

DIVAGAZIONI SULLE “DIMENSIONI PARALLELE” DELLA RESPONSABILITÀ PENALE, TRA ANSIE DI GIUSTIZIA, SPINTE MORALISTICHE E COLPEVOLEZZA NORMATIVA

di David Brunelli

***Abstract.** Il contributo prende spunto dalla discussione sorta attorno alla requisitoria in Cassazione del processo Eternit, per riflettere sulla inclinazione del diritto penale – pur regno della legalità e delle garanzie – a impiegare parametri morali di giudizio e su come tale inclinazione sia stata nel tempo assecondata, se non incoraggiata, dalla concezione normativa della colpevolezza. Vengono indicati alcuni temi dibattuti, nell’ambito dei quali l’affermazione della responsabilità corre lungo i binari di una sorta di “dimensione parallela” rispetto a quella strettamente riferibile al tipo di legame psichico tra autore e fatto commesso, in cui la ricerca comunque di un rimprovero del reo assottiglia la distinzione tra dolo e colpa. La conclusione non chiude ai nuovi orizzonti di un diritto penale affrancato dalla mitologia dei principi, ma richiama alla moralità stessa insita nel rispetto delle garanzie e dell’eguaglianza dei consociati, nota identitaria della materia.*

SOMMARIO: 1. Diritto e giustizia in tribunale: separazione o attrazione? – 2. Giustizia del risultato e interpretazione della legge. – 3. Moralità e moralismo penale: l’accreditarsi delle dimensioni parallele. – 4. Moralismo, colpevolezza normativa, motivabilità. – 5. Torsioni e distorsioni della colpevolezza. – 5.1. Il caso delle condizioni intrinseche di punibilità. – 5.2. Il caso delle scriminanti putative. – 5.3. Il caso del dolo eventuale. – 6. Legge e dimensione parallela. – 6.1. Il caso della colpa medica. – 6.2. La non punibilità per fatto tenue. – 6.3. La responsabilità dell’ente per il reato commesso dall’apicale o dal sottoposto nel suo interesse o a suo vantaggio. – 7. Il populismo e i nuovi “semplicisti” del diritto penale.

1. Diritto e giustizia in tribunale: separazione o attrazione?

Qualche tempo fa le parole pronunziate dal procuratore generale della Cassazione nel corso della requisitoria in un importante processo penale, molto seguito dai mass-media e riprese da questa rivista giuridica¹, stimolarono qualche indignata reazione². Il magistrato, nel suo discorso, dapprima tratta le tematiche giuridiche

¹ [Tra diritto e giustizia il giudice deve scegliere il diritto](#), in questa Rivista, 21 novembre 2014.

² Cfr. L. SANTA MARIA, [Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di cassazione sul caso Eternit](#), in questa Rivista., 1/2015, 74 ss.; G.L. GATTA, [Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell’amianto](#), in *Dir. pen. Cont – Riv. Trim.*, 1, 2015, 77 ss., che dà conto anche della vasta eco del tema registrato sui mass-media. Per il resoconto del dibattito e informazione sugli ulteriori sviluppi della vicenda, E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la “giustizia” e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, 877 ss.

coinvolte dall'imputazione, giungendo a conclusioni conformi a quelle dei giudici di merito – tutt'altri che scontate – circa la sussistenza nella specie degli estremi oggettivi e soggettivi del contestato delitto di disastro ambientale riconducibile all'art. 434 c.p.; questioni, peraltro, particolarmente delicate, coinvolgenti la tenuta del principio di legalità e la materia del dolo, su cui gran parte della dottrina aveva espresso opinioni ben diverse da quelle patrocinata dal requirente.

Tuttavia, dopo aver contrastato le argomentazioni difensive sviluppate attorno a tali questioni, le richieste del procuratore generale hanno finito per frustrare le attese delle centinaia di parti civili, essendosi egli dichiarato "costretto" a chiedere l'annullamento della condanna dell'imputato (pronunciata in primo grado e confermata in appello) perché l'azione penale nei suoi confronti risultava esercitata quando il delitto era già prescritto. Tale "dolorosa" conclusione discendeva da puntualizzazioni giuridiche in ordine alla individuazione dei caratteri dell'evento, momento consumativo del reato, e della sua definitiva realizzazione nel caso di specie, poi fatte proprie dalla conforme decisione resa dalla Corte: il magistrato ha ritenuto di presentare tale conclusione come una necessità derivante dalla corretta interpretazione della legge, alla quale il giudice non si sarebbe potuto sottrarre neppure in nome di un superiore ideale di giustizia.

«Alla fine la prescrizione non risponde ad esigenze di giustizia sociale ma stiamo attenti a non piegare il diritto alla giustizia sostanziale; il diritto costituisce un precedente; piegare il diritto alla giustizia oggi può fare giustizia ma è un precedente che domani produrrà mille ingiustizie [...] il giudice deve sempre tentare di calare la giustizia nel diritto; se è convinto della colpevolezza deve sempre cercare di punire un criminale miliardario che non ha neppure un segno di umanità e – prima ancora di rispetto – per le sue vittime, ma ci sono dei momenti in cui diritto e giustizia vanno da parti opposte; è naturale che le parti offese scelgano la strada della giustizia, ma quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. È un giudice sottoposto alla legge tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto».

In questa sede non mi interessa entrare nel merito della controversa questione giuridica concernente l'individuazione del momento consumativo del disastro ambientale e la sua protrazione nel tempo, perché vorrei piuttosto cogliere taluni spunti che quelle parole suscitano e che vanno ben oltre la delicata specifica questione giuridica, per incunarsi a fondo nella attuale condizione "spirituale" della giustizia penale.

In effetti può far ancora scalpore presso l'opinione pubblica che un magistrato, posto di fronte al dilemma se far prevalere il diritto o la giustizia, debba sacrificare la seconda e concludere sottoscrivendo un verdetto che egli stesso considera ingiusto, soprattutto se difforme dai precedenti resi in sede di merito. In questo senso, però, le parole del procuratore generale possono richiamare alla mente quelle attribuite al giudice Holmes quando, rispondendo al giovane futuro collega Learned Hand che, nello scendere dalla sua carrozza, lo aveva salutato con l'augurio di fare giustizia («Do justice,

Justice!»), rispose che il suo compito non era quello di fare giustizia bensì di applicare la legge³.

Il metodo è però rodato nei secoli e, come ben sappiamo, non vuole esprimere ai nostri giorni il cinismo del potere, quanto serbare il più alto livello delle garanzie dei consociati. Il diritto penale, in particolare, dovrebbe essere la materia meno esposta alla temperie di simili conflitti, poiché proprio alla virtù della legge e al diritto positivo affida programmaticamente il compito di minimizzare gli abusi del potere e massimizzare le garanzie. Il diritto penale dovrebbe in teoria trovarsi al riparo dalla stessa ipotizzabilità di un conflitto tra diritto e giustizia, siccome quest'ultima è forgiata e misurata attorno alla legge, sta e cade con essa.

Se si parla di "limiti morali al diritto penale" ciò dovrebbe avvenire pressoché esclusivamente nella fase del confezionamento della legge, del suo esame critico, delle scelte politico-criminali⁴, ma non nella fase della sua applicazione, dove semmai la formula si può invertire e il giudice dovrebbe essere il primo garante dei "limiti legali alla morale"⁵.

Le realistiche parole del procuratore generale sembrano mettere a nudo una sorta di paradosso, illustrando come lo strumento "procedurale" che più ci dovrebbe garantire, a partire per lo meno dalla fine del settecento, è stato pensato per far sì che la materia maggiormente esposta sul fronte della morale, avendo le più profonde radici in quei mondi, prevederebbe sistematicamente nella sua operatività un completo sganciamento da essi, al punto da anestetizzare il giudice da qualunque richiamo o suggestione diverse da quelli provenienti dal diritto positivo⁶.

Invero, non si tratta di un paradosso, ma della necessità di "preservare" la macchina dal più esiziale pericolo, quello della devastante contaminazione. La scelta della "laicità", in questo senso, non appartiene al novero delle impostazioni strategiche

³ Si tratta del noto aneddoto, riferito nell'incipit dell'introduzione, intitolata "Diritto e morale", di R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, 2006, trad. it. *La giustizia in toga*, Bari, 2010, 3.

⁴ In questa prospettiva politico-criminale, per esempio, G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 283 ss., il quale si propone di sviluppare una «nuova progettualità politico-criminale che, dall'acquisita consapevolezza della propria, comunque, impossibile "neutralità", sia indotta [...] a chiarire a se stessa gli assunti morali che (tacitamente o subdolamente) ne muovono i passi, senza fingere di poter tenere questi profili al di fuori della propria visuale di "campo"» (307).

⁵ Il condizionale è d'obbligo, non potendosi qui neppure minimamente accennare ai molteplici aspetti della questione, su cui si intrecciano da sempre e con alterne indicazioni i dibattiti tra filosofi e sociologi del diritto. A dimostrazione della relatività del metodo a cui rimanda lo slogan evocato dal procuratore generale, basta qui riportare l'opposta opinione espressa da un filosofo del diritto in occasione di un recente convegno penalistico, tutt'altro che isolata e, anzi, indicativa del più diffuso attuale orientamento: «se per la scienza giuridica il valore della giustizia è del tutto indifferente rispetto al diritto, per la decisione giudiziale la giustizia è il valore che essa deve fare *comunque* salvo, di modo che la decisione è certa solo se è giusta, e giusta non sempre e non solo in virtù della norma e della sua rigorosa ed esatta applicazione al caso» (A.M. CAMPANALE, "Hai ragione anche tu, gli disse il giudice". *L'interpretazione tra complessità e certezza del diritto*, in *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, a cura di A. Manna, Pisa, 2016, 109).

⁶ Si pensi, ad esempio, alle famose parole con cui Hart, relativizzando l'idea della c.d. connessione necessaria tra diritto e morale, rilevava (sarcasticamente) come il rispetto del principio di legalità fosse «purtroppo compatibile con un'iniquità molto grande» (H.L.A. HART, *The Concept of law*, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 241).

e delle imposizioni ideologico-culturali, essendo più semplicemente una necessità “tattica” imposta da semplici esigenze funzionali. L’inquinamento della purezza del prodotto, come ricorda il magistrato nella sua requisitoria, minerebbe alla base il sistema, e laicità, legalità, rigore nell’applicazione del diritto positivo sono richiami imposti dalla convenienza, prima che espressione di nobili principi, anche quando rischiano di presentarsi il lato cinico e crudo di un male necessario.

Non si tratta di un paradosso proprio perché il diritto penale si è imposto nei secoli come il simbolo della “vittoria” del sicuro diritto sulla incerta ed inaffidabile morale ed è dunque logico che quando più ci si trovi vicini al campo di battaglia, più si tenda a rimuovere le macerie, a dimenticare la tragedia della contesa, a immunizzarsi dal virus insidioso della sua memoria.

Le parole che ho riportato, piuttosto, sono inconsuete nei tribunali, luoghi refrattari – come ammoniva il giudice Holmes – ad evocare la stessa ammissibilità della contesa tra diritto e giustizia e deputati invece alla rimozione collettiva del suo ricordo. Pronunziate in uno scenario anch’esso inconsueto, al cospetto di centinaia di persone offese interessate non certamente al trionfo astratto del diritto, ma all’affermazione delle loro ragioni, esprimono con grande realismo ed efficacia un disagio profondo e non più agevolmente sopprimibile, un sentimento che serpeggia nelle viscere del sistema giudiziario, quello che viene ormai rubricato alla voce “crisi del mito della legalità”.

Si tratta di un tema già approfonditamente illustrato, non solo dai filosofi e dai sociologi del diritto, ma dagli stessi studiosi del diritto penale, i quali ne hanno indagato cause e morfologia, dando luogo ad un dibattito non sopito tra chi considera la crisi come una deriva inarrestabile e devastante e chi ne cavalca le opportunità, con disincanto e apertura mentale.

Tra i tanti stimoli che quegli studi forniscono è di particolare interesse il rilievo per cui il terreno di coltura della crisi possa rinvenirsi nella mancanza di accountability morale e politica tipica dei nostri giorni⁷, la quale, la quale producendo un eccesso di esposizione del penale, fa sì che questo si ponga come unico criterio di responsabilizzazione e che su di esso si esaurisca lo spazio di ogni giudizio etico e/o politico. Sarebbe il diritto penale a forgiare l’etica pubblica e non viceversa e ciò innanzitutto non gioverebbe al riscontro dell’autonomia tra i due differenti campi. Se la morale pubblica coincide con il diritto penale sembra inevitabile che quest’ultimo finisca per subire l’influenza e le correnti che dalla prima possano generarsi; se sugli esiti dei processi si misura la tenuta morale dei soggetti che vi sono coinvolti, e se dagli stessi discendono conseguenze politiche o scelte strategiche su rilevanti scenari di vita pubblica, per quanto il giudice possa essere geloso del suo splendido isolamento, il rischio della incrinatura del fronte laico e liberale che il diritto penale si è conquistato si appalesa con tutte le sue implicazioni.

Non v’è alcun dubbio che il corto circuito che si è ingenerato, a causa del quale ciascuno dei due campi influenza l’altro quasi a confondersi con esso – la morale si fa diritto, il diritto commisura la morale – costituisca un problema specifico del nostro tempo, un accidente storico che potrà superarsi se e quando i due territori torneranno

⁷ D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 145.

ad acquistare reciproci margini di autonomia, ma ciò non toglie che possa insinuarsi il sospetto che, oltre la patologia dei nostri tempi, il diritto penale abbia “ontologicamente” una specifica inclinazione “interna” a generare e impiegare parametri “moralì”, e che dunque possieda geni potenzialmente in grado di erodere i fondamenti “liberali” e “laici” della materia⁸.

Tornerò su questo punto, ma a testimonianza di quanto la forte reciproca attrazione si risolva talvolta in una vera e propria “confusione” dei due territori⁹, si può ricordare che quando Gustav Radbruch enunciò la sua famosa formula, che riconosceva limiti di “validità” al diritto (penale) positivo, dettati dalla bruciante esperienza del nazismo, qualcuno lo tacciò di aver sposato la causa del giusnaturalismo, abbandonando la visione giuspositivista della quale sino ad allora era stato accreditato. Ci sono volute le magistrali pagine di Giuliano Vassalli per dimostrare la continuità del pensiero del grande filosofo, spiegando che l’aver riscontrato in taluni eccezionali casi zone di “giustizia” insopprimibili da parte del diritto positivo non significava rinnegare la centralità della legge, bensì riaffermarne l’autorità al contatto con l’esperienza giuridica¹⁰.

2. Giustizia del risultato e interpretazione della legge.

Ma indugiamo ancora un momento sulle parole del procuratore generale e chiediamoci se nella specie fosse davvero corretto intravedere un caso di doloroso conflitto tra le ragioni del diritto (positivo) e quelle della giustizia (naturale).

Intanto, si noti che il percorso illustrato nella requisitoria è di tipo esclusivamente giuridico e che le conclusioni dipendono in tutto dalla soluzione di questioni interpretative, in punto di configurazione del fatto di reato, di connotati del dolo e di individuazione del momento consumativo del reato. Poiché è stato dimostrato (soprattutto dalla c.d. ermeneutica giuridica) e non è ormai discutibile che sull’interpretazione della legge incide, se non altro su un piano soggettivo e magari inconsapevolmente, anche la dimensione della giustizia, nel senso che l’interprete è inevitabilmente influenzato nel suo argomentare e nel suo “scegliere” soluzioni anche – se non esclusivamente – dall’accettabilità “morale” del prodotto finito o – se si vuole –

⁸ M. DONINI, *Il diritto penale penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 28, ammette che «chi dagli anni Settanta del XX secolo in poi, è cresciuto con l’imperativo categorico di evitare l’eticizzazione del diritto penale, si ritrova ora, a mente più lucida, a dover ridiscutere molto di questi *slogans*».

⁹ In generale, il tradizionale dibattito tra i sostenitori della separazione tra diritto e morale e gli assertori di varie forme di connessione ha assunto sfaccettature e approfondimenti tali da caratterizzare la filosofia del diritto angloamericana, almeno a partire dal secondo dopoguerra, soprattutto a causa della tragica esperienza di Auschwitz; vi si scorgono fraintendimenti, aspre polemiche, inversione di posizioni, contorte formule di compromesso e l’emersione in definitiva – sul piano operativo – dell’indagine sul tema dei rapporti tra giuspositivismo e diritti umani. Per un’idea in proposito, si possono vedere, tra le ultime posizioni, il positivismo giuridico inclusivo di Kramer, (M.H. KRAMER, *Where Law and Morality meet*, Oxford 2004, passim), e il giusmoralismo di Simmonds (N.SIMMONDS, *Law as a Moral idea*, Oxford 2004, passim), nonché il punto di A. PEÑA FREIRE, *Reasons for Legality: the Moral Ideal of Legality and Legal Positivism: do wicked Rulers Dream of Abiding by the Rule of Law?*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2014, 14, 981 ss.

¹⁰ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, 24 ss.

dalla sua ritenuta tollerabilità-correttezza sociale e politica, una *performance* come quella offerta dal ragionamento esposto in requisitoria finisce per consolidare in maniera sorprendente la bontà delle soluzioni giuridiche formulate-

Infatti, se si premette che la “giustizia” avrebbe imposto la condanna degli imputati per i reati da loro commessi a danno delle vittime, poiché tale conclusione prevede un (almeno) triplice passaggio interpretativo su questioni giuridiche controverse, l’aver abbandonato la prospettiva della “giustizia” solo sulla terza questione, previa ammissione che attorno ad essa il “diritto” non avrebbe consentito altra scelta, significa aver depurato dal virus della precomprensione morale anche le altre due precedenti questioni e dunque aver accreditato le relative conclusioni alla stregua di una “pura” applicazione della legge.

Insomma, il “ritorno al diritto” che il magistrato invoca come “male” necessario sembra semplificare, se non sciogliere, la portata problematica delle questioni interpretative e serve a rassicurare circa l’attendibilità giuridica delle conclusioni raggiunte, seppure ardite e certamente non agevoli, quasi che il colpo di teatro finale conferisca autorevolezza all’intero discorso, blindandone tutti i passaggi.

Non casualmente le critiche rivolte al procuratore generale, e poi alla sentenza della Corte¹¹, hanno riguardato la bontà giuridica dell’interpretazione offerta in punto di individuazione del momento consumativo del reato e si sono sforzate di dimostrare che quelle conclusioni non erano affatto imposte dalle evidenze di una corretta lettura del testo normativo, la quale, di contro, avrebbe imposto o consentito la soluzione inversa¹².

Un artificio retorico, allora, evocato a sproposito in un caso in cui il diritto sarebbe potuto anche andar d’accordo con la giustizia?

Difficile rispondere, perché difficili o comunque disputabili sono le questioni giuridiche sottostanti, prima fra tutte quella della individuazione del momento consumativo del disastro ambientale; vorrei qui però evidenziare che è difficile rispondere perché, in particolare, neppure è affatto scontato, a differenza di ciò che pensava il procuratore generale, verso quale direzione si orientasse l’imperativo della giustizia nel caso di specie.

In fondo l’affrancamento del diritto (positivo) dalla giustizia (naturale) e l’inammissibilità stessa di un conflitto tra le due dimensioni è storicamente predicato perché la soluzione “giusta” ai conflitti da governare con il diritto non emerge in tutti i casi in modo univoco ed immediato, pacificamente percepibile, ricostruibile con facilità,

¹¹ [Cass. Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941](#), in *questa Rivista*, 24 febbraio 2015. La sentenza, tuttavia, non parla del conflitto tra diritto e giustizia evocato dal procuratore generale.

¹² Netta l’opinione di L. SANTA MARIA, *Il diritto non giusto non è diritto*, cit., 75, circa il fatto che nella specie il proscioglimento per prescrizione del reato non potesse in alcun modo essere spacciato come il risultato di un insanabile e drammatico dilemma fra diritto e giustizia. L’A., a dimostrazione della possibilità di un’altra soluzione che egli considera maggiormente fondata, illustra i caratteri dell’evento “di durata” che connoterebbe la fattispecie del disastro consumato ex art. 434, comma 2, c.p. e sostiene che la Corte sarebbe incorsa in errore nel considerare come evento di disastro l’abbancamento di materiali contenenti amianto nelle aree esterne degli stabilimenti e non, invece, la dispersione di fibre di amianto nell’aria per interi decenni, con ciò, tra l’altro, contraddicendo “in corsa” l’interpretazione di evento di disastro che essa stessa si era in precedenza data.

mentre invece in molti di essi è piuttosto strettamente dipendente dal punto di vista prescelto.

In particolare, non è affatto scontato che «la prescrizione non rispon[d]a ad esigenze di giustizia sociale». Alla base della disciplina della prescrizione, invero, sta proprio una esigenza di giustizia sostanziale, che è quella di non sottoporre a processo e (eventualmente) a pena una persona che abbia commesso il fatto molti anni o decenni addietro, in un tempo del quale la società ha finanche perso memoria. L'istituto della prescrizione non è presente nei codici nella prospettiva di frapporre un cavillo giuridico in grado di ostacolare le supreme esigenze della giustizia sostanziale, ma è anch'esso espressione di un bisogno di giustizia, che va coordinato con le esigenze confliggenti, le quali pretendono la pena per ogni torto cagionato, secondo il canone della ragionevolezza. Dunque una sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione non esprime sempre il beffardo trionfo della furbizia processuale, ma si fonda sull'affermazione di una autentica dimensione giustiziale, in astratto meritevole di tutela – a prescindere dalle articolazioni positive della sua disciplina non sempre lineari e coerenti¹³, e al netto delle condizioni di disastro in cui versa la realtà del processo penale italiano – che ha la stessa dignità di quella che esprime la pretesa punitiva e risarcitoria derivante dal riscontro di un reato¹⁴.

Anche sotto questo profilo l'evocazione del “tragico” conflitto che scaturisce dalle parole del procuratore generale è fuor di luogo.

La riprova sta nella motivazione fornita al riguardo, chiamata a illustrare l'ingiustizia (sostanziale) della chiesta estinzione del reato. In proposito si parla di un giudice che «se è convinto della colpevolezza deve sempre cercare di punire un criminale miliardario che non ha neppure un segno di umanità e – prima ancora di rispetto – per le sue vittime». Dunque, l'ingiustizia nell'applicazione della prescrizione al caso concreto risiederebbe nel fatto che l'imputato è un miliardario e che non ha dimostrato umanità e rispetto delle vittime. Ma siamo sicuri che la soluzione “equa” sarebbe invece quella della deroga alla prescrizione quando si ha a che fare con siffatta tipologia di imputati?

¹³ Nella specie, peraltro, neppure veniva in gioco il tema della bontà della disciplina della prescrizione, in relazione alla durata del tempo necessario a prescrivere o alla sospensione o interruzione del suo decorso.

¹⁴ Del resto, la messa in crisi della separazione tra diritto e morale, come è noto, passa attraverso il riconoscimento di una c.d. morale intrinseca del diritto, che riguarda le modalità “procedurali” di formazione e di applicazione del diritto; ad esempio, con riguardo alla regola della adeguata pubblicità delle leggi, L.L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale, 1964 (trad. it. *La moralità del diritto*, Milano, 1986, 205), sostiene che un potere che si esprima solamente in interventi imprevedibili e casuali nelle faccende umane, potrebbe essere considerato ingiusto solamente nel senso che esso non agisce mediante norme conosciute, a prescindere dal contenuto di tali norme, e contrappone questa morale interna (procedurale) a quella esterna (sostanziale), evidenziando che le due morali interagiscono tra loro, essendo talvolta anche in conflitto sulla soluzione del caso. Si è anche posto in luce, del resto, che uno degli argomenti a favore della separazione tra diritto e morale, quello del liberismo politico, è paradossalmente morale e che il diritto positivo stesso, come sistema di valori politico-sociali, esprime una morale positiva (F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, 704 s.). Nella nostra materia anche D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 52, parla della «moralità del principio di legalità quale principio di garanzia, limite invalicabile per l'esercizio della potestà punitiva».

Come è noto nel nostro diritto positivo le due circostanze in questione dovrebbero essere valutate unicamente ai fini della commisurazione della pena, mentre non è prevista deroga all'operatività della prescrizione collegata a speciali fattori di riprovazione morale del fatto quali quelli in discorso. Sarebbe giusto prevedere una siffatta deroga? Sarebbe giusto conferire al giudice un potere discrezionale nell'applicazione della prescrizione in relazione ai casi in cui dal fatto commesso o dalla personalità del suo autore o dalla condotta susseguente al reato egli ricava indici di speciale riprovazione morale del fatto che non consentono alla società di "dimenticare" il reato e il reo e quindi incidono sul diritto dell'imputato a vedersi riconosciuta la causa estintiva?

Anche l'applicazione eguale della legge è di per sé un obiettivo di giustizia e dunque quel giudice che, «convinto della colpevolezza» di un imputato che esibisce una personalità riprovevole, decidesse di «punirlo» forzando a suo sfavore l'interpretazione delle norme compirebbe una scelta immorale; così come sarebbe immorale una deroga legale al regime della prescrizione, legata a valutazioni discrezionali di questo tipo.

3. Moralità e moralismo penale: l'accreditarsi della dimensione parallela.

Lo spunto più stimolante offerto dalle parole del procuratore generale è quello che rivela la manifestazione del bisogno di interlocuzione pubblica della magistratura, la quale sembra sentirsi investita del compito di fornire una spiegazione laica del proprio prodotto, ed in particolare di rassicurare la folla circa la presa in considerazione della "morale" nell'ambito dell'esercizio del potere.

È significativo che, proprio in una narrazione in cui il diritto penale riafferma l'unicità della sua operatività strettamente formale e giuridica, che prevede il rigoroso rispetto delle regole date e condivise, venga contemporaneamente sottolineato il "costo" di un simile percorso; questo richiamo, piuttosto, finisce per mettere a nudo una realtà della decisione giudiziale, in cui assume peso determinante una sorta di ottica paralegale da "resa dei conti", dominata dalla "sostanza" del risultato finale, invece che dalla tensione verso il supremo e irrinunciabile rispetto delle regole.

La sola proclamazione del confronto tra diritto e giustizia – un confronto peraltro antico quanto la storia del diritto – equivale, infatti, al riconoscimento palese della sua esistenza, e denota quanto il giudice sia attento alla "ragionevolezza" e alla "plausibilità" morale del risultato finale, e, dunque, quanto sia esposto ai rischi di condizionamento che la dimensione parallela comporta¹⁵.

¹⁵ Vengono alla mente le parole di Cardozo, quando apertamente spiega agli studenti di Yale che nella realtà capita che il giudice prima percepisce che un certo risultato della causa è quello più desiderabile e dopo cerca il modo per decidere la causa in conformità con tale risultato (B. CARDOZO, *The nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 142 ss.); oppure quelle di Jerome Frank, quando dimostra il «predominio della conclusione» nella logica del giudizio («dal momento che il giudice è un essere umano e dal momento che nessun essere umano nel suo normale modo di ragionare arriva a delle decisioni servendosi del ragionamento di tipo sillogistico [...], è plausibile ritenere che il giudice non possa acquistare un modo di ragionare così artificiale per il solo fatto di mettersi sulle spalle la sua toga di ermellino»: J.N. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930, trad. it. *Il diritto e i giudici*, ora in *Il diritto come profezia. Il realismo*

La fondazione morale del diritto penale riemerge qui in tutta la sua immanenza e connota una patologia pernicioso che potremmo chiamare semplicemente “moralismo penale”.

Si tratta di una degenerazione per certi versi complementare ad altra già molto studiata e rubricata alla voce “populismo penale”¹⁶. Invero, il moralismo, al pari del populismo, pretende di proporsi come una scorciatoia capace di individuare in ogni vicenda giudiziaria esattamente la ragione e il torto, il bene e il male, a prescindere dalle ambiguità e dalle articolazioni del diritto vigente; è virtù della quale sono investiti taluni “sacerdotes”, interpreti e custodi privilegiati di quei precetti, abilitati ad imprimere patenti e bolle, a dispensare lodi e castighi, a selezionare le battaglie “giuste”, accantonando quelle “sbagliate”.

In questo scenario, il deviante è innanzitutto stigmatizzato come un inosservante, che merita riprovazione e non comprensione.

Il “moralismo” costituisce una sorta di variante del “populismo”, avendo in comune con questo il concepire la legge e il diritto positivo come una “sovrastruttura”, talvolta inutile se non dannosa; ma, distinguendosi perché non pretende di intercettare il sano sentimento del “popolo” e interagire con esso, bensì intende forgiarlo laddove sia carente. Secondo le categorie platoniche, il populismo sarebbe demagogico, il moralismo oligarchico.

Se il populismo è vizio della politica penale, al moralismo sembra più incline la magistratura (quando non v’è coincidenza tra le due sfere); non necessariamente la dottrina – a differenza che nel “populismo” – vi scorge una degenerazione. Si è rilevato, di recente, che «nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione, delle quali la magistratura penale tende a farsi portatrice, tanto più quando altri modi e luoghi di responsabilizzazione non funzionano o funzionano male». Non si tratta, si badi, della consueta giagulatoria sulla c.d. supplenza giudiziaria, frammento che si iscrive sovente nella stantia tematica dei limiti dell’interpretazione estensiva; qui si parla di un atteggiamento spirituale, di una predisposizione dell’anima: «il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio»¹⁷.

L’analisi indica che non solo la responsabilità penale presuppone e comporta la riprovazione morale, ma che la stessa responsabilità morale (e politica) si misura alla stregua della responsabilità penale: un connubio che genera crepe pericolose sul sistema delle garanzie, sicuramente facilitato dalla “complessità” del diritto vigente¹⁸.

americano: antologia di scritti, a cura di S. Castiglione, C. Faralli, M. Ripoli, Torino, 2002, 408). Singolare che agli albori del realismo giuridico americano, la rivolta contro il formalismo fu tacciata di immoralità, evidentemente sul presupposto che, invece, il sistema positivo dei concetti e delle leggi fosse di per sé sempre coerente con i principi e le esigenze della morale.

¹⁶ Sul populismo penale, anche per i riferimenti bibliografici, v. le pagine di D. FALCINELLI, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”. Il garantismo costituzionale contro l’illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA- M. ANSELMI-D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 21 s.

¹⁷ D. PULITANO, *Populismi e penale*, cit., 143.

¹⁸ Nota M. DONINI, *Il diritto penale*, cit., 13, che «dove è il delitto a stabilire il lecito – ciò che delitto non è! – abbiamo una società già compromessa o dal troppo penale (anche il non penale appare spesso di difficile o incerta definizione), o da una mancanza di valori autonomi di etica socio-politica (manca un’etica non legale

Riprendo allora l'interrogativo di fondo circa la possibile specifica inclinazione "interna" al diritto penale a generare e impiegare parametri "moralì", e faccio riferimento a un fenomeno che spinge il diritto penale a confrontarsi e a calare la sua operatività su parametri "altri" o "ulteriori" rispetto a quelli della norma penale incriminatrice dettata dalla legge, del fatto tipico che ivi si ricava, del dolo come volontà di realizzazione del fatto tipico, della colpa come violazione evitabile di regole cautelari da rispettare nelle situazione concreta. Come se tali parametri non esaurissero il novero dei presupposti fondanti la responsabilità, ma fossero niente altro che la porta di accesso alla dimensione decisiva in cui si gioca la partita, quella del "giudizio" sul fatto, sul dolo o sulla colpa, della "valutazione" del (potenziale) reo, che si svolge con criteri niente affatto legali, bensì "sostanziali" perché espressione di "ragionevolezza", "plausibilità", "accettabilità", della soluzione alla stregua della "morale condivisa", sintesi del complesso dei valori su cui si fonda una comunità. Come se, in definitiva, prendendo a prestito una efficace immagine¹⁹, il diritto penale dovesse convivere con un suo "doppio" e sulla materia calasse inevitabilmente l'incubo della "dimensione parallela".

Non si può dimenticare che storicamente, una simile "rifinitura" morale è stata giudicata del tutto compatibile con la concezione laica e liberale del diritto penale, perché destinata a ridurre la portata, a selezionare i risultati, ad affinare i criteri di affermazione della responsabilità. Nessuno può negare, infatti, che la nascita della colpevolezza "normativa" e le sue applicazioni concrete – primo fra tutti il "principio" di colpevolezza, inteso come divieto di responsabilità oggettiva – siano state determinate dal bisogno di riduzione della penalità, e che il giudizio di "rimprovero" per il fatto commesso necessario per far caricare sulla pena la "riprovazione" sociale abbia ammodernato i sistemi penali in funzione della garanzia di libertà dei consociati.

Ciò che preoccupa è piuttosto l'effetto di "rimbalzo" che si è determinato dall'accreditamento della "dimensione parallela"; preoccupa la mancanza di protezione contro il rischio dell'eterogenesi dei fini. Per esemplificare l'esistenza e la latenza del rischio non occorre andare troppo lontani, e riflettere proprio sulla vicenda giudiziaria appena citata. Infatti, non è senza significato che nel momento in cui il magistrato "rompe" con la dimensione politicamente corretta del bisogno di tutela, assumendosi la responsabilità di un discorso (pubblico) "sgradito" che porta alla dichiarazione di prescrizione del reato di disastro "ambientale", contemporaneamente sposi due soluzioni interpretative del diritto vigente molto discutibili e assai poco "liberali", quali la riconducibilità del c.d. disastro ambientale alla fattispecie dell'art. 434 c.p., e la configurabilità di un dolo intenzionale, tale solo nel mezzo e non nel fine.

Questo non è che un banale esempio del costo che può comportare l'accreditamento di una dimensione parallela del diritto penale, costruita sul terreno metalegale della "meritevolezza" della pena e della tutela, dell'accettabilità morale del prodotto giuridico.

e non penalistica di comportamento), in quanto frammentata nell'individualismo di singoli o di gruppi le cui ideologie sono oggi un non valore per la generalità».

¹⁹ V. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*, 2014, 895 ss., che segnala le contraddizioni della sentenza "Maldera", sulla distinzione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere.

Ciò significa riscontrare una completa torsione dai dettami liberali, perché la dimensione parallela non serve (più) solo per stabilire se il soggetto che ha violato la legge sia anche responsabile e dunque merita la pena, quanto – e prima di tutto – se egli abbia violato la legge, compiendo un fatto antiggiuridico. La dimensione parallela impregna di sé i presupposti legali della responsabilità, si confonde con essi, e li forgia a piacimento.

Ancora una volta valga il richiamo alle parole del procuratore generale, secondo cui il giudice «se è convinto della colpevolezza deve sempre cercare di punire un criminale miliardario che non ha neppure un segno di umanità e – prima ancora di rispetto – per le sue vittime». Espressione correttissima, che però illustra il rischio dell'inversione-eterogenesi: quello che il giudice si convinca della colpevolezza, nei casi dubbi, proprio perché ha a che fare con un imputato moralmente riprovevole.

Il cerchio si chiude: il diritto penale è chiamato a colmare il vuoto della morale pubblica e a misurarne le capacità di orientamento; ma la morale si ritorce sul diritto penale, condiziona la produzione legale, guida l'interpretazione giudiziale, intercetta i dubbi della dottrina, anche la più liberale.

Del resto, che la responsabilità penale presupponga e comporti (oltre all'accertamento della sussistenza della violazione delle regole legali, anche) «riprovazione» per il fatto commesso fu apertamente riconosciuto qualche anno fa dallo stesso legislatore. Lo proclama – come noto – l'art. 35, comma 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che stabilisce la necessità di legare la dichiarazione di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie al concreto riscontro della idoneità di tali condotte «a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato» (nonché quelle della «prevenzione»).

Con tale generica affermazione, il legislatore esprime la circostanza che il fatto di reato non solo è contrario alla legge penale che ne incrimina la realizzazione, ma è “disapprovato” dall'ordinamento e dunque dalla “comunità”, la quale esprime un giudizio di “biasimo” nei confronti dell'autore. Per cancellarne le conseguenze, dunque, non basta un materiale “risarcimento”, né basta una “rimessione in pristino”: occorre che si “rimargini la ferita” che il fatto ha prodotto nell'ordinamento, una ferita che non è materiale bensì “spirituale”. In pratica, occorre che il reo cancelli le tracce del reato attraverso una condotta che l'ordinamento “approva” tanto quanto ha disapprovato la commissione del reato; occorre che per quella condotta la comunità esprima una “lode”.

4. Moralismo, colpevolezza normativa, motivabilità.

Se il “diritto penale delle dimensioni parallele” può aver trovato un partner concettuale nell'idea della colpevolezza come rimprovero, non sarà inutile sviluppare qualche ulteriore spunto di riflessione sui rapporti tra tale topos dogmatico e l'atmosfera culturale che alimenta e favorisce la ricerca di scorciatoie o parametri alternativi ai protocolli della responsabilità su cui si fonda il diritto penale liberale.

Dicevo che nessuno può mettere in discussione gli enormi risultati in prospettiva liberale raggiunti dall'affermazione del principio di colpevolezza e, dunque, dalla matrice concettuale della colpevolezza normativa, soprattutto negli ordinamenti positivi

più arretrati²⁰. In Italia, la contrapposizione colpevolezza psicologica versus colpevolezza normativa, in effetti, ebbe vita breve, sicché quando la colpevolezza da concetto dogmatico divenne arnese di politica criminale, principio guida della legislazione in grado di arginare gli odiosi modelli di responsabilità senza colpa, quali il versarsi in re illicita, l'inescusabilità dell'error iuris, le finzioni di imputabilità, tutti giurarono sul principio di colpevolezza in quanto espressione della necessità di un collegamento interamente normativo tra soggetto e fatto di reato, che finiva per concepire la dimensione psicologica solo come uno dei suoi eventuali presupposti.

E tuttavia, da alcuni anni non sono mancati studiosi che hanno avvertito i possibili rischi dell'effetto "rimbalzo", o comunque le pericolose degenerazioni del normativismo spinto verso derive quali colpa d'autore, *Gesinnung*, ipersoggettivismo²¹. Gli ultimi passaggi della dottrina, infatti, mostrano lo sforzo di prendere congedo dall'idea "moralistica" della colpevolezza come rimprovero alla persona dell'autore del reato. Ci si è resi conto che il "giudizio" di rimprovero presuppone l'esistenza e l'impiego di parametri ulteriori e diversi da quelli legali che descrivono il fatto di reato e i presupposti di imputazione soggettiva, e che il loro reperimento può inficiare il

²⁰ La "forza" dogmatica del concetto fu così soverchiante da annullare o relativizzare la distanza tra i sistemi positivi in cui la colpevolezza veniva studiata, sino quasi a ignorare la fatale circostanza che un concetto basato sulle norme è inevitabilmente legato al diritto positivo e che, dunque, ciò che è valido alla stregua di un sistema normativo può essere meno valido alla stregua di un altro sistema (T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 823). Infatti, se è vero che mentre il dibattito esibito dalla dottrina tedesca si sviluppa maggiormente sul versante dei rapporti tra colpevolezza e funzioni della pena, la dottrina italiana ha preliminarmente, e tuttora, il suo bel daffare per spandere il "principio" in tutti gli angoli dell'ordinamento, il dialogo dogmatico fra gli studiosi alla ricerca del "contenuto" della colpevolezza procede senza apparentemente risentire delle differenti condizioni di partenza.

²¹ Si veda, per esempio, la reazione che esibì la dottrina più impegnata sul fronte laico-costituzionale (F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino 1973, 67 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, 261 s.), all'impostazione marcatamente etica della colpevolezza normativa proposta con forza in Italia da Giuseppe Bettiol, il quale, soprattutto nell'ultimo decennio della sua produzione, aveva incentrato sulla *Gesinnung* del reo il giudizio di colpevolezza, precisando senza mezzi termini che si doveva valutare così l'atteggiamento del soggetto di fronte a determinati valori della comunità, alle esigenze morali che da questa promanano, in modo da ricavarne il quadro della sua mentalità e del suo orientamento interiore (tra la moltitudine delle opere dedicate dall'A. al tema, G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3 ss.; *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1007 ss.). Alla denuncia della deriva verso una colpa d'autore che in tal modo ci si sarebbe apprestati ad avallare, evidenziando il rischio di pericolose strumentalizzazioni totalitarie, Bettiol, come noto, reagì sdegnosamente mettendo in luce che la valutazione dell'atteggiamento interiore del soggetto doveva aggiungersi alla attenta verifica del momento obiettivo della lesività della condotta e non sostituirsi ad essa, e che dunque il requisito descritto svolgeva un ruolo di ulteriore garanzia, non una scorciatoia semplificatrice (G. BETTIOL, *Sul problema della colpevolezza*, in *Scritti giuridici. Le ultime tre lezioni brasiliane*, Padova, 1987, 13 s.), e quanto all'accusa di infrangere il principio di legalità ribattendo che con «la creazione di una colpevolezza per la condotta della vita» si dà rilievo a «momenti o elementi» che «sono tutti specificati dalla legge anche se – fino ad oggi – non erano stati intesi nel loro preciso e pieno significato» (G. BETTIOL, *Diritto penale*⁹, Padova, 1976, 369. Il brano così prosegue: «Sono state le tendenze soggettive ed il processo di eticizzazione del diritto penale che hanno permesso di gettare uno sguardo sulla psiche del soggetto attivo per individuare una forma di colpevolezza che sinora ai giuristi era sfuggita, mentre intorno ad essa sussisteva già una ricca letteratura di moralisti»). Per una energica difesa del Bettiol garantista, S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, 134 ss.

quadro della legalità e delle uguaglianza per sconfinare nell'arbitrio²²; inoltre, si è provato a "smarcare" il concetto di colpevolezza da quello di retribuzione, da cui è sicuramente marchiato, sin dall'origine, per orientarlo piuttosto agli scopi preventivi della pena, secondo il modello "persuasivo" oggi maggiormente in voga²³.

Ne è uscito un modello più "laico" e "oggettivo" di colpevolezza intesa come motivabilità attraverso norme, che presuppone semplicemente l'accertamento (anche mediante standard) che il soggetto nella situazione concreta fosse raggiungibile dalla pretesa normativa; concetto, questo, capace di fungere da contenitore dei vari istituti che compongono la colpevolezza diversi dal dolo e dalla colpa (principalmente: imputabilità, culpa juris e scusanti), eventualmente integrato e "declinato" in funzione delle esigenze preventive-rieducative attivate dal caso di specie.

Non esamino in questa sede le cadenze di un passaggio che si presenta, in fondo, come un processo di "denormativizzazione" del concetto di colpevolezza e le variabili che esso assume nelle diverse ricostruzioni dei giuristi, una volta preso atto che il tema del "rimprovero" comporta derive moralistiche incontrollabili, superfetazioni concettuali, possibili strumentazioni della personalità in funzione politico-criminale²⁴; qui mi limito a constatare come curiosamente la fuga dal "moralismo" abbia dunque finito per comportare proprio il recupero di quell'idea del "dialogo" tra l'ordinamento e i destinatari delle norme, nella prospettiva della necessità di orientare i consociati e di indirizzarne i comportamenti, stigmatizzata come chimera "populistica" perseguita dai nuovi "semplicisti" del diritto penale²⁵.

E poi interessante chiedersi se, a parte questa "accusa", il concetto di colpevolezza possa davvero esaurirsi in quello di motivabilità o se la prospettiva "moralistica" del rimprovero", così maldestramente evocata dal recente legislatore, costituisca un connotato intrinseco della responsabilità penale, impossibile da debellare, una sorta di damnatio perpetua indelebilmente incisa sulle carni del diritto penale.

In prima battuta, va segnalato il rischio che la motivabilità costituisca niente altro che un espediente terminologico per spostare l'oggetto del rimprovero dal fatto commesso ad un fatto precedente che ha impedito che l'agente fosse raggiunto dalla pretesa normativa al momento della commissione del fatto.

Infatti, mentre rispetto alle figure classiche delle scusanti, tutte spiegabili in termini di (relativa) inesigibilità, si può sostenere che nella situazione concreta in cui il

²² Del resto, già le prime obiezioni al pensiero del Frank e del Goldschmidt, muovevano nel senso che il dualismo tra norma giuridica e norma di dovere mascherava in realtà il dualismo tra norme di diritto e norme etiche e che a queste ultime ci si riferiva parlando dei criteri di valore assunti dall'ordinamento (cfr. L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, 26 ss.).

²³ Esemplare in questa prospettiva il lavoro di R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 47 ss.

²⁴ F. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti novi della colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 933 s., distingue due sviluppi degli orientamenti personalistici della colpevolezza, quello spiritualistico-retributivo e quello utilitaristico-solidarista: il primo, che indaga sulla qualità morale del processo motivazionale, foriero di un «soggettivismo di tipo eticizzante, con qualche rischio di coercizione delle coscienze individuali», il secondo, che ricerca i sintomi di una personalità disadattata, orientato a un «soggettivismo socio-criminologico con qualche rischio di manipolazione della personalità specialmente in fase esecutiva».

²⁵ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 10.

soggetto ha commesso il fatto di reato egli non era (agevolmente) motivabile attraverso i precetti penali e che tale circostanza azzera le esigenze preventive, rispetto alle altre cause di esclusione della colpevolezza, quali le scriminanti putative, l'ignoranza inevitabile della legge penale, l'incapacità di intendere e di volere dovuta a caso fortuito o a forza maggiore, ciò che conta non è tanto la motivabilità del soggetto al momento del fatto, quanto le ragioni della sua riscontrata non motivabilità. Solo lo scrutinio di quelle ragioni produrrà il responso circa la sussistenza della responsabilità: se l'errore è ragionevole, se l'ignoranza non è stata dettata da comportamento negligente del soggetto, se lo stato di incapacità non è dipeso da ubriachezza o intossicazione da stupefacenti volontaria o colposa. Determinante è la verifica circa la correttezza del comportamento che ha impedito al soggetto di non essere motivabile al momento del fatto, la qualità del suo rapporto con i precetti dell'ordinamento in quella preliminare situazione concreta²⁶.

Né la formula della «precolpevolezza», con la quale si cerca di spiegare la deroga al criterio della necessaria coincidenza tra momento del fatto e momento a cui riferire il giudizio di colpevolezza, al di là delle diverse venature con le quali è proposta²⁷, sembra in grado di ricondurre l'accertamento su binari strettamente inerenti ai presupposti legali della responsabilità. Da un lato, infatti, una simile formula comporta una arbitraria dilatazione del fatto di reato, quantomeno a fronte di reati di evento a forma libera, in particolare di reati omissivi impropri, d'altro lato gli elementi del giudizio prescindono completamente dagli indicatori della fattispecie criminosa e riguardano comportamenti non tipici e non necessariamente rischiosi o antiggiuridici o antisociali.

Lo slittamento della situazione concreta da accertare sembra necessariamente comportare il "recupero" del concetto di rimprovero²⁸, poiché, a parità di non motivabilità al momento del fatto, solo il soggetto a cui quello stato sarà rimproverabile, per via di un pregresso comportamento riprovevole, potrà essere condannato. Entra in gioco un "giudizio" e non un accertamento in fatto; e tale giudizio impiega parametri normativi (legali) non corrispondenti a quelli che compongono il precetto penale scaturente dalla norma incriminatrice (c.d. ostilità o indifferenza verso i valori).

Ecco perché, almeno per tali cause di esclusione della colpevolezza non si può prescindere dall'idea del "rimprovero", seppure non è a rischio la tenuta "laica" e "legale" del diritto penale, perché il giudizio circa la adeguatezza del comportamento viene formulato sulla base di precise regole legali o preterlegali, comunque non affidato alla sensibilità personale del singolo giudice.

Si prenda, ad esempio, la c.d. culpa iuris: se l'agente non conosce la norma penale al momento del fatto, egli in quel momento non è motivabile attraverso quella norma. Si

²⁶ E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002, 166 ss., secondo la quale nelle ipotesi di esclusione della colpevolezza previste dal legislatore si prende in considerazione il processo motivazionale per verificare se il soggetto ha manifestato attraverso il suo comportamento disinteresse verso gli interessi protetti dal sistema giuridico, indifferenza o trascuratezza verso i valori dell'ordinamento.

²⁷ Il quadro in R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 19 ss.

²⁸ Evidenzia N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2012, 116, che «un rimprovero penale scollegato dal fatto tipico offensivo rischierebbe di punire un "disvalore di atteggiamento psicologico" che non esprime l'appartenenza del fatto all'autore», bensì una colpevolezza per la condotta di vita.

potrà dire che se l'ordinamento avrà fatto tutto il possibile per fargli conoscere la sua pretesa e, dunque, se l'ignoranza non era inevitabile, il soggetto in ogni momento che precede il fatto possedeva tutte le condizioni per apprendere tale pretesa, e cioè che in questo senso egli poteva essere raggiunto da tale pretesa. Tuttavia, è evidente che in tal modo la condizione di motivabilità subisce un processo di generalizzazione-astrazione del tutto incompatibile con il principio di personalità della responsabilità penale, poiché assume rilievo ciò che ha fatto l'ordinamento (pubblicando leggi comprensibili e attribuendo loro massima diffusione senza fornire informazioni sbagliate al riguardo) piuttosto che ciò che ha fatto il singolo autore del reato. In questi termini, la motivabilità è una condizione potenziale ed astratta, più che un connotato dell'agente²⁹. L'equiparazione fra conoscenza e conoscibilità del precetto è operazione perfettamente plausibile e legittima, ma di natura tutta normativa; come tale suppone un giudizio e una funzionalizzazione politico-criminale³⁰. Pretendere di accomunare i due differenti stati psichici e di collocarli "laicamente" in un concetto "empirico-normativo"³¹ sembra corrispondere alla situazione di chi voleva accumunare dolo e colpa in un medesimo contenitore naturalistico.

5. Torsioni e distorsioni della colpevolezza.

Perciò: è davvero così? La responsabilità penale come rimprovero al soggetto per il fatto commesso è una conquista sotto ogni aspetto, o, accanto agli innegabili traguardi sul piano delle garanzie che la sua affermazione ha comportato si cela un costo da pagare, un inconveniente, un possibile "virus" in grado di incidere su quei risultati e di rendere meno soddisfacente il consuntivo?

²⁹ Tanto è vero, che la dottrina cerca di costruire la colpevolezza nella *culpa iuris* correlandola all'esigibilità del comportamento doveroso di informarsi sulla possibile rilevanza penale del fatto, da indagare caso per caso in base alla presenza di una situazione oggettiva in grado di segnalare all'agente la necessità di informarsi in proposito (c.d. *Anlaß nell'ignorantia legis*) (cfr. R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 153 ss.). A prescindere dal rilievo che così facendo, ancora una volta, si forgerebbe il riscontro della colpevolezza-motivabilità non sul fatto di reato ma su un fatto prodromico quale la conoscenza della legge, la tesi non trova corrispondenza nel diritto positivo, che esclude la responsabilità senza verificare il comportamento dell'agente bensì semplicemente in forza di dati obiettivi ascrivibili all'ordinamento. Più in generale, sulla colpevolezza come criterio ascrittivo, che prescinde da dati psicologici effettivi, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 306.

³⁰ Chiarissime in questo senso le parole di F. PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 958 s., ad avviso del quale «non può dunque sorprendere, e tanto meno scandalizzare, se il giudizio di evitabilità dell'errore "copre", legandoli in una relazione apparentemente innaturale, componenti di responsabilità oggettiva da un lato, ed elementi di *Lebensführungsschuld* dall'altro», nella considerazione che, sconfinando, almeno nei delitti naturali, la *Lebensführungsschuld* verso una colpevolezza per il modo d'essere, o verso una imperfezione della personalità, tali elementi non devono essere oggetto di accertamento processuale, costituendo, invece, «solamente la ragione psicologicamente verosimile di un errore che l'ordinamento, considerandolo evitabile, giudica colpevole».

³¹ R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 76 ss. («la previsione di un giudizio normativo di evitabilità dell'errore e dell'ignoranza non solo finisce per mettere in secondo piano le componenti psichiche attuali ed effettivamente esistenti, ma entra anche in certa tensione con il principio di colpevolezza», 99).

Il principio, nonché il concetto di colpevolezza, luogo dogmatico di fondo del diritto penale delle dimensioni parallele, possono comportare effetti distorsivi sino al punto di determinare un indebolimento delle garanzie e favorire, anziché contrastare, l'espansione dei bisogni di rassicurazione sociale attraverso la prevenzione generale negativa?

In questi termini la domanda sembra davvero paradossale, dato che la contrapposizione "colpevolezza versus prevenzione" sembra un punto acquisito della dogmatica e della politica criminale: alla piena affermazione del principio di colpevolezza dovrebbe corrispondere un arretramento della necessità della prevenzione generale dissuasiva, così come scelte normative che privilegiano tale necessità – magari dietro spinte emotivo-populistiche – trovano nella colpevolezza-proporzionalità un argine con il quale confrontarsi.

E tuttavia, una verifica sul campo delle "applicazioni" della colpevolezza non è inutile, perché un conto sono gli enunciati di principio e un altro la loro attuazione, e perché la colpevolezza ha già dimostrato di potersi coniugare con molteplici esperienze politico-ideologiche, non sempre coerenti con le linee fondamentali del diritto penale liberale, con la democrazia e con la laicità che esso esprime.

La torsione o l'aggiramento dei principi liberali non sempre avvengono a causa di un disegno lucidamente perseguito; sono piuttosto degenerazioni di habitus mentale, disaffezioni del comune sentire, allentamenti di tensioni ideali a renderle possibili³².

La ricerca merita ben altro approfondimento che non quello consentito dalla presente sede. Mi limito qui a riflessioni rapsodiche, solo accennate nei loro contenuti.

5.1. *Il caso delle condizioni intrinseche di punibilità.*

Come "emblema" dell'effetto distorsivo indotto dalla colpevolezza si può assumere la vicenda relativa alle c.d. condizioni intrinseche di punibilità. La categoria è stata valorizzata qualche decennio fa, ben oltre la prospettiva strettamente dogmatica entro la quale sino ad allora era stata racchiusa³³, in nome del principio di colpevolezza, per incuneare nella rigida regola di accolto oggettivo delle condizioni di punibilità un requisito aggiuntivo – prevedibilità dell'evento-condizione – che consentisse di ascrivere comunque un rimprovero al soggetto per la verifica di un evento non estraneo alla sfera dell'offesa³⁴.

³² Osserva giustamente G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità del diritto penale*, Padova, 1990, 343 (in nota), a chiosa degli orientamenti in materia di colpevolezza maggiormente inclini a richiedere una valutazione della personalità dell'autore, a confronto con la personalità richiesta dall'ordinamento, che «una certa visione della colpevolezza non può da sola originare un diritto penale autoritario (specie quando l'intenzione è quella di pervenire ad un criterio di maggiore giustizia sostanziale) se non è accompagnata ad un sistema politico-giuridico autoritario», ma che, tuttavia, «pesanti forme di controllo sociale possono aver luogo anche in stati formalmente democratici».

³³ Antesignano, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 14 ss., sulla scia della distinzione tra condizioni proprie ed improprie formulata ancora prima dalla dottrina tedesca.

³⁴ F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1476 ss.

Dunque, nelle premesse, una soluzione pensata per arricchire il pacchetto delle garanzie e per vulcanizzare una falla del sistema del diritto positivo non in regola con la direttiva imprescindibile che pretende per ciascun elemento che connota la dimensione offensiva del fatto di reato l'imputazione soggettiva almeno per colpa. Una soluzione apparentemente indotta dalla Corte costituzionale³⁵, e seguita anche in talune sentenze della Cassazione,³⁶ in grado di riequilibrare il sistema senza gli sconvolgimenti derivati da abbattimenti di norme in contrasto con il principio di colpevolezza; una elegante via d'uscita "interpretativa", in grado di accontentare tutte le attese e le contrastanti esigenze.

Non interessa qui approfondire l'indagine sulla reale praticabilità sistematica di una simile soluzione, per accertare se davvero possano sussistere elementi ibridi che si situano al confine tra il «fatto» e la «fattispecie», che ineriscano all'offesa pur senza costituire l'evento del reato e se davvero all'imputazione colposa si possa addivenire pur senza una espressa previsione legislativa, come invece richiesto dall'art. 42, comma 2, c.p.³⁷; interessa, invece, sottolineare la ricaduta pratica di una simile escogitazione.

In proposito, basta prendere in considerazione il terreno di elezione delle c.d. condizioni intrinseche di punibilità, rappresentato dai reati contro l'invulnerabilità dei segreti, in cui l'evento della cui natura giuridica si discute è descritto dalle norme nei generici termini di un «nocumento» o del «pericolo di nocumento»³⁸. Si spiega dai fautori della soluzione in questione che si deve trattare di un nocumento non coinvolgente direttamente il bene giuridico protetto, poiché altrimenti non si potrebbe parlare che di evento vero e proprio, imputabile a titolo di dolo secondo la regola dell'art. 43, primo alinea, c.p.; bensì di nocumento che coinvolge un diverso interesse comunque non estraneo al quadro offensivo, e dunque tale da doversi sottrarre anche all'accoglimento meramente oggettivo. Normalmente, il bene giuridico protetto viene visto orbitare nella

³⁵ Già nella importante sentenza n. 1085/1988 la Corte aveva affermato che soltanto gli «elementi estranei alla materia del divieto», tra cui la condizioni estrinseche di non punibilità (dunque non quelle intrinseche), si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27, primo comma, Cost.*, così chiarendo l'altra affermazione, maggiormente enigmatica, contenuta nella storica sentenza n. 364/1988, secondo cui il principio di colpevolezza postula «almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi *più significativi* della fattispecie».

³⁶ V. Cass. Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 17215, rv. 249991, a proposito del «nocumento» che connota la fattispecie del trattamento indebito di dati personali (art. 167, comma 2, d. lgs. 30 giugno 2003, 196); analogamente, a dimostrazione della continuità normativa con la precedente fattispecie in cui tale stremo era invece una circostanza aggravante, imputabile *ex art. 59, comma 2, c.p.*, Cass. Sez. III, 26 marzo 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 2562; Cass. Sez. V, 28 settembre 2011, n. 44940, rv. 251448. Più di recente, la Corte si è orientata invece nel senso di assegnare al «nocumento» la natura di evento del reato (Cass. Sez. III, 5 febbraio 2015, n. 40103, rv. 264798).

³⁷ Per una messa a punto delle critiche alla categoria, V.N. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, 220 ss.; D. FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007, 11 ss., la quale sottolinea anche come l'imputazione colposa delle condizioni di punibilità determini due «strappi» rispetto alla sistematica della colpa, quello inerente al difetto dell'espressa previsione legislativa e quello della irrintracciabilità di una regola cautelare violata.

³⁸ Sostiene F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., 1463 s., che in tali fattispecie i disvalori della condotta base e dell'evento condizione sono eterogenei e tutti costituzionalmente rilevanti, sicché non sarebbe possibile stabilire, sulla sola base del criterio assiologico, se l'offesa insita nell'evento-condizione sia marginale oppure essenziale, e perciò occorre rifarsi ad altri criteri ordinatori, tra cui quello grammaticale.

galassia dei beni di natura pubblica e comunque superindividuale, esprimendo il fatto di reato la violazione della regolamentazione pubblicistica di una certa attività, mentre la condizione di punibilità incide su un interesse specifico del privato che da quella violazione ha subito un pregiudizio o ha corso il rischio di subirlo³⁹.

Sulla base di tali elementi, non è chiaro per quale ragione l'interprete debba rinunciare a seguire la strada maestra che imporrebbe di identificare proprio nell'interesse di natura privatistica il nucleo fondante dell'offesa tipica e quindi di assegnare al «nocumento» il ruolo di evento del reato. È anche questa indubbiamente una soluzione "interpretativa", come tale non stabile e sicura; però si tratta di un passaggio richiesto dalla legge, che non si cimenta nella distinzione tra evento del reato ed evento-condizione e la domanda all'interprete, con gli inconvenienti che ciò comporta sul piano della certezza e della stabilità.

Nel merito, è una soluzione del tutto coerente e lineare rispetto alla riconosciuta "intrinsecità" al piano dell'offesa dell'elemento in questione. Al confronto, la soluzione "intermedia" delle condizioni c.d. intrinseche, presenta la maggior fragilità di una trovata *praeter legem* che si fonda su distinzioni non agevolmente percepibili, complicando ulteriormente il lavoro dell'interprete.

In definitiva, il rischio consistente è che tale trovata, lungi dall'interessare materiale che altrimenti sarebbe stato "trattato" con il vieto canone della responsabilità oggettiva, finisca per sottrarre lo stesso materiale all'imputazione dolosa a cui sarebbe stato assegnato sulla base di un semplicissimo criterio: ciò che comunque attiene all'offesa fa parte del fatto di reato e, dunque, nei delitti dolosi deve essere oggetto di rappresentazione e volontà⁴⁰.

Nella prospettiva della dottrina che l'ha proposta e della giurisprudenza che l'ha accolta, la confortevole categoria delle condizioni intrinseche vede nella colpa la camera di compensazione delle tensioni tra colpevolezza e prevenzione, un luogo adeguato per liberarsi delle forme di accollo puramente oggettivo senza consegnare ai giudici l'arduo compito di scavare alla ricerca della diabolica prova del dolo⁴¹. Il canone del

³⁹ Scrive, per esempio, M. ROMANO, *Commentario del codice penale*³, vol. I, Milano, 2004, 473 s., che in tali reati nella considerazione legislativa l'oggetto della riprovazione etico-sociale è dato dall'abuso e dalla rivelazione, non già dal pericolo e dal nocumento, i quali si limitano invece a circoscrivere l'intervento punitivo.

⁴⁰ Secondo D. FALCINELLI, *Le soglie di punibilità*, cit., 17, «la confezione delle condizioni intrinseche si [è] rivelata di particolare ausilio nel fornire il luogo di raggruppamento unitario per tutta una serie di veri e propri elementi costitutivi del fatto, ad imputazione senz'altro dolosa e per questo verso surrettiziamente trasformati in requisiti colposi».

⁴¹ È interessante la consultazione della giurisprudenza in tema di omissione di soccorso stradale, fattispecie delittuosa punibile ai sensi del testo aggiornato dell'art. 186, comma 6, d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285, e relativa all'utente della strada che «*in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento [...] con danno alle persone, non ottempera all'obbligo di fermarsi*». L'orientamento più "realista" ha subito catalogato il «danno alle persone» come condizione di punibilità invece che come evento del reato, con ciò escludendo che l'agente debba rappresentarsi la circostanza che egli con la sua condotta di guida abbia causato tale danno, ed accontentandosi della consapevolezza di una situazione "concretamente idonea" alla causazione del danno – poiché «una diversa interpretazione [...] limiterebbe l'ambito di operatività della fattispecie ai soli casi di macroscopica e immediata evidenza di lesioni o di morte» – laddove il requisito non scritto della concreta idoneità pericolosa prende disinvoltamente il posto del dolo e, in definitiva, fonda un rimprovero implicito

“rimprovero” al reo per ciò che ha causato con la propria condotta mostra un’ottima capacità prestazionale, sia sotto l’aspetto dell’efficienza del sistema sia sotto l’aspetto del “consenso” in grado di coagulare.

Nata con l’idea di trovare una casa comune ai due opposti mondi del dolo e della colpa, la colpevolezza normativa tende a far coincidere proprio con la colpa l’essenza del rimprovero per il fatto commesso; infatti, poiché lo schema concettuale del rimprovero utilizza per definizione parametri comportamentali come modelli di riferimento a cui rapportare la pretesa normativa e, più in generale, le aspettative dell’ordinamento, consistendo il rimprovero all’agente nella prospettazione di un “dover essere” esigibile ma violato, è naturale che una simile struttura logica trovi nella colpa il suo terreno elettivo. Quando Delitala afferma che «il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre» e aggiunge che «il carattere di fatto colpevole deriva da ciò che l’agente ha agito, consapevolmente o meno, in modo difforme dal modo in cui doveva agire, o, in altre parole, diversamente da come l’ordinamento giuridico voleva che agisse»⁴², detta una definizione di colpevolezza perfettamente coincidente con quella di colpa. La definizione della colpevolezza replica quella di colpa, una volta stabilito che nel dolo la volontà rileva in quanto oggetto di rimprovero. Non ti «dovevi» comportare così; non «dovevi» volere ciò che hai voluto compiere! Nell’atmosfera normativa della colpevolezza conta solo il dover essere.

È pur vero che nel dolo, secondo il protocollo, il giudizio di rimprovero interviene solo allorché si sia già “altrimenti” stabilito che l’agente ha voluto realizzare il fatto e, dunque, un simile giudizio non coincide né si esaurisce nel giudizio (accertamento) sulla sussistenza della volontà, né la sua prospettiva dovrebbe condizionarne l’esito; tuttavia, non si deve dimenticare che la “partita” finale si gioca in ogni caso sul rimprovero all’agente per il fatto commesso, sicché è ben possibile – al di là degli insegnamenti degli “intuizionisti” – che lo sforzo del giudice si concentri su tale partita decisiva (“l’imputato è rimproverabile o no?”), eventualmente sottovalutando la delicatezza dei passaggi intermedi (“l’imputato ha voluto il fatto o no?”).

La rinuncia alla battaglia sull’accollo doloso delle c.d. condizioni intrinseche, che altro non sono che l’evento del reato, si spiega allora con la predisposizione mentale dello studioso e dell’interprete che preferisce giocare subito la battaglia finale per la colpevolezza, assicurandosi comunque il lusinghiero risultato di escludere la

di colpa (tra le tante, Cass. Sez. IV, 12 novembre 2002, n. 3982, rv. 223499; Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 21414, rv. 247369). Si noti che l’orientamento più “garantista” che, invece, richiede il dolo, si “accontenta” di un dolo eventuale “edulcorato” o “soft”, e descrive tale situazione in modo non molto diverso dall’orientamento antagonista (Cass. Sez. IV, 10 aprile 2006, n. 21445, rv. 234570: «la consapevolezza che la persona coinvolta nell’incidente ha bisogno di soccorso può sussistere [...] quando l’agente consapevolmente rifiuta di accertare la sussistenza degli elementi in presenza dei quali il suo comportamento costituisce reato, accettandone per ciò stesso l’esistenza»).

⁴² G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Padova, 1976, 63.

responsabilità in mancanza di rimproverabilità del soggetto agente per il fatto offensivo commesso⁴³.

Con l'affermarsi della colpevolezza normativa la vicenda della distinzione tra il dolo e la colpa e, dunque, tra la volontà e la non volontà del fatto tende a perdere centralità, perché in primo piano nell'agenda dello jus conditum come dello jus condendum si pone non il dato psicologico che lega l'agente al fatto, ma il giudizio su quel legame; conta, cioè, il punto di vista dell'ordinamento e non più quello del soggetto agente⁴⁴.

5.2. Il caso delle scriminanti putative.

Ma il "costo" della colpevolezza normativa non si esaurisce nella rinuncia dell'interprete a lottare per il dolo quando può avere la colpa; se si trattasse solo di questo, sarebbe un costo del tutto tollerabile in confronto al beneficio consistente nella messa al bando della responsabilità oggettiva, almeno in un ordinamento come quello italiano, in cui tale battaglia non è affatto conclusa, fra le ambiguità del diritto vigente e le resistenze del diritto vivente.

Ben altri sono i campi in cui l'osmosi dolo-colpa e la metamorfosi dell'essere in dover essere attecchisce e produce alterazioni, incidendo nell'atmosfera culturale che prepara l'interpretazione e la pratica giudiziaria, nonché la produzione normativa.

Svolgo di seguito qualche cenno rapido puramente esemplificativo.

Il caso più eclatante di interpretazione giudiziaria contra legem, resa possibile e poi sorprendentemente tollerata dall'atteggiamento spirituale dei giuristi volto a fondare la responsabilità penale sul "rimprovero", è quello delle scriminanti putative.

In questa materia, come è noto, il codice penale italiano contiene una norma (art. 59, comma 4) che può suscitare qualche perplessità, non essendo comunque agevole equiparare l'errore sul fatto di reato all'errore sul fatto che costituisce la scriminante. Il legislatore che l'ha concepita ha ritenuto di poterlo fare, verosimilmente sulla base della nozione puramente psicologica dell'elemento soggettivo del reato imperante all'epoca,

⁴³ Chiarissimo, in questo senso, il pensiero di F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., 1491: «non si può insieme concedere [...] che il legislatore in questo modo sia libero di sottrarre al principio di colpevolezza elementi carichi di disvalore, solo perché li inserisce nella fattispecie etichettati come *cdp* [...]. Libero sì il legislatore, entro certi limiti, di qualificare *cdp* un qualsivoglia evento (così sottraendolo all'imputazione dolosa, *ndr*), ma nel contempo non libero certamente di effettuare a priori tutte le *cdp* (offensive) dal giudizio del tribunale della colpevolezza».

⁴⁴ Palese figlia di questa visione è la sentenza della Corte costituzionale n. 322/2007 nella materia dell'errore sull'età della persona offesa nei reati sessuali (art. 609 *sexies* c.p.), in cui il superamento della responsabilità oggettiva, poi consacrato dal legislatore (l. 1° ottobre 2012, n. 172, che ha anche esteso la regola dell'equiparazione a tutti i delitti in materia di violazione della libertà individuale, introducendo l'art. 602 *quater* c.p.), ha comunque comportato l'equiparazione della conoscenza effettiva di un elemento del fatto alla sua conoscibilità, pur senza distinzione del titolo del reato, che rimane unicamente doloso. E siccome tale equiparazione presenta un indubbio *appeal* nella pratica, soprattutto nei casi in cui la prova concernente un dato psichico effettivo non è agevole da raggiungere, il legislatore ha pensato di ricorrervi anche in altri campi, come in quello della tutela dei marchi e dei segni distintivi (cfr. art. 473 c.p. nel testo novellato e art. 517 *ter* c.p., entrambi introdotti con la l. 29 luglio 2009, n. 99).

estendendo l'oggetto del dolo anche alle scriminanti. È una norma che apre una serie di interrogativi non semplici e non solo di tipo dogmatico, ma che tuttavia dovrebbe essere scrupolosamente osservata da parte della giurisprudenza, data la portata del suo chiaro tenore letterale.

Invece, viene per lo più elusa dal diritto vivente, e non ciò quella parte della dottrina che ritiene che la norma esclude la colpevolezza e non il dolo trova una conferma della propria impostazione⁴⁵. Infatti, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'errore che esclude la punibilità ai sensi dell'art. 59, comma 4, non solo deve essere sussistente e dunque provato; è necessario che presenti, inoltre, un requisito *qualitativo*, in particolare che sia *ragionevole*⁴⁶, vale a dire che la sua genesi sia compatibile con l'osservanza di norme di "tratto" e di "correttezza" e che la sua portata non denoti disinteresse verso i precetti dell'ordinamento, aprioristica insensibilità alla pretesa normativa. Quasi che, nonostante il diritto vigente parifichi la disciplina dell'errore sul fatto che costituisce il reato a quella dell'errore sul fatto costitutivo della scriminante, il giudice voglia riaffermare la differenza ontologica delle due situazioni, deviando la seconda sulla dimensione parallela del dover essere, e trattando così l'errore rimproverabile, perché dovuto a colpa, non con il titolo colposo bensì con quello doloso del reato commesso⁴⁷.

Atteggiamento analogo, del resto, è quello esibito dalla giurisprudenza in materia di dolo nel delitto di calunnia (art. 368 c.p.), laddove lo stato psichico del dubbio attorno alla innocenza dell'incolpato dovrebbe giovare all'imputato, richiedendo la norma espressamente che la condotta sia posta in essere con la certezza (piena consapevolezza) di tale condizione. Sul punto, eppure, si leggono massime che demandano al giudice di approfondire la *causa* del dubbio, per escludere la responsabilità solo allorché si tratti di un dubbio "ragionevole", vale a dire «fondato su elementi di fatto tali da ingenerare dubbi condivisibili da parte del cittadino comune che si trovi nella medesima situazione di conoscenza»⁴⁸; ciò, con la conseguenza che in

⁴⁵ Sulla spiegazione dogmatica della non punibilità per la scriminante putativa – come è noto – molteplici sono le risposte, dividendosi gli studiosi tra chi vi ravvisa una esclusione del dolo (C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 61 ss.), quanto meno nella dimensione dell'illecito (G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 833 ss.; A.CAVALIÈRE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 505 ss.), e chi una esclusione della (sola) colpevolezza (D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 87, 112; PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 234 ss.; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Napoli, 1993, 415 s.).

⁴⁶ Cass. Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 4337, rv. 233189 Cass. sez. I, 24 novembre 2009, n. 3464, rv. 245634; Cass. Sez. VI, 15 aprile 2011, n. 20944, rv. 250065; Cass. Sez. V, 6 ottobre 2011, n. 5935, rv. 252156, richiede apertamente un «errore incolpevole» per escludere la punibilità della diffamazione.

⁴⁷ Per un riassunto del fenomeno, anche in relazione all'ipotesi più nota concernente l'errore circa la verità del fatto nell'ambito della cronaca giornalistica, mi permetto un rinvio a D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*², Torino, 2013, 215 ss.

⁴⁸ Cass. Sez. VI, 15 giugno 2012, n. 29117, rv. 253254; Cass. Sez. VI, 6 novembre 2009, n. 46205, rv. 245541. Per una esposizione della tematica e la critica ad un orientamento che finisce per accollare a titolo di dolo un reato sulla base di un rimprovero esclusivamente colposo, nonché per la distinzione tra il profilo sostanziale e il profilo di mero accertamento processuale nel ricorso al criterio della ragionevolezza, L. MASERA, *Contributo allo studio del delitto di calunnia*, Brescia, 2012, 59 ss.

presenza di un dubbio irragionevole, e dunque dovuto a colpa, il soggetto è nondimeno rimproverabile – come individuo sprovvisto di disattenzione, negligente – e finisce per rispondere di un delitto doloso.

5.3. Il caso del dolo eventuale.

Ma il caso più impattante che mette capo a uno scorrimento della colpa sul dolo, stavolta senza palese contrasto con il diritto vigente, ma nell'ambito dei misteri applicativi di una figura universalmente condivisa, è quello del dolo eventuale. Non è qui possibile ripercorrere neppure in sintesi le posizioni dottrinarie in proposito, né tracciare una mappatura degli approdi giurisprudenziali, peraltro non agevoli da schedare, data l'inscindibile connessione tra fatto e diritto che la materia esprime.

Interessa soprattutto mettere in luce attorno a quali strutture di pensiero siano organizzati i contrafforti dottrinari posti a gelosa difesa della dimensione autenticamente volontaristica del dolo eventuale, una volta identificato il "nemico" da combattere nella deriva normativistica a cui indulge troppo spesso il diritto vivente⁴⁹.

Il tema, come è noto, è di grande attualità perché su di esso sembrano giocarsi le migliori chances di affermazione del diritto penale securitario, in materia di lavoro e di ambiente, come in materia di ordine pubblico in senso ampio; il che vale a dire "ad ampio spettro", poiché si parla di settori "sensibili" politicamente e per differenti, se non opposte, ragioni. Sulle virtualità applicative del dolo eventuale, in sostanza, riposano le aspettative di chi pensa ad un ruolo politico attivo del diritto penale, ritenendo che un simile arcaico e bistrattato ordigno possa ancora sedersi al tavolo degli ospiti di riguardo allorché si dibatta di tecniche operative da contrapporre al declino della civiltà occidentale.

Invero, pare davvero singolare che il "rilancio" della sfida penalistico-populista ai fenomeni criminosi del nostro tempo debba partire o comunque corroborarsi proprio sulle capacità funzionali di una nozione dai contorni talmente sbiaditi e sfocati da generare esiti processuali tra i più imprevedibili e socialmente incomprensibili⁵⁰; a parte ciò, il problema che la dottrina più sensibile si trova ad affrontare riguarda l'individuazione di criteri operativi che consentano l'applicazione del dolo eventuale sul terreno – sino a poco fa di esclusiva competenza della colpa – del c.d. contesto lecito.

Al riguardo, è evidente il rischio di sfioramento che comporta la concezione secondo la quale la differenza tra dolo e colpa si esprime unicamente in termini quantitativi, una volta affermato che entrambi i criteri di imputazione soggettiva esprimono gradi di rimproverabilità soggettiva per il fatto commesso. Ed è altresì chiaro

⁴⁹ Una indicazione in senso antinormativistico, tuttavia, sembra provenire da Cass. Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426, nella cui ricchissima motivazione comunque non si rinuncia all'impiego di indici sintomatici di marca strettamente obiettiva (lontananza dalla condotta *standard*, durata e ripetizione della condotta, probabilità di verificazione dell'evento, contesto lecito od illecito).

⁵⁰ Sulla fragilità concettuale ed operativa del dolo eventuale, L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo eventuale (salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)?*, in *Il "mistero" del dolo eventuale*, a cura di D. Brunelli, Torino, 2014, 135 ss.

alla dottrina che il rischio in questione si possa scansare solo se si riaffermi una differenza qualitativa tra dolo e colpa, quella plasticamente resa dalle scansioni dell'art. 43 c.p.⁵¹

Così, la necessaria ricollocazione della volontà al centro del dolo (anche eventuale) è la premessa – secondo la dottrina – per delineare in maniera razionale e plausibile il suo campo applicativo⁵², anche nel territorio del rischio lecito, eventualmente attraverso l'impiego produttivo di "formule" classiche, troppo presto cadute in disuso. Lo "svolgimento" del compito deve comprendere, allora, l'indagine sulla motivazione che ha spinto il soggetto ad agire, senza che ciò comporti cadute in terreni poco raccomandabili quali quello "intuizionistico" dell'atteggiamento interiore del reo, del suo "animus", della sua "moralità".

Il giudice, dunque, dovrebbe "sporcarsi le mani" nel controllo sulle motivazioni che hanno spinto il soggetto ad agire alla ricerca della "decisione" rimproverabile contro il bene giuridico. La dottrina individua il luogo dogmatico di una simile ricerca proprio nel capitolo della "colpevolezza dolosa", raffinato momento di verifica della calibratura personalistica del fatto attorno al suo autore, richiesto dall'art. 27, comma 1, Cost⁵³.

Il disegno dogmatico operativo è chiaro: come sempre, nella tradizione della colpevolezza normativa, il giudizio di rimprovero per la volontà del fatto si aggiunge e non si sostituisce all'accertamento della sussistenza in concreto di tale volontà, presupponendo che un simile accertamento sia avvenuto; ma il pericolo dell'eterogenesi dei fini è dietro l'angolo. Il diritto vivente dà mostra di non aver affatto percepito la distinzione logica e concettuale dei due piani e finisce per surrogare l'uno con l'altro: il giudizio sulla accertata volontà si confonde e si consuma come un giudizio che "serve" per accertare la volontà, proprio perché non si è mai risolto in termini chiari e soddisfacenti il nodo problematico di un siffatto accertamento.

Se si aggiunge, ovviamente, che il giudizio sulla "qualità" della volontà e sui connotati della rappresentazione, implicando l'adozione di un punto di vista "esterno" rispetto a quello del soggetto agente, inevitabilmente risulta misurato sulle pretese del dover essere, ancora una volta risulterà decisivo il rimando alla dimensione parallela.

In tal modo, la sponda normativa offerta dal concetto di colpevolezza si conferma un comodo approdo per collocare sul piano del dover essere i termini di accertamento del dolo eventuale. Lungi dal "selezionare", la dimensione del rimprovero, "esclude" qualunque altro parametro, fagocitando i passaggi logici ed esercitando nei confronti del giudice un irresistibile fascino attrattivo.

Come nella colpa, così, anche nel dolo occorre valutare il comportamento del reo alla stregua di parametri esterni, ed è inevitabile che il giudizio sulla colpa impieghi la stessa scala di valori di quello utilizzato per il dolo; il passaggio finale è scontato: tra

⁵¹ Una posizione più articolata è quella esposta, invece, da G. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Il "mistero"*, cit., 153 ss., tendente a valorizzare la dimensione intellettuale del dolo in relazione al contesto e gli sviluppi causali della decisione di agire.

⁵² A sostegno delle teorie volontaristiche si segnala, tra gli altri, l'imponente lavoro di G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010.

⁵³ M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Il "mistero"*, cit., 104 ss.

dolo (eventuale) e colpa (cosciente) la differenza è solo quantitativa, e concerne il giudizio sulla (in)tollerabilità del rischio a cui il soggetto ha deliberatamente esposto il bene giuridico⁵⁴.

Come si può sperare di ricondurre al centro dell'indagine sul dolo il suo momento volontaristico – cioè il suo dato più squisitamente naturalistico-psicologico – proprio al fine di affrancarlo dall'ingombro normativo della colpa, recuperando la dimensione della “colpevolezza dolosa”, cioè il suo dato più squisitamente normativo-sociale?

È vero che il “tramonto del dolo” non passa dalla soppressione del momento volontaristico a scapito di quello rappresentativo, e che, in altri termini, non è correlato all'ipotizzato “successo” della teoria della rappresentazione, dipendendo, invece, dalla “normativizzazione” di tutti i suoi momenti, a cominciare da quello rappresentativo, vale a dire dalla surroga della rappresentazione con la mera rappresentabilità; ma è altrettanto da segnalare che l'indagine sui motivi dell'azione in presenza di una condizione di rischio non tollerato per il bene giuridico, finisce inevitabilmente per valutare quanto quei motivi siano validi, accettabili, se presuppongono o meno un rispetto complessivo dei valori dell'ordinamento, alla stregua di una inattaccabile “morale” *super partes*.

Così facendo si demanderebbe ancora una volta alla morale il compito di scrivere la distinzione tra dolo e colpa. Nella dimensione parallela regna l'arbitrio e non la garanzia: non solo perché quella “morale” non è affatto univoca (ad es.: è “accettabile” la motivazione del risparmio di costi da parte dell'imprenditore?).

L'esame e la valutazione dei motivi, in una prospettiva strettamente volontaristica, andrebbe invece espletata, solo per verificare se – a prescindere dalla loro “moralità” – essi erano talmente imperiosi, irrinunciabili e intrattabili per il reo da non poterlo far desistere ad alcun costo dall'azione. Occorrerebbe considerarli – nei limiti del possibile, epurandoli dalla fallacia delle ricostruzioni *ex post*⁵⁵ – da un punto di vista strettamente psicologico, centrato sul reo e non sull'ordinamento; solo in prospettiva

⁵⁴ In questa prospettiva, la posizione più netta in Italia è quella di S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 152 ss., il quale, dopo aver premesso che la specifica identità del dolo eventuale è composta dall'elemento volitivo, sia pure attenuato, e da una condotta particolarmente qualificata sul piano del rischio, sostiene che al fine di distinguere il dolo dalla colpa non basta però una valutazione dell'avvenimento esteriore, occorrendo anche una «indagine concernente la partecipazione interiore dell'agente in rapporto ai dati osservabili». Ebbene, proprio perché tale indagine ha ad oggetto i «dati osservabili», cioè quello che si vede all'esterno, è chiaro che la partecipazione interiore si risolve in un predicato di tali dati. Sulla stessa linea, dopo la presa d'atto delle inevitabili generalizzazioni e astrazioni che comporta l'indagine sulle motivazioni dell'agente patrocinata dalla dottrina più recente e finanche l'impiego della c.d. formula di Frank (essa «non mira a definire il dolo eventuale come fenomeno psicologico, ma piuttosto a fornire un criterio di accertamento decisamente *normativo*»), K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 490 ss., che critica la decisione assunta dalla Corte sul rilievo della inaffidabilità di un criterio che desume l'assenza di una scelta consapevole in quei casi in cui l'evento collaterale causato non è comparabile con l'obiettivo perseguito (risparmio aziendale).

⁵⁵ Per la messa in guardia circa l'attendibilità scientifica dello scrutinio dei motivi e dell'intenzione nel dolo eventuale, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione delle fattispecie penali tra sintassi, semantica e pragmatica linguistica, in Il problema dell'interpretazione*, cit., 144.

interna rispetto alla sua psiche, senza operare raffronti o paragoni, propri del dover essere.

Il codice penale vigente scolpisce magistralmente la differenza “ontologica” tra dolo e colpa non solo ricorrendo alla metafora dell’assecondamento e della contrarietà del fatto commesso all’intenzione criminosa, ma anche parlando a proposito del dolo della sua “intensità” e a proposito della colpa del suo “grado”. La scelta delle parole non sempre è casuale: quell’attento legislatore voleva rendere per loro tramite l’idea che il dolo si esaurisce e si misura all’interno della sfera psichica del reo, mentre la colpa si parametrizza all’esterno di esso secondo una scala che va da un grado minore ad un grado maggiore di “accettabilità” del rischio attivato con la condotta.

Non so se il criterio legale lasci spazio alla “colpevolezza dolosa”, con il corollario dello scrutinio sulla qualità dei motivi; dubito, però, che quel luogo dogmatico costituisca l’ambiente più adatto per tracciare un argine alla normativizzazione del dolo.

6. Legge e dimensione parallela.

Parlare di una “fuga” del legislatore sulla dimensione parallela sembrerebbe di per sé impossibile, dal momento che, una volta invasa dal diritto vigente, quella dimensione diverrebbe quella propria e legittima, l’unica su cui giocare la partita del diritto. Se il legislatore – come talvolta fa con eccessiva disinvoltura – rimanda alla “morale” condivisa, al sano sentimento del popolo, o se fonda la responsabilità su parametri diversi da quelli riferibili alla commissione del fatto, ne possono risultare norme incostituzionali per difetto di determinatezza-precisione, o in contrasto con altri principi costituzionali⁵⁶, ma non alterazioni concettuali o metodologiche. Di approdo non consentito nella dimensione “parallela” sembra dunque possa parlarsi solo nel momento applicativo del diritto, nella valutazione del diritto vivente.

Invero, tuttavia, assistiamo di recente a tentativi messi in campo dal legislatore di recuperare suoi spazi di intervento operativo nella materia penale, attraverso la limitazione della smisurata discrezionalità giudiziale che l’assenza di serie riforme ha in precedenza liberato. È come se in legislatore – proprio volendo giocare un ruolo primario nel fornire risposte penali concrete agli sbandierati bisogni di pena che provengono dal popolo – esprimesse la volontà di sedersi al tavolo accanto al giudice, per guidarlo in modo più incisivo nelle sue decisioni.

Naturalmente la tendenza in sé sarebbe niente affatto deprecabile, ed anzi deve considerarsi anomala la vieta opposta modalità con la quale in precedenza si scaricava sulle spalle dei giudici la responsabilità di forgiare una vera e propria politica penale; tuttavia, in taluni di tali tentativi di riappropriazione del ruolo di arbitro del penale, la legge sembra concepita giustappunto per incoraggiare il giudice a invadere la dimensione parallela, invece che per fornirgli strumenti chiari e lineari attorno ai quali riscontrare la responsabilità penale per il fatto commesso.

⁵⁶ Si pensi alle forti tensioni con il principio di colpevolezza per il fatto che genera la disciplina dell’*actio libera in causa* e delle c.d. finzioni di imputabilità presenti nel codice italiano (per una sintesi aggiornata, A. MENGHINI, *Actio libera in causa*, Padova, 2015, 237 ss.).

È come se il legislatore, contendendo al giudice la scena, si calasse sul terreno operativo per farsi giudice del caso concreto, mediante uno strumentario “moralistico” proprio del diritto penale delle dimensioni parallele.

Vediamo taluni di questi casi, anche qui evocati in modo del tutto esemplificativo.

6.1. *Il caso della colpa medica.*

Si può annoverare al diritto penale delle dimensioni parallele di “creazione legislativa” il testo normativo del c.d. decreto Balduzzi (art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012, n. 189), chiamato di recente a comprimere l’area della responsabilità colposa del medico e a fronteggiare il deprecabile fenomeno della medicina difensiva.

Su tale testo sono state già espresse una fantasmagoria di opinioni e un consistente numero di sentenze di legittimità⁵⁷. Anche in questo caso mi sottraggo all’onere del riassunto e cerco di collocare la norma nell’ambito del tema.

Essa non percorre – come era forse auspicabile – la strada del taglio “lineare” alla responsabilità colposa del medico, attestato una volta per tutte sul terreno della colpa grave, ma introduce una “causa di non punibilità” della «colpa lieve» che il medico si deve essere “meritato” nel caso concreto, per aver rispettato comunque «linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica».

Qualche considerazione sul contenuto della norma. Intanto è evidente che le linee guida e le buone pratiche – al di là della loro difficile e controversa identificazione concreta – da intendersi comunque come strumenti di gestione del rischio clinico validi ex ante e per una generalità di casi, sono evidentemente quelle pertinenti nella situazione concreta, dettate specificamente per regolare il comportamento da tenere in quel caso. Non si riferisce il legislatore né ad una condotta di vita “anteatta” del medico o a un atto medico precedente quello incriminato, né al rispetto di regole altre nel trattamento del caso (esatta diagnosi secondo linee guida, ma cattiva terapia); la fuga nella dimensione parallela non è così plateale, come nelle ipotesi della c.d. precolpevolezza.

Neppure si tratta della codificazione di una causa di esclusione di una forma di colpa per assunzione, che invece ben potrebbe residuare con riguardo al complessivo bagaglio di esperienza, di preparazione e di formazione del medico, in relazione alla negligenza, imperizia o imprudenza esibita nella commissione del fatto.

Dunque la colpa (non lieve) deve consistere nel non aver disatteso le linee guida e le buone pratiche, quando nella specie quelle regole evidentemente andavano violate o comunque si doveva osservare una cautela maggiore di quella raccomandata in generale; si tratta di colpa non lieve o perché non c’erano ragioni specifiche che impedivano di tenere il comportamento doveroso (stanchezza, poca organizzazione del reparto, difficoltà di individuazione del problema) o perché il comportamento doveroso

⁵⁷ Il quadro aggiornato è contenuto in C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)](#), in questa Rivista, 27 giugno 2016.

era evidente e il medico-burocrate con uno sforzo non eccessivo poteva rendersi conto che non era il caso di adottare le linee guida o le buone pratiche.

Non è chiaro perché solo in questo caso molto particolare si disponga l'esonero da responsabilità per colpa lieve. La scelta sembra del tutto arbitraria perché invita a distinguere: se il medico è fortunato e il caso è disciplinato o riconducibile a buone pratiche codificate o tracciabili allora non risponde di colpa lieve; ma se il caso non è disciplinato dagli strumenti di gestione del rischio, in quanto nuovo, anomalo o particolare, egli è sfortunato perché a parità di colpa risponde.

Evidente che il legislatore ha sviluppato questa "acrobazia" essendo convinto che il medico, per meritarsi l'esonero da responsabilità, debba aver fornito una prova di "moralità", dimostrando di conoscere a sufficienza la materia e di aver applicato le regole generalmente valide. Solo a questa condizione scatta l'esenzione, evidentemente perché non si può muovere un rimprovero adeguato alla responsabilità penale per colui il quale si è comunque (seppure per colpa lieve) affidato alla disciplina generale e da queste eventualmente sia stato indotto in errore. Se manca siffatto parametro la colpa resta quella ordinaria.

In questo senso si può parlare di un legislatore che rifornisce il diritto penale delle dimensioni parallele, proprio perché, in definitiva, attraverso la norma in questione non fa altro che accreditare una regola di giudizio, non a caso collocata ben presto dalla dottrina nella casella dogmatica della colpevolezza colposa⁵⁸. Autorizza il giudice a ignorare il profilo della colpa lieve qualora il rimprovero personale per la violazione della regola cautelare non possa giovare del riscontro di una violazione anche della correttezza "generica" dovuta nella situazione concreta, anche della "moralità" di base che esprime la comunità settoriale.

L'interrogativo è se il gioco valesse la candela. Una volta stabilito il contenuto del messaggio rivolto al medico ("se ci sono linee guida e buone pratiche devi rispettarle perché potrai molto probabilmente essere esonerato dalla responsabilità") e girato al giudice ("a differenza di quello che hai fatto finora io ti accredito le linee guida e le buone pratiche, non le puoi liquidare a chiacchiere da bar e dunque se un medico le ha rispettate ci devi pensarci due volte prima di condannarlo"), l'effetto perverso sembra dietro l'angolo, non tanto difficile da scorgere: nei casi in cui il medico non ha rispettato le linee guida o in quelli in cui non ce ne erano è punita anche la colpa lieve e un simile livello di colpa è certamente integrata con il minimo scostamento dai parametri di diligenza, la minima sbavatura, relegando il riscontro della evitabilità dell'evento a discorso liquidabile con opportune clausole di stile. Il rischio, insomma, è che la colpa medica, lungi dall'affrancarsi dalla perniciosa malattia della speculazione "difensiva" finisca per espandersi e per "burocratizzarsi".

A parte tale rischio, che dovrà opportunamente essere contenuto dai giudici chiamati ad applicare ragionevolmente la norma, è appropriato annoverare tale strumento di selezione della responsabilità colposa nel capitolo delle "degenerazioni" moralistiche della colpevolezza?

⁵⁸ O. DI GIOVINE, In difesa del c.d. Decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina, in Arch. pen., 2014, 20 ss., che scorge nella norma una «forte e generalizzata rivalutazione della categoria della inesigibilità».

Si potrebbe osservare, infatti, che il territorio della responsabilità colposa è elettivamente contrassegnato dai “parametri” e dai “modelli” forgiati dal “dover essere”, e, dunque, dal continuo riferimento alla “moralità” del comportamento da tenere nella situazione concreta. E, tuttavia, pur in questo contesto ciò che indizia la “fuga” (legislativamente indotta) nel mondo della dimensione parallela è il formarsi del giudizio sulla sussistenza della responsabilità non (tanto) attorno alla deviazione del comportamento dell’agente rispetto a quello dovuto, quanto (piuttosto) attorno alla “moralità” o no di una simile deviazione; meglio: alla attribuibilità di una “morale” al comportamento concreto giudicato, che autorizza il giudice a ricercarvi comunque una consonanza, una condivisione di valori, che è l’opposto del disprezzo, del disdoro.

Più che la distinzione tra “colpa lieve” e “colpa grave” il percorso suggerisce di tener da parte una “colpa buona”, non punibile, riservando la punizione alla sola “colpa cattiva”, quella attribuibile al medico che “neppure” si degna di osservare le regole minime condivise dalla comunità scientifica.

6.2. *La non punibilità per fatto tenue.*

Anche la recente operazione di riduzione del penale, dettata più da impellenti esigenze deflattive che da maturate scelte strategiche sul ruolo e sui limiti della pena, conclusasi nel 2015 con l’inserimento della clausola di non tenuità del fatto all’interno del codice penale (art. 131 bis c.p.), può iscriversi all’interno del fenomeno che stiamo descrivendo.

Come è noto, sebbene il legislatore delegante sembrava aver pensato alla clausola come alla positivizzazione del principio di offensività⁵⁹, e dunque ad un criterio principalmente ancorato alle ridotte dimensioni dell’offesa in concreto arrecata al bene giuridico dal fatto di reato (tenuità dell’offesa), il delegante – in preda ad un vero e proprio terrore o rimorso politico da rigurgito populista – ha ripiegato su una formula concettualmente meno impegnativa (tenuità del fatto), chiedendo al giudice in una valutazione “complessiva” circa la riprovevolezza dell’atteggiamento del reo, in cui la qualità dei motivi a delinquere e i connotati del comportamento concretamente tenuto integrano il criterio puramente oggettivo della quantità di offesa al bene.

Ne è uscito uno strumento operativo descrivibile nei termini di un “correttivo di equità”⁶⁰, chiamato a convivere con (e non a sostituire) i criteri che il diritto vivente aveva elaborato, soprattutto su indicazione della Corte costituzionale, per far sì che in nessun caso potesse subire la pena chi aveva arrecato una offesa al bene del tutto trascurabile per la sua obiettiva consistenza.

In tal modo, conferendo la legge al giudice il potere di “correggere” se stessa in quei casi concreti in cui la sua applicazione rigida si risolverebbe in una soverchia ingiustizia, si crea – stavolta sicuramente in favor rei, ma senza nessuna garanzia di applicazione eguale – un ponte di accesso alla “dimensione parallela”, dove contano

⁵⁹ Avevo incautamente prospettato una simile possibilità prima della pubblicazione del decreto legislativo, in D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell’offesa nella delega 2014*, in *Legisl. pen.*, 2014, 669 ss.

⁶⁰ Sul tema rimanderei a D. BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Arch. pen.*, 2016, 258 ss., anche per i richiami di dottrina e giurisprudenza contenuti nelle note.

virtù o difetti, qualità personali, tipologia dei rapporti tra colpevole ed offeso, condizioni psico-fisiche, dati emozionali e spirituali, valutazioni soggettive di convenienza, consenso sociale: insomma elementi, tutti, che secondo tradizione dovrebbero unicamente giocare come fattori (talvolta insondabili) di commisurazione della pena (non è casuale l'espresso richiamo legislativo alle virtualità taumaturgiche dell'art. 133 c.p.).

La clausola equitativa dell'art. 131 bis c.p., inevitabilmente diseguale, descrive una vicenda eversiva del sistema legale, pur se prevista e disciplinata dalla stessa legge, in cui – per tornare alle parole del procuratore generale da cui siamo partiti – è il “diritto” a piegarsi alla “giustizia”, riconoscendo i suoi limiti.

6.3. La responsabilità dell'ente per il reato commesso dall'apicale o dal sottoposto nel suo interesse o a suo vantaggio.

Il modello della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001, ormai accuratamente studiato dalla dottrina penalistica e anche scoperto e diffusamente praticato dai giudici penali, costituisce un altro esempio – forse il più evidente, quasi un archetipo – di come il legislatore possa costruire gli ingredienti della responsabilità penale, marginalizzando il fatto di reato e appiattendolo il dolo sulla colpa, in nome di una onnicomprensiva e indistinta rimproverabilità del soggetto.

La dottrina si è subito interrogata sulla reale natura di tale responsabilità, avvedendosi come la questione teorico-nominalistica possa avere delle ricadute pratiche, quali ad esempio l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, e – naturalmente – ha offerto in proposito un ampio ventaglio di formule, dalle più radicali a quelle ibride⁶¹.

La mia personale preferenza è per la tesi che ravvisa in materia – al netto delle cautele linguistiche del legislatore – una effettiva responsabilità penale a titolo di concorso nel reato commesso dalla persona fisica da parte dell'ente⁶². Parto da questa premessa, non tanto perché è coerente con la breve riflessione che svolgo in questa sede, quanto perché mi consente di impiegare qui una stipulazione espositiva più efficace, ma senza che la stessa premessa incida sul contenuto della riflessione.

Dunque, il sistema 231 prevede che l'ente risponda in concorso con la persona fisica del reato da questa commesso (art. 2, d.lgs. n. 231/2001: «responsabile per un fatto costituente reato»), a meno che non provi di essersi dotato di una efficiente organizzazione, gestione e controllo volti a prevenire la commissione dei reati del tipo di quello verificatosi, incentrata sull'adozione e sull'attuazione idonei modelli, vivificati da autonomi organismi di vigilanza. Il collegamento tra tale strumentario – la cui dotazione esprime correttezza, diligenza, moralità di fondo da parte dell'ente, presa di distanza dall'illegalità – e il fatto commesso è articolato secondo una varietà di

⁶¹ Per un quadro efficace e completo, D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente. Vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 131 ss.

⁶² Per tutti, C.E.PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, 24 ss.

presunzioni, sostanziali e processuali: più stringente nel caso di reato commesso dall'apicale (art. 6: «l'ente non risponde se prova che», presunzione di colpevolezza), meno stringente nel caso di reato commesso dal sottoposto (art. 7: «l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza», ma ciò è presuntivamente escluso in presenza di modello idoneo ed attuato efficacemente).

Viene perciò rimesso al mondo virtuale e virtuoso del modello il decidere della responsabilità per ciò che è accaduto nel mondo reale dei fatti, anche perché la concretizzazione del perimetro secondo i parametri consueti non avrebbe potuto che replicare i connotati della responsabilità delle persone fisiche: discendere automaticamente dalla responsabilità penale dell'apicale, come un accessorio sanzionatorio, ovvero riprodurre lo schema del concorso omissivo nel reato commissivo nel caso di reato commesso dal sottoposto.

Dunque la “deviazione” sulla dimensione parallela della virtuosità organizzativa in funzione preventiva è giustificata dalla pretesa autonomia della responsabilità, ma il disegno genera distonie e inconvenienti concettuali.

Intanto, la mancata distinzione tra una responsabilità dolosa e una responsabilità colposa dell'ente consente di trattare nello stesso “titolo”, salva la graduazione sanzionatoria di tipo “quantitativo”, due fenomeni ontologicamente e criminologicamente molto diversi tra loro, quali la deliberata scelta illegale dell'impresa e l'occasionale disattenzione organizzativa; ciò, per di più, senza neppure distinguere ora – dopo l'allargamento del novero dei reati-presupposto anche nel campo degli infortuni sul lavoro (art. 25 septies) – in relazione al titolo di responsabilità (dolosa o colposa) per il reato a monte.

Inoltre, nella costruzione della responsabilità per il reato commesso dall'apicale, si immagina, contro ogni buon senso, che un imprenditore o il capo del management dapprima si diano da fare per dotare l'ente di un sistema organizzativo capillare per poi fraudolentemente aggirarlo (evidentemente dopo un brusco ripensamento), e si affidano a tale fantasiosa ipotesi le chances di salvezza dalla responsabilità.

Più in generale, nel complessivo disegno legislativo sfugge l'obiettivo attorno al quale è incentrata la carica offensiva che si intende fronteggiare: se si profila un ulteriore livello di responsabilità per il reato commesso o se si censura la mancata adozione di un sistema organizzativo di prevenzione dei reati. Nel primo caso, la costruzione della responsabilità avrebbe di mira un precomportamento collegato a quello oggetto di rimprovero solo sul piano puramente astratto del mancato abbattimento del rischio potenziale; nel secondo caso, non è chiaro perché l'ente venga sanzionato per il deficit organizzativo solo se viene commesso un reato nel suo interesse o a suo vantaggio, mentre non è sufficiente a far scattare la responsabilità la sola creazione del rischio illecito, funzionando il reato come una sorta di arbitraria condizione obiettiva di punibilità.

In entrambe le prospettive si evidenzia la distonia della dimensione parallela, con un legislatore che non riesce a mettere a fuoco il bersaglio, e in uno scenario rarefatto e nebuloso scambia un fatto per un altro, senza differenziare il tipo di rimprovero (doloso-intenzionale o meramente colposo) che viene mosso al soggetto responsabile.

7. Il populismo e i nuovi “semplicisti” del diritto penale.

È tempo di chiudere queste errabonde incursioni nel cuore della materia penalistica, per tracciare una qualche riflessione conclusiva, più provocatoria che dimostrativa, dato il metodo.

Il filo rosso che può unire il percorso che parte dalla crisi della legalità, passa dal moralismo giudiziario (oggi anche incline a venature populiste) e finisce nel territorio “sacro” della colpevolezza è forse troppo ardito e “blasfemo” per avere un minimo di fondamento. Troppo scarse le indicazioni per ricavarne l’ardita messa in discussione di un altro dogma del diritto penale classico – quale la colpevolezza – dopo che lo stesso concetto di bene giuridico, che ne rappresenta il principale caposaldo, nella odierna temperie viene coinvolto da una furia iconoclasta sconosciuta sinora nelle contrade degli ordinamenti continentali⁶³.

Il filo rosso tracciato – più prosaicamente – sembra mostrare una stagione del diritto penale dove le conquiste garantiste debbono fare i conti con la strisciante inclinazione a risolvere la partita della responsabilità sul piano di un multiforme dover essere, non necessariamente riferibile ad uno schema legale fondato solo sul fatto commesso e sulle alternative modalità dell’imputazione soggettiva al suo autore, le cui chiavi pertengono a officianti investiti del compito di svolgere giudizi sull’atteggiamento del reo rispetto alla moralità di pretese comportamentali e della condivisione di “valori” chiave.

La tendenza non è nuova, né sembra limitata all’esperienza italiana⁶⁴, ma si perpetua come un fiume carsico che attraversa la storia del diritto penale moderno, pronto ad emergere nelle congiunture più favorevoli, quando, come nel momento presente, alla formidabile esposizione politica della materia tiene dietro un fermento culturale innovatore, pronto a destituire il paradigma secolare della legalità, a relativizzare i principi costituzionali, a destrutturare la dogmatica tradizionale in favore di strumenti di esegesi e proposta politica flessibili e prêt à porter; tendenza di per sé niente affatto deprecabile o da respingere a priori, ma anzi culturalmente stimolante, che deve essere coltivata con aperture e senza la distorsione delle impalcature concettuali, però insieme con la rivendicazione della incondizionata “laicità” del diritto penale, costruito attorno al fatto commesso e al nesso psichico che si instaura tra esso e il suo autore.

⁶³ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 145 ss.; G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014, 243 ss.

⁶⁴ Per esempio, U. NEUMANN, *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo illuministico*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 165 ss., rileva che la tendenza alla “rimoralizzazione” del diritto penale in Germania riguarda sia la legislazione che la scienza penalistica, e ravvisa quali indicatori in questo senso «le crescenti critiche avverso la dottrina del bene giuridico» e il «rinascimento» delle teorie assolute sugli scopi della pena, «il che si manifesta nel trend verso una “teoria della giustizia”», a sua volta collegato alla «riscoperta» del ruolo centrale della vittima.

Un simile richiamo deve implicare la conseguente incondizionata ripulsa di qualunque atteggiamento spirituale disponibile a costruire la responsabilità su parametri “altri”, ancorché accattivanti perché ritenuti e prospettati come condivisi, accettati, riconoscibili, dalla comunità, in quanto nobili, validi, positivi, degni di apprezzamento. L’ insidia si annida nella strumentalità dell’impiego di tali parametri da parte di giudici sempre più incitati alla ricerca del consenso, non per la verità ma per la giustizia del risultato, attraverso un “dialogo” con la comunità ideale composta di persone “ragionevoli”⁶⁵.

Le rapide riflessioni che precedono pretendono solo di indicare, allora, che non è scontato il ruolo “garantista” che la narrazione tradizionale assegna ad un simile “ultra” o “etero” giudizio; che non è affatto assicurata la sua esclusiva funzione ulteriormente selettiva. Ai tempi del populismo e del neomoralismo tale strumentario rischia di comporre le basi culturali e metodologiche di pericoloso “pre” giudizio, capace di sbriciolare le garanzie, slabbrando il già fragile recinto della legalità, confondere (ulteriormente) il messaggio normativo relativizzandone i contenuti⁶⁶, legittimare l’arbitrio (legislativo e giudiziario), ben oltre il limite “fisiologico” realisticamente ineliminabile⁶⁷.

La tanto vituperata politica penale del doppio binario non si sconfigge soltanto rinnegando le scelte legislative contemporaneamente “deboli” con i forti e “forti” con i deboli, ma va contrastata anche sotto le sue sembianze più “accattivanti”, quelle che, dietro propositi di assoluto buon senso, finiscono per creare un diritto penale per i “buoni” e uno per i “cattivi”, laddove la chiavi di lettura sono extralegali e si disperdono nei circuiti della morale e del pensiero dominante, canali di accesso al regno della diseguaglianza e della negazione dei diritti.

Tale rivendicazione non credo si possa liquidare come l’illusione o la retorica di un nuovo “semplicismo” penale, curiosamente “opposto” a quello originario⁶⁸, sordo alle grida dell’odierna complessità e ignaro della strada percorsa dalla materia dei delitti

⁶⁵ È questo il percorso patrocinato, come noto, da J. ESSER, *Vorverständnis und Methodedwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, 22, che sottolinea come per la decisione del giudice sia «essenziale la giustezza sociale, per la quale il consenso è l’unico indizio verificabile», e dalla scuola ermeneutica, ripreso in Italia, tra gli altri, da M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 265 ss.

⁶⁶ Per un’idea, basta ancora citare un brano di J. ESSER, *Precomprensione*, cit., 21, che traccia tra i compiti del giurista quello di «concorrere a definire, assieme ad altri, la sua comprensione della norma attraverso una possibile “valutazione parallela nella sfera dei profani”».

⁶⁷ Si noti che anche nelle opinioni più “disincantate” dei penalisti continentali, disposti a riconoscere il ruolo creativo della giurisprudenza e il momento discrezionale dell’interpretazione, è sempre presente nel momento della scelta «l’impegno del giurista, e in particolare del giurista-penalista, ad attuare la politica (costituzionale) della legalità penale» (O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 286 ss.).

⁶⁸ L’epiteto di “semplicisti del diritto penale” fu lanciato, come è noto, da Luigi Lucchini, vessillifero del pensiero liberale classico contro gli esponenti della scuola positiva che pensavano di liquidare il problema penale del libero arbitrio con il ricorso alle scienze ausiliarie [L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, 1886], sicché è curioso che l’accusa di semplicismo possa ritorcersi contro gli epigoni di quelle idee tradizionali che traducevano in poche ma chiare geometrie euclidee i fondamentali concettuali e operativi della responsabilità penale.

e delle pene, nel lungo tempo passato da quando il libello beccariano prese forma nella tipografia livornese e incendiò le menti e le contrade europee.

Non si tratta di celebrare i riti consunti di uno stantio populismo “dottrinale”, troppo lontano – del resto – dalla macchina del consenso sociale per intercettarne il funzionamento, né di opporre un fiero ma sterile atteggiamento di purezza “ideologica”, in nome di una mitologia cieca ed inconcludente; bensì di non dispendere, comunque, nel dispiegarsi del dibattito attuale sulla politica e sulla giustizia penale ove la “liquidità” e il relativismo sono gli ingredienti più à la page, le indicazioni che provengono dal prezioso tema identitario – questo sì congenito – dell’ormai antica materia, che la connota sin dalla nascita e che si scrive con l’inchiostro indelebile delle garanzie e dell’eguaglianza dei consociati.