzioni più severe per guida in stato di ebbrezza e uso del cellulare*, in *Quotidiano Nazionale*, 14 dicembre 2024.

cosciente¹¹. Tale scarto altro non serve infatti che ad alimentare un atteggiamento psicologico di assuefazione e conseguente sciattezza, che è facilmente riscontrabile anche in ciascuno di noi, convinto di poter scansare l'applicazione della pena pur violando consapevolmente la regola cautelare vuoi contando sul fatto che l'evento non si verificherà vuoi per particolari abilità proprie o anche semplicemente contando sulla sorte. È per questo che gli individui tornano a casa la sera dopo cene in cui si sono consumate bevande alcoliche indipendentemente dalla gravità della pena prevista per l'omicidio stradale aggravato dalla guida in stato di ebbrezza; ed è per questo che i datori di lavoro continuano a sottovalutare l'importanza dell'adozione di misure cautelari malgrado il continuo inasprimento delle sanzioni stabilite dal comma 2 dell'art. 589 c.p. Perché tutti i potenziali trasgressori sanno che la sanzione non scatta per la semplice violazione cautelare, ma opererebbe solo nel caso di verifica di un evento remoto niente affatto connesso in modo automatico alla condotta, che si conta comunque di schivare.

In conclusione, chi propone di spiegare la pena della colpa cosciente tramite la prevenzione generale mediante intimidazione si scontra con un ineliminabile e gigantesco scarto statistico tra l'enorme numero dei comportamenti deliberatamente trasgressivi della regola cautelare e l'esiguissimo numero delle pene applicabili in questi casi. Il che ingenera fatalmente nella collettività una condizione di superficialità e assuefazione alla violazione che ha sinora determinato, e non può che determinare anche per il futuro, il fatale fallimento di ogni politica che s'illuda di far leva sulla deterrenza per ridurre la realizzazione di offese involontarie.

Non è questo, si badi, un rilievo pratico banale né teoricamente aggirabile. In particolare, rispetto ad esso non vale l'espedito argomentativo utilizzato dai sostenitori della prevenzione generale negativa che, posti di fronte al problema dei delinquenti irriducibili e refrattari a ogni stimolo sanzionatorio, tendono a escludere l'*omnimodo facturus* dal raggio della deterrenza, circoscrivendo la validità della propria tesi a quella parte della popolazione che resta comunque sensibile al (e condizionabile dal) timore della pena. Nel caso della responsabilità colposa, il *vulnus* della prevenzione generale negativa non sta nell'indole dei destinatari, talché sarebbe possibile suddividerli in sensibili o meno. È la meccanica della deterrenza applicata alla colpa che è affetta da un baco nella misura in cui essa ambirebbe a distogliere i consociati dall'assumere i rischi connessi alla violazione cautelare, ma si è costretti ad attendere i rari casi in cui da tale violazione scaturisce l'offesa per poter applicare finalmente la pena. Di qui un ritardo funzionalistico, cui corrisponde un imponente scarto statistico e psicologico, che finisce per ren-

¹¹ Sulla valenza sistematicamente trascurata della c.d. *cifra oscura* nella giustificazione funzionalistica della punizione della colpa v. L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1205.

dere strutturalmente inadatta la prevenzione generale negativa a giustificare e conformare la punizione dei reati colposi. Per questo tutti gli ordinamenti che tendono con serietà a ridurre specifiche forme di delinquenza colposa, come per esempio quella connessa alla circolazione stradale o alla sicurezza sul lavoro, hanno puntato sulla patente a punti o sulla patente a crediti, ossia su meccanismi che impediscono al destinatario di continuare a svolgere una determinata attività in funzione del numero di infrazioni riscontrate a proprio carico. Questa sì che è un provvedimento in grado di condizionare il comportamento degli operatori nella misura in cui le conseguenze sanzionatorie sono connesse direttamente alla semplice trasgressione; anche se occorre riconoscere che la patente a crediti e meccanismi analoghi finiscono a ben vedere per sanzionare illeciti di mera condotta realizzati volontariamente: il che è la riprova che per adattarsi ai fatti involontari, la prevenzione generale negativa è costretta a trasformare tutti i reati in dolosi.

3. *La radicale ingiustificabilità funzionalistica del versarsi in re illecita*

D'altro canto, un'analoga e ancor maggiore asimmetria funzionalistica rivela la prevenzione generale negativa rispetto ai modelli preterintenzionali o, più in generale, ai casi di colpa nell'agire illecito¹², specie se interpretati quali forme di responsabilità oggettiva occulta come avviene da parte della nostra giurisprudenza¹³.

Se, infatti, come sostiene la Cassazione l'elemento soggettivo della preterintenzione sta tutto nella volontà della condotta base che è già sanzionata con una sua autonoma pena, solitamente molto più lieve rispetto a quella derivante dalla causazione dell'evento involontario (come accade per esempio nell'art. 584 c.p.), l'inasprimento sanzionatorio, per di più draconiano, previsto nel caso in cui si verifichi l'evento non voluto smarrisce completamente ogni funzione orientativa. Postulando un condizionamento sulla volontà, l'effetto generalpreventivo è predicabile solo rispetto alla pena riservata alla parte del fatto preterintenzionale realizzata consapevolmente (vale a dire dalla pena prevista per le percosse e le lesioni), mentre l'ulteriore trattamento sanzionatorio che scatta nel caso di verificazione dell'evento non voluto, pur essendo assai più severo, non può prestarsi a distogliere l'agente dal realizzarlo perché per definizione esso è privo di quella connotazione psicologica, la volontà, passibile di condizionamento.

¹² Così D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 255 s.

¹³ In argomento, v. anche per gli ampi riferimenti M. NICOLINI, *La Cassazione ancora sull'autonomia dell'elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 7-8, 153 ss.

D'altronde, l'autore dell'illecito base (nella rissa, nell'omissione di soccorso, nell'abbandono di minori, nell'omicidio preterintenzionale, ecc.), innescando l'*iter* causale che dà corpo alla condotta tipica autonomamente sanzionata in forma più lieve, ha già perso definitivamente la dominabilità del fatto: talché la più severa pena comminata nell'ipotesi in cui si verifichi l'evento aggravatore (per definizione) involontario non può certo dirsi che discenda dalla necessità di distogliere con maggior efficacia il soggetto agente dal realizzare l'ulteriore lesione. Più semplicemente, se la sorte gli è favorevole, verrà chiamato a rispondere del solo fatto base. Altrimenti, verificandosi il successivo evento lesivo a lui ascrivibile egli incorrerà nel più severo regime sanzionatorio, la cui irrogazione – non essendo suffragata da un livello di dominabilità maggiore rispetto a quello che caratterizza la realizzazione della condotta base – non può certo giustificarsi, a questo punto, sulla base di un aggiuntivo atto di ribellione del soggetto agente rispetto a una distinta e ulteriore norma-precetto sottostante alla “disposizione aggravatrice”.

Certo: si potrebbe obiettare che in realtà tutti questi inasprimenti sanzionatori rimarrebbero comunque spiegabili in termini generalpreventivi perché fungerebbero da monito per gli individui di non oltrepassare la soglia dell'illiceità, avvertendoli che ove lo facessero anche il verificarsi di ulteriori conseguenze dannose non volute li esporrebbe a punizioni severissime, secondo la nota logica del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*¹⁴. Una siffatta spiegazione, magari anche rispondente al pensiero del legislatore storico, non pare tuttavia compatibile con il volto costituzionale della pena, la quale non può tollerare una qualunque spiegazione funzionalistica della pena che risulti indipendente e non calmierata dalla colpevolezza¹⁵. Specie nel caso della prevenzione generale negativa, la minaccia di una pena grave per un evento che si postula non voluto, lungi dal sottendere una forma di orientamento, altro non esprimerebbe che terrorismo sanzionatorio tipico di uno stato autoritario.

4. *L'ontologica incompatibilità tra lo Zufallskomponente della responsabilità non dolosa e le prospettive risocializzatrici*

Esiste una seconda nota strutturale della colpa, e più in generale di ogni forma di illecito non volontario, che entra in tensione con le teorie specialpreventive,

¹⁴ S. CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, 1997, 111.

¹⁵ T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss. Sulla incostituzionalità di questi modelli sanzionatori ispirati alla logica del *versari v.* nello specifico L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1209 s.

retributive, neutralizzative, dell'emenda e, in termini più generali, con tutte quelle molteplici concezioni funzionalistiche che esigono un nesso di appartenenza dell'offesa al suo autore, quasi che essa ne esprimesse l'indole, il carattere, l'essere. La si coglie riflettendo sul fatto che solo l'intima appartenenza dell'illecito all'agente è ciò che, da queste molteplici angolazioni, sorregge e giustifica la prospettiva risocializzatrice, così come ogni forma di prevenzione speciale e di matrice retributiva.

Se così è, non potrà allora sfuggire come la colpa – al pari di qualunque forma di responsabilità penale involontaria – rechi in sé un elemento strutturale ineliminabile, che impedisce *ab imis* la possibilità di considerare l'offesa involontaria come una diretta e pregnante proiezione esistenziale del suo autore. Il riferimento è all'ineliminabile componente di fortuito che contraddistingue la verifica dell'evento offensivo involontario (non per caso a lungo considerato una sorta di condizione obiettiva di punibilità); uno *Zufallskomponente* che solo seleziona, tra la moltitudine di violazioni cautelari, quelle che hanno in sorte di rientrare nel raggio operativo della pena¹⁶. Come già annotava Gustav Radbruch a supporto di una simile componente aleatoria, tra due individui egualmente imprudenti nel maneggiare un lume solo quello rispetto al quale la “malvagità dell'oggetto” ha determinato lo sviluppo dell'incendio risponderà del fatto mentre l'altro andrà esente da qualunque sanzione penale¹⁷. Ma lo stesso dicasi per due automobilisti che feriscano colposamente due pedoni in modo ugualmente grave. Nel caso in cui sopraggiungesse un solo medico in grado di salvare una sola delle vittime, dalla scelta del medico finirebbe per dipendere l'applicazione della pena dell'omicidio colposo ad uno o all'altro dei trasgressori¹⁸. A parità d'infrazione – in breve – la pena non dipenderà solo dalla maggiore colpevolezza e censurabilità del soggetto, ma da un preponderante elemento di casualità tale da aver fatto affermare che la colpa penale è una «*vergognosa responsabilità per il caso*»¹⁹. Una responsabilità per il caso che raggiunge livelli esponenziali nel concorso colposo di persone, o di concorso di contributi colposi indipendenti allorché s'intrecciano tra loro in modo ancor più casuale molteplici elementi di fortuito²⁰.

¹⁶ Su tale caratteristica è tornato ripetutamente soprattutto L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1070 ss.; ID., «*Gestire* il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento della pena «ritorsione»», in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 965; ID., voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1204 s.

¹⁷ Per tale citazione v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 106.

¹⁸ L'esempio proposto da Bloy è ripreso da F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 332 s.

¹⁹ L'espressione è ancora di Guastav Radbruch: D. CASTRONUOVO, *op. loc. cit.*

²⁰ V. da ultimo F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, 197 ss.

Ma lo stesso dicasi, a ben vedere, anche per la colpa nell'agire illecito, come la preterintenzione o i delitti aggravati dall'evento. Anche in questi contesti, a parità di condotte basi dolose, la verifica dell'evento ulteriore, non essendo automatica, dipenderà sempre anche da una componente di fortuito ulteriore (si pensi alla preterintenzione da spinta o ai maltrattamenti aggravati dall'evento suicidio della vittima), tale da non potersi ritenere che la sanzione prevista per l'evento più grave si ponga in un rapporto di esclusiva e stretta correlazione con l'agente: il quale, non solo non l'ha voluto, ma percepisce appieno che in un altro contesto storico, con altri interlocutori comportamentali e in diverse circostanze concrete, l'evento più grave non si sarebbe realizzato. Emblematica, sotto questo profilo, la persistente e assoluta inoperatività giurisprudenziale dell'art. 41, comma 2, c.p. nei casi in cui l'input causale derivi da una condotta volontaria: tanto basta secondo la giurisprudenza per ascrivere all'autore qualunque epilogo letale quand'anche derivante da una grave colpa medica nella fase delle cure²¹.

Un simile scarto non ha ovviamente una rilevanza meramente statistica. Esso riflette e alimenta una precisa condizione psichica dell'autore dell'evento involontario che, non a torto, si sente fors'anche responsabile della violazione base (dolosa o colposa), ma al contempo vittima della sorte che ha contribuito a produrre il danno. Si pensi ad alcuni eclatanti casi giudiziari come quello dell'amministratore delegato delle Ferrovie dello Stato chiamato a rispondere del disastro della stazione di Viareggio per talune carenze del sistema di prevenzione che sono state a lui attribuite. Ma si consideri ancora il Componente della Commissione Grandi Rischi condannato per la morte di alcune vittime del terremoto de L'Aquila per avere rilasciato dichiarazioni rassicuranti sulla situazione sismica del litorale. Per non parlare della moltitudine di Consiglieri di amministrazione oramai in pensione condannati nel corso di questi anni per la morte da mesotelioma di lavoratori che inalarono amianto tra la fine degli anni '70 e i primi anni '90, il tutto reso ancor più casuale, almeno un tempo, dalla sostanziale irrilevanza ai sensi dell'art.

²¹ Cfr. per tutte Cass., Sez. V, 4 aprile 2022, n. 18396, Rv. 283216-02, con nota di I. MOTTA, *La colpa medica non è idonea di per sé ad interrompere il nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2022, 3508 ss., secondo cui «In tema di lesioni personali volontarie seguite dal decesso della vittima, l'eventuale negligenza o imperizia dei medici, ancorché di elevata gravità, non elide ex se il nesso causale tra la condotta lesiva e l'evento morte, in quanto l'intervento dei sanitari costituisce, rispetto al soggetto leso, un fatto tipico e prevedibile, anche nei potenziali errori di cura, mentre ai fini dell'esclusione del nesso di causalità occorre un errore del tutto eccezionale, abnorme, da solo determinante l'evento letale. (Fattispecie in cui si è ritenuto che la serie causale, innescata dalle percosse che avevano determinato la frattura della vertebra sacrale della vittima, non fosse stata interrotta dalle negligenze omissioni dei sanitari, che – unitamente ad altre concause, quali le prolungate carenze di alimentazione e di idratazione della vittima – avevano favorito e accelerato, ma non autonomamente determinato, lo scompenso cardiaco risultato, infine, fatale)».

41, comma 2, c.p. di qualunque concausa posteriore alla condotta avesse codeterminato la verifica dell'offesa involontaria²².

In tutta onestà, si può seriamente ritenere che in questi casi le persone condannate si sentano intimamente responsabili del fatto, vedendo quelle offese come espressione del loro essere, così da sussistere i presupposti affinché la sanzione si presti alla riappropriazione da parte del soggetto agente del valore che egli ha offeso sino a imporgli un forzato percorso di risocializzazione?

Vero è che le astrazioni teoriche tendono non di rado a perdere contatto con la realtà e sintonia con il senso comune, ma la giustificazione in termini specialpreventivi delle sanzioni concernenti fatti involontari finisce per scadere nell'ipocrisia, o quanto meno per risultare urtante, tanto è l'incidenza del fortuito nei presupposti di quella singola responsabilità individuale.

Non è un caso dunque che i pochi teorici della colpa che si sono sforzati di conciliarla con istanze retributive e specialpreventive hanno proposto di incentrare la responsabilità colposa, non già sulla verifica dell'evento che deriva fortuitamente dalla trasgressione, bensì sulla concretizzazione della situazione di pericolo che segue alla trasgressione della regola cautelare²³. Ma si tratta di una soluzione di ripiego tutt'altro che soddisfacente, sia per la disagiata messa a punto di quella precisa situazione di pericolo che solo legittimerebbe l'an della pena, sia perché tale prospettiva finisce *more solito* per trasformare la colpa in una fattispecie dolosa di pericolo ribadendo così, indirettamente, che in mancanza di una completa volontarietà di tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico non risulta appagante nessuna delle comuni spiegazioni funzionalistiche chiaramente ideate solo in relazione alla responsabilità dolosa.

5. *La punizione dei reati involontari nel quadro delle teorie espressive*

Piaccia o non piaccia, interrogandosi sulle teorie della pena in grado di spiegare la punizione dei reati non volontari, presto ci si accorge che nessuna delle concezioni più accreditate in dottrina si presta ad offrire una soddisfacente spiegazione. Non solo. Una simile analisi, oltre a rivelare i limiti delle impostazioni classiche mette al contempo in risalto come altre teorie funzionalistiche, proprio

²² Per questo rigoristico orientamento v. Cass., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 9967, Rv. 246797-01, con nota di G. MARTIELLO, *A proposito dell'errore medico quale causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento ai sensi dell'art. 41 cpv c.p.*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 527 ss.

²³ B. SCHÜNEMANN, *Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft. Eine Bestandsaufnahme*, in E. GRAUL, G. WOLF, *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin, Boston, 2002, 44 s.

quelle che nel nostro contesto culturale sono oggetto di maggiori critiche, paiono invece offrire una spiegazione della punizione dei reati involontari molto più pertinente e logica. Il riferimento è alle c.d. concezioni espressive della pena, un coacervo teorico molto ampio, eterogeneo e oggetto di crescente consenso, specie nella cultura giuridica anglosassone, accomunato dalla accentuazione della valenza comunicativa che la pena esplica quale denuncia enfatica del crimine²⁴.

Una denuncia che si rivolge, volendo, anche al reo. Ma i destinatari privilegiati di questa espressività punitiva volta a placare la reazione emotiva suscitata dal reato nella collettività sono soprattutto la società e le vittime, di cui occorre *in primis* scongiurare ogni pulsione vendicativa (Durkheim). Di qui la necessità della pena e della sofferenza del reo che si presta a ristabilire il sentimento di fiducia delle persone oneste, di chi non intende delinquere, corroborando la bontà delle loro scelte di vita e dei valori che le ispirano enfatizzando la capacità dell'ordinamento di preservarle dal pervasivo rischio esistenziale che la criminalità, specie quella colposa, rappresenta.

Mai come nel caso dei reati colposi si è in grado di cogliere la richiesta del gruppo sociale di una risposta punitiva rassicurante che si presti a fronteggiare lo sgomento che ciascuno avverte quando si percepisce quale potenziale vittima. Tanto più che il reato colposo, proprio per quella componente di fortuito di cui si è detto, è strutturalmente dotato di una pervasività lesiva straordinariamente maggiore rispetto alle offese mirate che contraddistinguono l'azione dolosa. Non solo: la colpa è statisticamente più ricorrente, così come in forte crescita sono i fattori di rischio che la modernità impone di sorvegliare. Di qui un sentimento collettivo e generalizzato d'insicurezza che è molto meno avvertito rispetto ai reati dolosi, e che funge da ideale premessa psico-collettiva per il radicamento di una politica di assicurazione sociale tramite la pena.

E che sia proprio questo il principale scopo della pena nei reati involontari è chiaramente intelligibile tanto dalle scelte di politica legislativa che li riguardano, quanto dalle dinamiche giudiziali che contraddistinguono l'accertamento della responsabilità colposa.

Basti pensare alla estrema riluttanza per le istanze di depenalizzazione della responsabilità colposa, che s'infrangono di fronte al crescente numero di atti colposi offensivi e alla diffusa convinzione che solo la pena sia in grado di fronteggiarli mentre serve solo a controbilanciare quel sentimento di indignazione collettiva e di risentimento che la criminalità colposa alimenta. Di qui l'inarrestabile incremento sanzionatorio comminato ai reati colposi più ricorrenti e di maggiore allarme sociale. Un livello, come si è chiarito, del tutto inutile in termini general-

²⁴ V. da ultimo diffusamente A. NISCO, *Teorie espressive della pena*, cit.

preventivi, ma escogitato *ad hoc* per assicurare il gruppo della serietà dell'impegno profuso dall'ordinamento nel combattere queste forme di criminalità. L'effetto nel tempo è quello di una spirale viziosa tale per cui ad ogni emergenza le pene vengono inasprite senza che migliori di nulla la spinta generalpreventiva, ma incrementando solamente il rischio di strumentalizzazione del potenziale autore colposo, che sentendosi assediato dal "fortuito" chiede tramite le proprie categorie sempre più "scudi penali" e baluardi da un sistema giudiziario talmente incombente da condizionare, in chiave difensiva, anche il *modus operandi* delle categorie più esposte.

Se possibile, ancora più evidente è la finalità espressiva della pena che emerge nei processi riguardanti i reati involontari, assediati da vittime che reclamano a priori una punizione esemplare. Una punizione che, per di più, si pretende rivolta ai vertici delle organizzazioni coinvolte, vuoi per una loro assiomatica responsabilità morale in relazione ai fatti accaduti, vuoi per la maggiore capacità risarcitoria che i vertici sono in grado di assicurare. Non v'è allora da sorprendersi per il clamore e le proteste suscitate dai casi in cui il filtro processuale attuato da magistrati resistenti alle pressioni esterne ha deluso le aspettative iniziali delle sedicenti vittime. Pure questa, sebbene in negativo, è la prova che la pena dei reati involontari persegue una mera finalità espressiva tale da innescare ingiustificate ribellioni ogni qual volta l'assioma di partenza non trova conferma giudiziale.

6. Una presa d'atto bisognosa di molteplici profondi correttivi

Di fronte a queste conclusioni, si possono assumere due opposti atteggiamenti. Il più istintivo per un giurista è impuntarsi sull'inaccettabilità delle teorie espressive della pena che pure tendono a crescere di numero e di sostenitori, deprecando l'intollerabilità della strumentalizzazione della singola persona punita o, meglio, immolata per la assicurazione del gruppo²⁵. L'epilogo di un siffatto atteggiamento è però il nobilissimo quanto vacuo ritorno alle dottrine classiche della pena, nel tentativo – a ben vedere impossibile (v. *supra* § 2 ss.) – di adattare alla spiegazione funzionalistica della pena per le offese involontarie.

Oppure, con disincanto e pragmatismo, occorre prendere atto che la pena nei reati involontari (ma forse non solo in essi) altro non esplica se non una funzione espressiva e di conferma sociale dei valori offesi dal reato e dalle norme poste a loro presidio²⁶. Una funzione quanto mai pericolosa se non addirittura odiosa –

²⁵ In questo senso A. NISCO, *Teorie espressive della pena*, cit., 143 ss.

²⁶ Per una personale lettura in questa direzione v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 281 ss.

un'altra espressione di quell'immoralità ineluttabile che il diritto penale incarna – di fronte alla quale non resta però al penalista che mettere in campo tutti gli strumenti di cui egli dispone per restringere quanto più possibile le derive di una siffatta meccanica punitiva.

Ecco allora in breve, e in modo per nulla esaustivo, alcuni provvedimenti che si potrebbero adottare nel campo dei reati involontari.

Anzitutto, la prima misura da attuare è senza dubbio l'eliminazione di ogni forma di responsabilità oggettiva e di *versari in re illicita*. Meccanismi come l'art. 116, comma 2, c.p. o quello delineato dall'art. 588, comma 2, c.p., o le condizioni obiettive di punibilità intrinseche, non possono avere alcuna legittimazione in un sistema costituzionalmente orientato al principio di personalità della responsabilità penale. Non rispondendo ad alcuna sensata logica funzionalistica, tali strumenti altro non servono che a dare libero sfogo alla funzione espressiva della pena consentendone un'applicazione tanto sbrigativa quanto strumentalizzante.

Beninteso: la repulsione per il *versari* dovrebbe coinvolgere non solo il piano legislativo ma ancor più la giurisprudenza, quanto mai incline a trasformare in cripto-responsabilità oggettiva molti reati non volontari. Valga per tutti il riferimento alla giurisprudenza sulla preterintenzione, indegna di un ordinamento che ha prodotto le sentenze della Corte cost. n. 364/88 e 1085/88. Ma tutto questo richiederebbe una dottrina compatta, che riprendesse con convinzione il suo nobile compito di “cane da guardia” delle garanzie anziché compiacere la giurisprudenza nella speranza di trarre un lustro riflesso o, peggio, condividendone lo spirito liberticida.

In secondo luogo, andrebbero eliminate le ipotesi di responsabilità colposa operanti solo come forme di semplificazione probatoria del fatto di reato e, in particolare, dell'elemento soggettivo. Si pensi alle contravvenzioni, in cui l'incriminazione colposa, assoggettata alla medesima comminatoria edittale della corrispondente incriminazione dolosa, ha l'unico scopo di consentire l'applicazione di quest'ultima senza appesantire il processo di accertamento con la prova del dolo. Ma si consideri anche il criterio d'imputazione delle aggravanti dei reati dolosi che, negli stessi termini, si prefigge di incrementare la risposta sanzionatoria, spesso in modo considerevole, senza richiedere al giudice di subordinarne l'applicazione alla prova della volontarietà dell'elemento aggravatore, creando così un ibrido strutturale di difficile giustificazione.

Una volta ristrette le ipotesi di responsabilità per offese involontarie solo a quelle che sono in astratto conciliabili con il quadro di valori cui s'ispira il nostro sistema, occorrerebbe intervenire sulla loro interpretazione, al fine di adottare tutte le soluzioni teoricamente fondate che ne restringono la portata applicativa.

Il riferimento è – solo per citare alcuni temi – all'abbandono delle tesi creazionistiche della regola cautelare tramite il giudizio di prevedibilità in favore dell'ancoraggio della tipicità colposa solo ai modelli cautelari radicati nel gruppo

di riferimento²⁷. Ma si consideri la doverosa ricerca di una maggiore personalizzazione della responsabilità colposa, che sia in grado per lo meno di ridurre la dipendenza dal caso, non solo e non tanto tramite la velleitaria ideazione di “scusanti implicite” corrispondenti all’incapacità del singolo di rispettare la regola cautelare²⁸, quanto imponendo l’accertamento processuale dell’effettiva conoscenza da parte dell’agente dei segnali d’allarme (c.d. *Anlass*) che imponevano l’adozione della regola cautelare²⁹.

Ma più di ogni altra cosa, s’impone un’assimilazione funzionalistica dell’incriminazione colposa a quella dolosa in termini di tutela del bene giuridico.

È agevole avvedersi, infatti, come nell’ambito dei reati dolosi la sanzione miri a dissuadere l’individuo dal tenere le condotte più gravi e offensive della vita in comune secondo una logica di sussidiarietà e frammentarietà. Viceversa, seguendo le tradizionali concezioni della colpa che sono scaturite dalla prevedibilità e dall’agente modello, la pena tenderebbe a far sì che il singolo migliori lo standard di tutela assicurato dalla collettività al bene giuridico. Come a dire che per la dottrina tradizionale l’incriminazione dolosa si presterebbe ad afferrare il “male” (peraltro debitamente selezionato dal legislatore), mentre l’incriminazione colposa si prefiggerebbe di sanzionare anche “il mancato incremento del bene”, sotto forma di maggiore tutela.

È una discrepanza funzionalistica intollerabile, che solo una convinta e coerente concezione normativa della colpa è in grado di correggere. Questa, tra gli altri pregi, ha proprio il merito di riallineare funzionalmente l’incriminazione colposa a quella dolosa, senza che il titolo d’imputazione soggettiva finisca per modificare il fine dello strumento punitivo. In ambo i casi, infatti, la sanzione criminale non ambirebbe a rendere i singoli individui migliori di quanto sia la collettività cui appartengono, ma a presidiare una comune soglia di tutela, così da far sì che l’imputato per un reato colposo possa trovare la propria difesa nel rispetto del comportamento cautelare consuetudinariamente adottato in quel determinato contesto operativo cui esso appartiene. Diversamente, la funzione espressiva della pena finirebbe sempre per esporlo a una strumentalizzazione della sua posizione processuale in vista del miglioramento degli standard di tutela a cui il gruppo sociale anela, specie nei momenti in cui è assillato dalla percezione del rischio esistenziale che il ripetersi di fatti involontari alimenta.

²⁷ V. *amplius* volendo D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Siena, 2021, 117 ss.

²⁸ V. diffusamente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss., 560 ss.; A. CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss., *passim*; M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, spec. 144 ss.

²⁹ Cfr. D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 98 ss., 110 ss.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2025