

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
-------------------------------	---

CAPITOLO I

LA COLPA GRAVE QUALE LIMITE ALL'IMPUTAZIONE PER COLPA: UNO SGUARDO AL PASSATO

1.1. La ragione di uno "sguardo al passato" sulla colpa grave	11
1.2. Trapassato remoto.	12
1.2.1. Diritto penale romano.	13
1.2.2. Diritto penale barbarico.	18
1.2.3. Diritto comune.	20
1.3. Passato remoto: i codici preunitari	23
1.3.1. I testi di legge	23
1.3.2. Le opinioni dottrinali e la giurisprudenza	29
1.4. Passato prossimo: il codice Zanardelli del 1889.	39
1.4.1. L'art. 371 c.p. e la relazione ministeriale	39
1.4.2. La posizione della dottrina	40
1.4.3. Gli orientamenti giurisprudenziali	44
1.5. L'eredità della plurisecolare elaborazione in tema di colpa grave agli albori del codice Rocco.	47
1.6. Conclusioni interlocutorie e prospettive di ulteriore indagine	51

CAPITOLO II

IL GRADO DELLA COLPA E IN PARTICOLARE IL SUO GRADO PIÙ ELEVATO (COLPA GRAVE) NELL'ORDINAMENTO PENALE ITALIANO

A)

Premesse

2.1. Obiettivi dell'indagine	58
2.1.1. Una premessa concettuale. La colpa (grave) nella sistematica del reato.	59
2.2. L'attuale rilevanza della colpa grave nell'ordinamento penale italiano	66
2.3. La gravità della colpa come criterio commisurativo della sanzione penale.	66
2.3.1. In particolare, gli orientamenti della giurisprudenza	72

B)

La rilevanza della colpa grave in ambito di c.d. colpa medica

2.4. Ippocrate tradito? Il settore della responsabilità medica come utile banco di prova per uno studio sulla colpa grave quale limite della responsabilità penale	76
--	----

2.4.1.	La punizione dell'attività del medico a titolo di colpa: l'applicazione in ambito penale dell'articolo 2236 del codice civile	77
2.4.2.	L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n. 166 del 18 novembre 1973	81
2.4.3.	L'orientamento della giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza della Corte costituzionale	84
2.4.4.	L'"evoluzione" giurisprudenziale dalla fine degli anni '70 ai giorni nostri	85
2.4.5.	Una nuova norma sulla responsabilità colposa dei medici: l'art. 3 comma 1 del d.l. n. 158 del 2012	93
2.4.6.	Un primo problema interpretativo della norma: le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica	98
2.4.7.	Un secondo problema interpretativo: la mancata definizione di colpa lieve.	106
2.4.8.	L'ordinanza di rimessione del 21 marzo 2013 del Tribunale di Milano e quella di manifesta inammissibilità della Consulta: la legittimità costituzionale di una norma " <i>ad professionem</i> "	109
2.4.8.1.	L'astratta legittimità di un intervento della Corte costituzionale	116
2.4.9.	La giurisprudenza di legittimità sotto la vigenza del d.l. Balduzzi	125
2.4.9.1.	Conclusioni interlocutorie	143
2.4.10.	La legge "Gelli-Bianco" e le norme rilevanti in ambito penale	145
2.4.10.1.	Le criticità della legge "Gelli-Bianco"	147
2.4.11.	La giurisprudenza di legittimità sotto la vigenza della legge "Gelli-Bianco" tra disorientamenti interpretativi e "resurrezione" della colpa grave quale limite alla responsabilità penale del sanitario per imperizia.	153
2.4.11.1.	Conclusioni interlocutorie	162
2.4.12.	L'art. 3- <i>bis</i> del d.l. 44/2021: una nuova ipotesi di colpa grave a tutela dei sanitari impegnati nella lotta alla pandemia.	164
2.4.13.	Le recenti riforme segnano il definitivo tramonto dell'applicazione in ambito penale dell'articolo 2236 c.c. in campo sanitario?	166

C)

La rilevanza della colpa grave in altri ambiti penalistici

2.5.	La responsabilità per colpa grave ai sensi delle disposizioni della legge fallimentare.	170
2.5.1.	Una premessa necessaria: la natura giuridica del fallimento nei reati di bancarotta prefallimentare	174
2.5.2.	Prima ipotesi rilevante: l'art. 217 comma 1 n. 2 l. fall.	179
2.5.2.1.	La giurisprudenza di legittimità sull'art. 217 comma 1 n. 2 l. fall..	181
2.5.3.	Seconda ipotesi rilevante: l'art. 217 comma 1 n. 3 l. fall.	185
2.5.3.1.	La giurisprudenza di legittimità sull'art. 217 comma 1 n. 3 l. fall..	187
2.5.4.	Terza ipotesi rilevante: l'art. 217 comma 1 n. 4 l. fall.	188
2.5.4.1.	La giurisprudenza di legittimità sull'art. 217 comma 1 n. 4 l. fall..	190
2.5.5.	Un'ulteriore ipotesi rilevante? L'art. 217 comma 1 n. 1 l. fall.	192
2.5.6.	Conclusioni interlocutorie.	196
2.6.	La previsione di cui all'articolo 64 del codice di procedura civile	197
2.7.	L'applicazione dell'art. 2236 c.c. in campo penale a prestatori d'opera differenti dai medici.	202
2.8.	Un'ipotesi (ormai abrogata) di utilizzo della colpa grave nel diritto penale dell'ambiente: l'art. 59 comma 6 del d.lgs. 152 del 1999	205
2.9.	La colpa grave negli articoli 589- <i>bis</i> e 590- <i>bis</i> c.p.	207
2.10.	La colpa grave quale causa che fa venir meno la scriminante per taluni reati commessi in ambito sportivo.	211

2.11. Il (basso) grado della colpa quale parametro di valutazione per il riconoscimento del fatto di particolare tenuità ai sensi degli artt. 131- <i>bis</i> c.p. e 34 d.lgs. 274/2000, e del fatto irrilevante ai sensi dell'art. 27 d.p.r. 448/1988	218
2.11.1. L'irrelevanza del fatto nel procedimento penale minorile	220
2.11.2. Il fatto di particolare tenuità nel processo avanti al giudice di pace.	223
2.11.3. La particolare tenuità nell'art. 131- <i>bis</i> c.p.	227

D)

La rilevanza della colpa grave in ambiti extrapenali

2.12. Premessa	229
2.13. Una prima significativa ipotesi di utilizzo extrapenale della colpa grave: il suo impiego in funzione di limite alla responsabilità disciplinare dei magistrati	232
2.13.1. In particolare: la prossimità delle sanzioni disciplinari previste per i magistrati ad una sanzione di carattere "sostanzialmente penale" secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	237
2.13.2. La giurisprudenza della Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura	240
2.13.3. Le ulteriori limitazioni nella responsabilità civile dei magistrati	251
2.13.4. <i>La ratio</i> delle descritte limitazioni alla responsabilità disciplinare dei magistrati potrebbe essere posta alla base di un'eventuale limitazione alla responsabilità di altri soggetti in altri rami dell'ordinamento?	254
2.14. Una seconda significativa ipotesi di utilizzo extrapenale del grado della colpa: la colpa grave quale limite all'irrogazione delle sanzioni tributarie previste dal d.lgs. 472 del 1997	256
2.15. Una terza significativa ipotesi di utilizzo extrapenale del grado della colpa: la colpa grave quale limite alla responsabilità per danno erariale ai sensi della Legge n. 20 del 14 gennaio 1994	258
2.16. Una quarta significativa ipotesi di utilizzo extrapenale del grado della colpa: la colpa grave quale limite al riconoscimento dell'indennizzo per la riparazione per ingiusta detenzione, ai sensi degli articoli 314 e 315 c.p.p.	259
2.16.1. Il valore del contributo del richiedente in ordine al riconoscimento dell'indennizzo previsto per l'ingiusta detenzione.	261
2.16.2. Casistica in materia di riparazione per ingiusta detenzione.	266
2.17. Una quinta significativa ipotesi di utilizzo extrapenale del grado della colpa: la riparazione per l'errore giudiziario	272
2.18. Conclusioni interlocutorie	275

CAPITOLO III

UNO SGUARDO OLTRECONFINE SUI GRADI DELLA COLPA

3.0. Premessa	277
-------------------------	-----

Sezione I

La colpa e i suoi gradi in Spagna

3.1.1. L'imputazione per colpa nel nuovo codice penale spagnolo: considerazioni introduttive	279
3.1.2. La colpa nel Código penal del 1995.	283
3.1.2.1. L'assenza di una definizione legislativa di <i>imprudencia grave</i> e di <i>imprudencia leve</i> e la relativa elaborazione giurisprudenziale	285

3.1.3.	La riforma del 30 marzo 2015	291
3.1.4.	La <i>imprudencia profesional</i>	296
3.1.5.	L'incriminazione, come autonomi reati di pericolo, di contegni manifestamente contrastanti con le regole cautelari	298
3.1.6.	Note conclusive sulle scelte di fondo del Código penal in tema di reati colposi	303

Sezione II

La colpa e i suoi gradi in Francia

3.2.1.	Il sistema penale francese. Premessa.	305
3.2.2.	La riforma del 1996: tra <i>intentio legis</i> restrittiva e applicazioni giurisprudenziali estensive	308
3.2.3.	La riforma del 2000: la distinzione tra fatti "a causalità diretta" e fatti "a causalità indiretta"	314
3.2.3.1.	La <i>faute caractérisée</i>	317
3.2.3.2.	La <i>mise en danger délibérée de la personne d'autrui</i>	323
3.2.3.2.1.	Le differenti funzioni della <i>faute délibérée</i> : criterio di responsabilità (alternativo alla <i>faute caractérisée</i>) per i fatti a causalità indiretta	327
3.2.3.2.2.	(segue): fattore di aggravamento della pena	328
3.2.3.2.3.	(segue): elemento costitutivo di un autonomo reato di pericolo	330
3.2.4.	Postilla: il <i>dol éventuel</i>	334
3.2.5.	La <i>faute contraventionnelle</i>	335
3.2.6.	La responsabilità delle persone giuridiche	337
3.2.7.	Riflessioni conclusive sul ruolo del grado della colpa nel sistema penale francese	338

Sezione III

La colpa e i suoi gradi in Inghilterra e Galles

3.3.1.	Il diritto penale "anglogallese"	340
3.3.2.	La sistematica del reato nel diritto penale anglogallese	342
3.3.3.	<i>Mens rea, negligence, strict liability</i>	343
3.3.4.	In particolare, la <i>negligence</i>	345
3.3.4.1.	Le singole ipotesi di rilevanza della <i>negligence</i>	349
3.3.5.	La <i>recklessness</i>	361
3.3.6.	Un corollario dell'impostazione del sistema penale anglogallese: la responsabilità per fatto proprio (<i>strict liability</i> ed <i>absolute liability</i>).	370
3.3.7.	Brevi note conclusive sul ruolo della colpa grave nel sistema penale anglogallese	374

Sezione IV

L'utilizzo della colpa grave nelle fonti europolitane

3.4.1.	La colpa grave in alcuni atti, concernenti il diritto penale, emanati dall'Unione europea	377
3.4.2.	La Direttiva 2009/123/CE	378
3.4.3.	La Direttiva 2008/99/CE	379
3.4.4.	Il regolamento (UE) n. 376/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014	380
3.4.5.	La Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012.	381
3.4.6.	Riflessioni conclusive	383

CAPITOLO IV
RIFLESSIONI *DE LEGE LATA* E PROSPETTIVE *DE LEGE FERENDA*
SULL'UTILIZZO DELLA COLPA GRAVE IN DIRITTO PENALE

Sezione I

De lege lata

4.1.1.	La ritrosia della giurisprudenza ad impiegare la colpa grave quale canone per escludere la responsabilità penale	386
4.1.1.1.	La colpa grave quale indice probatorio del dolo eventuale	387
4.1.2.	Alla ricerca di una definizione della colpa grave	390
4.1.2.1.	La definizione di colpa cosciente e di colpa con previsione	390
4.1.2.2.	Una possibile nozione di colpa grave	396
4.1.2.2.1.	La significativa divergenza tra la condotta tenuta dall'agente concreto e quella conforme alla regola cautelare	396
4.1.2.2.2.	L'esigibilità della condotta doverosa quale ulteriore criterio per la determinazione di gravità della colpa: esposizione e critica	397
4.1.2.2.3.	La prevedibilità dell'evento quale secondo criterio per la determinazione della gravità della colpa	399
4.1.2.2.4.	Sintesi	402
4.1.2.2.5.	La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio come guida per la soluzione dei casi controversi	405
4.1.3.	Un autorevole tentativo di definizione legislativa della colpa grave: la previsione contenuta nel Progetto Pisapia per la riforma del codice penale.	408
4.1.4.	La definizione di colpa grave adottata da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità.	412
4.1.5.	Una possibile definizione legislativa di colpa grave	414

Sezione II

De lege ferenda

4.2.1.	Prima prospettiva <i>de lege ferenda</i> : la sanzionabilità penale per sola colpa grave dei comportamenti colposi (in subordine: aumento dei reati colposi a colpa grave).	414
4.2.1.1.	La generalizzata esclusione della rilevanza penale della colpa lieve.	416
4.2.1.1.1.	La possibile frizione della responsabilità penale per colpa lieve con i principi di <i>ultima ratio</i> (o sussidiarietà) e proporzione dell'intervento penale	417
4.2.1.1.2.	Il possibile contrasto con il principio di colpevolezza	426
4.2.1.1.3.	Ulteriori argomenti a sostegno dell'introduzione di una generalizzata irresponsabilità per colpa lieve.	430
4.2.1.2.	In subordine: la selezione di reati colposi puniti per sola colpa grave	432
4.2.1.3.	Conclusioni interlocutorie	436
4.2.1.4.	Un primo corollario: l'inserimento di fattispecie dolose di pericolo (concreto) che incriminino la messa in pericolo di terzi in conseguenza della violazione dolosa della regola cautelare	438
4.2.1.5.	Un secondo corollario: la valorizzazione della colpa lieve nella responsabilità da reato delle persone giuridiche <i>ex d.lgs. 231/2001</i>	441

4.2.2.	Seconda prospettiva <i>de lege ferenda</i> : la previsione della colpa grave quale fattore di aggravamento della pena	444
4.2.3.	Terza prospettiva <i>de lege ferenda</i> : la maggiore valorizzazione del grado della colpa all'interno dell'istituto della non punibilità per tenuità del fatto . . .	447
4.2.4.	Quarta (poco convincente) prospettiva <i>de lege ferenda</i> : una modifica qualitativa della colpa grave?	453
4.2.5.	Il "problema" della vittima: l'efficacia delle norme della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno.	461
	4.2.5.1. Una riforma che escludesse, in via generale o in casi selezionati, la sanzionabilità penale di condotte lesive commesse con colpa lieve, sarebbe conforme ai precetti della CEDU?	462
4.3.	Conclusioni.	469
	<i>Bibliografia</i>	471

INTRODUZIONE

1. Che ruolo assume la colpa grave in diritto penale? E, prim'ancora: che cosa intendiamo per colpa grave? Come possiamo definirla?

L'idea di una monografia focalizzata sul tema della colpa grave prende le mosse da un dato di fondo. La colpa, un tempo cenerentola del diritto penale (1), ha progressivamente assunto un ruolo sempre maggiore, sino a diventare vero e proprio cardine del diritto penale della modernità.

La colpa, dalle poche ipotesi in cui un tempo veniva impiegata, nelle quali costituiva l'elemento soggettivo in base al quale si sanzionavano le condotte incautamente poste in essere dai cittadini di un'Italia ancora non industrializzata, è arrivata oggi ad assumere un ruolo fondamentale, capace di incidere profondamente nello svolgimento delle attività più importanti (2). Dalla responsabilità medica alla circolazione stradale, passando per il rischio tecnologico — solo per citare alcuni degli esempi maggiormente eclatanti e che più provocano nell'opinione pubblica il reclamo della sanzione penale ogni qual volta l'essere umano non sia in grado di evitare circostanze avverse — la colpa è sempre più il requisito soggettivo minimo richiesto ai fini della responsabilità penale.

Attraverso la responsabilità penale per colpa, tuttavia, attualmente, come noto, si sanzionano indiscriminatamente sia condotte tenute con colpa lievissima che contegni realizzati con colpa estremamente grave, giacché il grado di tale elemento soggettivo, di regola, non assume rilievo ai fini dell'integrazione del reato, ma solo, tutt'al più, nel momento del giudizio sulla commisurazione della pena formulato ai sensi dell'articolo 133 del codice penale.

Il deflagrare dell'applicazione del reato colposo nella giurisprudenza, cui pare aver contribuito in maniera decisiva il legislatore ponendo sino a questo momento argini estremamente fragili alla responsabilità per colpa, ha visto applicazioni talvolta eccentriche, in cui la mera violazione della regola cautelare

(1) L'espressione è di M. DONINI-R. ORLANDI, *La parabola della colpa — Documento introduttivo*, in M. DONINI-R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 12.

(2) In tema si veda G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, ora in G. MARINUCCI, *La Colpa. Studi*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 3 e ss. Più di recente cfr. anche S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, Il mulino, 2017, pp. 459 e ss.

troppo spesso è risultata elemento da solo determinante per l'attribuzione della responsabilità penale. Allo stato attuale, quindi, non solo nel nostro sistema si sanzionano penalmente condotte commesse con colpa indipendentemente dalla gravità della medesima, ma il suo accertamento appare effettuato senza troppo rigore, il che contribuisce a quell'espansione del diritto penale, contraria al ruolo di *extrema ratio* che esso dovrebbe avere (3).

Ma tra i compiti dello studioso del diritto penale rientra indubbiamente anche quello di cercare di ricondurre il legislatore e il giudice 'alla ragione'. Non è un caso che alcuni Autori abbiano auspicato un aumento dei reati puniti a titolo di colpa grave (4) quando non, addirittura, l'eliminazione, a certe condizioni, del reato colposo (5).

Nonostante tali rilievi, fatta salva un'unica opera la quale, peraltro, ha ricevuto solo una minima diffusione (6), il tema ha fatto fatica ad essere analizzato da un punto di vista organico, complice probabilmente anche la scarsa rilevanza pratica della questione, essendo pochissime, perlomeno sino a poco tempo fa, le ipotesi di colpa grave previste a livello legislativo ed applicate

(3) Sul tema cfr. G. P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 1654 e ss.

(4) Così M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto autore nel "Progetto Grosso"*, in *Critica del diritto*, 2001, pp. 279 e ss. e, più di recente, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 124 e ss. in cui l'Autore propone di introdurre la colpa grave quale criterio ordinario di imputazione dei reati colposi. Sembrano auspicare un aumento dei reati puniti a titolo di sola colpa grave anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 333; G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., pp. 117 e ss. Nello stesso senso si veda tra gli altri anche L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 560 e ss. Si interroga sull'opportunità di continuare a sanzionare penalmente i reati caratterizzati da colpa lieve (o non grave) pure N. MAZZACUVA, *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 44. Evidenzia l'importanza della colpa grave quale strumento per una possibile ridefinizione dei ruoli della giustizia civile e di quella penale nella tutela dei diritti della persona F. VIGANÒ, *In questo numero*, in *Diritto penale contemporaneo — Rivista trimestrale*, n. 4/2013, p. 3. In senso conforme, si veda anche la posizione di A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1206, il quale propende per porre la colpa grave quale criterio generale di imputazione non solo per i delitti colposi ma anche per le contravvenzioni, dovendo tale grado dell'elemento soggettivo assumere la funzione di spartiacque tra diritto penale e diritto civile.

(5) Cfr. a tal proposito F. GIUNTA, *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, pp. 22 e ss.; M. C. DEL RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *L'indice penale*, 1985, pp. 31 e ss.

(6) Il riferimento è all'opera di S. DELSIGNORE, *La colpa grave. Un'indagine sui limiti di incriminazione dei fatti colposi*, 2004, una copia della quale, stampata in proprio dall'Autore, è reperibile presso la Biblioteca Palatina di Parma.

dalla giurisprudenza, aventi un impatto di qualche rilievo nelle aule di giustizia. Va notato peraltro che, come si avrà modo di osservare nel corso della trattazione, anche nelle rare ipotesi in cui una norma, da un punto di vista lessicale, conferisca un qualche rilievo alla gravità della colpa nel senso di escludere la responsabilità penale, essa tende a subire una sostanziale disapplicazione da parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità. L'impiego della colpa grave quale strumento per limitare la responsabilità penale è stato in effetti, almeno sino a questo momento, piuttosto scarso all'interno del nostro sistema.

Questa è quindi la prospettiva in cui si verificherà il ruolo attribuibile (o effettivamente attribuito, nelle legislazioni passate) alla colpa grave: la possibilità che essa costituisca un limite di incriminazione per i fatti colposi.

Sullo sfondo dell'indagine rimarrà il tema del rapporto tra incriminazione delle condotte per colpa lieve ed opinione pubblica con cui, indubbiamente, qualsiasi riforma limitativa dell'intervento penale nei reati colposi dovrebbe necessariamente confrontarsi. La società contemporanea, è stato osservato (7), appare oggi infatti scarsamente capace di accettare le disgrazie e reclama a gran voce la sanzione penale, necessitando, sempre e comunque, dell'individuazione di un responsabile, perché nell'affermazione che, di fronte ad un evento avverso, qualcuno avrebbe potuto evitarlo, essa trova la propria sicurezza. Fulgido esempio di quanto appena riscontrato appare l'attività medico chirurgica, con riferimento alla quale si è rilevato che la società, probabilmente stimolata da un'informazione (8) sovente poco attenta ai problemi del diritto penale (9), sembra nutrire al giorno d'oggi aspettative quasi miracoliche (10),

(7) Sulla tendenza dell'attuale società a trasformare le disgrazie in ingiustizie cfr. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 35 e ss.; per un approfondimento sul tema si veda altresì M. DOUGLAS, *Rischio e colpa* (traduzione italiana a cura di G. Bettini), Bologna, Il Mulino, 1996.

(8) Sull'influenza dei *media* nella percezione sociale del diritto penale si veda ampiamente C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali dei media")*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 467 e ss. Sul medesimo tema cfr. anche R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale. Un'analisi criminologica sull'interazione tra sistemi comunicativi e processi di reazione sociale*, Milano, Edizioni Unicopli, 2012, pp. 3 e ss. nonché, più di recente, R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, Giuffrè, 2018.

(9) Su questo tema particolarmente corretto pare essere il paragone del diritto penale con il calcio, altro tema sul quale l'opinione pubblica è sovente incline ad assumere atteggiamenti critici a dispetto di una scarsa conoscenza della materia, proposto da W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, traduzione italiana a cura di D. Siciliano, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 19.

(10) Così L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 191.

pretendendo che essa consenta la previsione e la risoluzione di qualsiasi situazione critica, anche la più imprevedibile e inevitabile.

La possibilità che la situazione prospettata conduca ad effetti distopici, non appare remota. Se infatti la norma penale è espressione della società e della sua cultura (11) — in quanto il legislatore cristallizza in norme giuridiche le istanze sociali di punizione, forse anche con l'aspirazione di conquistare o mantenere consenso — e la società pare sempre più orientata da *media* interessati al positivo riscontro da parte del pubblico, il rischio può essere quello di un diritto penale che col passare del tempo divenga contrario ai suoi principi fondamentali.

Già Stella (12), ormai quasi vent'anni fa, aveva riscontrato una tendenza che

“vuol fare prevalere un modello penalistico nel quale, a fondare la rilevanza penale del fatto, non è più l'autorità della legge, ma una qualche pretesa verità sostanziale sulla dannosità sociale, sulla immoralità o sul carattere negligente di certi comportamenti”

affermando poi

“è precisamente a questa visione del processo penale, fondata sull'arbitrio e solidale con una concezione autoritaria dello Stato, che si sono ispirate le numerose pronunzie giurisprudenziali [...] in tema di rischi e danni creati nell'attività produttiva, ed in tema di eventi lesivi che si verificano negli ambienti di lavoro o che sono legati a pratiche sociali come l'attività medico-chirurgica: poiché ciò che conta non è la verità delle premesse giuridiche, ma la verità materiale, costituita da comportamenti negligenti o gravemente negligenti dell'imprenditore o del medico, il giudice spesso non esita a rivestire i panni del legislatore ed emana delle sentenze di condanna che manipolano e stravolgono i requisiti di fattispecie, fino al punto di dar vita a requisiti interamente inventati”.

2. Si effettuerà quindi, in primo luogo, uno sguardo retrospettivo, in cui si cercherà di dare conto del ruolo assunto dalla colpa grave prima dell'emana-zione del codice penale vigente, al fine di verificare se la situazione odierna sia conforme alle nostre radici giuridiche e culturali. Si esaminerà, quindi, l'applicazione della sanzione penale per colpa dal diritto romano sino al codice Zanardelli, passando per il diritto barbarico, comune e per i codici preunitari. Siffatta analisi consentirà di comprendere, in particolare, se la colpa lieve sia stata sempre oggetto di sanzione penale, ovvero se la sua punizione costituisca un avvenimento piuttosto recente nella nostra storia plurisecolare.

Terminata tale ricostruzione, si guarderà al nostro sistema penale contemporaneo per verificare gli spazi di un possibile impiego della nozione di colpa grave.

(11) Sul rapporto tra diritto penale e cultura della società si veda F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 89 e ss.

(12) F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 17.

Prima di addentrarci in tale operazione, si effettuerà una premessa concettuale allo scopo di inquadrare la figura all'interno della sistematica del reato, per poi dare conto del principale campo in cui la colpa grave attualmente viene, o per lo meno dovrebbe essere, impiegata: quello della commisurazione della pena (13), prevedendo come noto l'art. 133 c.p. che il giudice valuti, tra l'altro, "il grado della colpa" al fine di stabilire la pena da applicare in concreto al reo.

Si cercherà pertanto, posta la ormai quasi secolare vigenza dell'art. 133 c.p., di osservare quali siano le principali teorie per la commisurazione della pena in relazione al grado della colpa e di verificare il loro effettivo utilizzo in ambito giurisprudenziale alla ricerca, tra l'altro, di una definizione del concetto di colpa grave che possa essere di ausilio all'odierno interprete sia per la corretta esegesi del citato parametro di cui all'art. 133 c.p., sia per l'eventuale impiego del più alto grado di colpa nella funzione di limite all'incriminazione dei fatti colposi sopra delineata. Quest'ultimo profilo è divenuto particolarmente attuale, soprattutto a seguito di alcune recenti novelle legislative in materia di responsabilità penale del sanitario, che hanno stimolato, finalmente, una più vasta riflessione sul tema della colpa grave: *i*) l'articolo 3 comma 1 del d.l. 158 del 2012, c.d. decreto Balduzzi dal nome dell'allora Ministro della salute, che, in presenza di determinati requisiti, escludeva l'incriminazione nei casi di colpa lieve; *ii*) l'art. 6 della l. 24 del 2017, c.d. legge Gelli - Bianco che, nel riformare la norma precedente, ha introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies* rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*", la cui esegesi da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ha riconosciuto mantenere, a dispetto del suo tenore letterale, una rilevanza al grado della colpa; *iii*) da ultimo, l'art. 3-*bis* del d.l. 44 del 2021 rubricato "*Responsabilità penale per morte o lesioni in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19*" che ha limitato a tale grado di colpa la responsabilità dei sanitari per i reati di omicidio e lesioni colposi connessi allo stato di emergenza pandemica.

Nell'effettuare l'esposizione e la valutazione di tali novelle normative, si tenterà di dare ampiamente conto delle ragioni della loro adozione, tra le quali spicca il dubbio che, in questo ambito, la punizione penale per colpa lieve rischi di creare proprio ciò che si vuole evitare, ossia condotte contrarie alla salute dei

(13) Fondamentale, sulla tematica della commisurazione della pena, resta tuttora l'opera di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, CEDAM, 1979; del medesimo Autore, v., più di recente, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 55 e ss.

pazienti, estrinsecantesi nella c.d. “medicina difensiva” (14). Si darà altresì conto della concreta applicazione giurisprudenziale delle norme da parte delle Corti di merito e della Corte di Cassazione per lo più tesa a limitarne la portata applicativa.

Nel ricostruire la materia della colpa medica, ci si soffermerà altresì sulla limitazione della responsabilità penale per le prestazioni tecniche di speciale difficoltà, prevista dall’articolo 2236 del codice civile, norma il cui impiego nel settore penale è da sempre dibattuto e che è stato largamente utilizzato in passato per limitare la sanzione penale nei confronti dei medici, cercando di verificare la sua effettiva applicazione anche al di fuori dell’attività sanitaria (15).

Oltre al “decreto Balduzzi”, che attualmente costituisce di sicuro il più importante banco di prova per la figura oggetto del presente elaborato, si prenderanno in esame altre ipotesi legislative di impiego della colpa grave quale criterio di selezione della responsabilità penale: l’articolo 64 del codice di procedura civile sulla responsabilità penale del consulente tecnico e l’art. 217 della legge fallimentare, che sembra conferire rilievo a forme qualificate di colpa ai fini della punibilità di alcune ipotesi di bancarotta (ma si avrà modo di riscontrare che anche in quest’ambito la giurisprudenza ha prodotto un’elaborazione assolutamente scarna intorno al concetto di colpa grave, nonostante dalla dottrina fossero pervenute in proposito autorevoli e stimolanti considerazioni) (16).

Di recente, il legislatore sembrerebbe aver fornito ulteriori spunti alla riflessione sulla colpa grave, con l’introduzione dei nuovi reati di omicidio e lesioni stradali (artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.): in essi, pur non comparando la locuzione “colpa grave”, il livello di gravità della colpa pare assumere un ruolo fondamentale ai fini della individuazione della pena irrogabile.

3. Dopo aver concluso il “censimento” delle ipotesi legislative di colpa grave presenti nel nostro diritto penale, un’ulteriore analisi — che si ritiene utile in quanto mostra il volto poliedrico della figura, anche in relazione all’attuale assenza di una sua compiuta disciplina — concernerà il tema delle lesioni cagionate nell’ambito dell’attività sportiva, in cui la giurisprudenza pare dare rilievo, al fine di ammettere la responsabilità penale degli atleti, a contegni sostanzialmente connotati da colpa grave.

(14) Si veda a tal proposito, tra i tanti, L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, pp. 1085 e ss.

(15) Il tema è stato affrontato a suo tempo nello storico contributo di A. CRESPI, *La “colpa grave” nell’esercizio dell’attività medico-chirurgica*, nota a Cass. pen., sez. IV, 21.10.1970, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, pp. 255 e ss. In tempi più recenti si vedano le riflessioni di R. BLAIOTTA, *La colpa medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., pp. 313 e ss.

(16) Il riferimento è a Cesare Pedrazzi e alle sue varie opere sul tema.

L'impiego della colpa grave quale criterio di tipo sostanzialmente probatorio, impiegato in seno alla giurisprudenza, verrà ulteriormente declinato con riferimento al suo utilizzo quale indice probatorio del dolo eventuale.

Si cercherà altresì di dare conto di quale ruolo assuma il grado della colpa ai fini del giudizio di irrilevanza ovvero di tenuità del fatto ai sensi degli artt. 27 d.p.r. 448/1988 e 34 d.lgs. 274/2000 (17). L'indagine sarà poi ulteriormente sviluppata con riguardo all'introduzione *ex art. 131-bis c.p.*, della tenuità del fatto quale causa di esclusione della punibilità applicabile a tutti i processi per reati la cui sanzione ricada all'interno di una determinata cornice edittale.

Verrà effettuata anche una comparazione di ordine sistematico, con alcune ipotesi extrapenali di impiego della colpa grave.

A questo fine si analizzerà, anzitutto, la valorizzazione dell'istituto nell'ambito della responsabilità civile e disciplinare dei magistrati, onde studiare i motivi che hanno condotto il legislatore a prevedere la limitazione di responsabilità in conseguenza delle loro condotte solamente per colpa grave, per comprendere se le medesime ragioni non possano essere estese, nel differente e più afflittivo ambito del sistema sanzionatorio penale, ad altre categorie di soggetti. Per completare il quadro, si darà anche atto, sul finire del primo capitolo, dell'impiego della colpa grave nell'ambito del sistema sanzionatorio tributario, della responsabilità degli individui per danno erariale nonché nella riparazione del danno derivante da ingiusta detenzione ed errore giudiziario.

4. Terminato l'esame delle ipotesi previste dall'ordinamento interno, la ricerca sull'utilizzo della colpa grave, in particolare quale limite all'incriminazione dei fatti commessi con colpa, si sposterà oltreconfine, allo scopo di analizzare se gli strettissimi ambiti in cui essa è applicata in terra italiana siano comuni alle legislazioni e alle prassi giuridiche di altri ordinamenti, ovvero se essi costituiscano una peculiarità tutta nostrana.

Questa ricerca verrà impostata a partire da alcuni Paesi di *civil law*, i cui sistemi risultano essere più affini al nostro. Si analizzeranno, quindi, l'*imprudencia grave* e la *temeridad manifesta* dell'ordinamento spagnolo, per poi esaminare la *faute caractérisée* e la *mise en danger délibérée de la vie d'autrui* proprie dell'ordinamento francese.

5. Successivamente, si amplierà l'indagine di diritto sovranazionale passando ad un sistema di *common law*: quello di Inghilterra e Galles.

In via preliminare, verrà effettuata una breve introduzione sul concetto di *mens rea*, determinante per comprendere il motivo delle scelte operate in tale

(17) Sul ruolo del grado della colpa nella valutazione di esiguità del reato si veda già C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, CEDAM, 1985, pp. 693 e ss.

sistema sul piano dell'elemento soggettivo. L'importanza della nozione in questione in chiave comparatistica deriva dall'esistenza di alcune similitudini, sul piano letterale, tra questo istituto e la disposizione prevista dall'articolo 42 comma 1 del nostro attuale codice penale, ed in precedenza da analoga disposizione contenuta nel codice Zanardelli, secondo la quale "nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge se non l'ha commessa con coscienza e volontà". Particolarmente interessante sarà quindi osservare, a fronte di un simile tenore letterale delle due norme, le differenze applicative esistenti.

Non solo, in questi sistemi si tratterà anche, da un lato, del rapporto di necessaria compresenza, che pare sussistere nella maggioranza dei casi, tra sanzione penale e coscienza della colpa e, dall'altro lato, dell'eventuale sanzionabilità in via residuale di condotte in cui l'agente non abbia alcuna consapevolezza (18) circa la violazione di regole cautelari. All'esito di questo viaggio, quindi, si vedrà se utili indicazioni potranno essere tratte dal penalista italiano al fine di una eventuale rimodulazione delle categorie nostrane.

Nell'effettuare questo *excursus* sovranazionale, ci si propone di fare cenno all'influenza che in alcuni di questi sistemi hanno avuto alcune moderne teorie sorte nel campo della psicologia (19), fiorite soprattutto nei Paesi di *common law*, che sembrano essere alla base del riconoscimento della inopportunità di sanzionare condotte connotate da colpa incosciente. Esse vedono nell'errore dell'uomo un accadimento inevitabile in quanto scaturente dalle stesse modalità del suo agire — connotato anche dall'incoscienza e dall'automatismo, che consente di gestire in contemporanea innumerevoli situazioni anche di elevata complessità (20) — motivo per cui, specialmente in contesti complessi, la punizione indiscriminata di qualsiasi forma di colpa apparirebbe improponibile in quanto sanzionante una condotta in realtà non rimproverabile all'agente.

L'indagine al di fuori dei confini nazionali terminerà con una panoramica dei provvedimenti assunti in chiave europea per verificare se ed in che misura

(18) Sul punto si veda diffusamente A. CADOPPI, voce *Mens Rea*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VII, Torino, 1995, p. 629.

(19) Si veda ad esempio l'opera di J. REASON, *Human Error*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

(20) Questo tema si trova già trattato in G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73, in cui l'Autore tra l'altro osserva che "l'azione colposa, colta nelle sue più frequenti manifestazioni concrete, si svolge tutta nell'incosciente: è tutta automatismo e involontarietà. Solo sporadicamente ormai essa fa vedere ancora la presenza di reali fatti psichici, ma nell'insieme la nota dominante è l'involontarietà".

la Piccola Europa (21) abbia attribuito un ruolo alla colpa grave nell'ambito dei propri provvedimenti.

6. Il percorso in questione cercherà poi di intraprendere una nuova, e forse maggiormente impervia, strada, ossia quella di verificare la logica sottostante alla limitazione della responsabilità penale per colpa grave. A tal fine ci si propone di:

i) de lege lata, fornire una definizione del concetto che possa essere utile per l'interprete nelle (poche) ipotesi legislative in cui essa è oggi già prevista;

ii) de lege ferenda, identificare i campi in cui essa potrebbe essere introdotta ed in base a quali principi.

Ragionando sulla colpa grave quale criterio di commisurazione della sanzione penale, ci si domanderà altresì se essa possa eventualmente essere adottata dal legislatore, in determinati reati, quale criterio in base al quale costituire un'autonoma cornice edittale di pena utile ad evitare, a fronte di condotte ad alto disvalore sociale (22), l'ormai sempre più frequente ricorso della giurisprudenza alla figura del dolo eventuale (23) per soddisfare le istanze punitive provenienti dall'opinione pubblica, insoddisfatta sia dai — sensibilmente più bassi — limiti edittali del reato colposo rispetto al reato doloso (24), sia dalla percezione negativa che essa ha dell'attribuzione di certi fatti dalle gravi conseguenze a titolo di colpa. Tale occasione sarà utile anche al fine di delineare la distinzione tra l'istituto della colpa grave e quello della colpa con previsione, contemplato dagli artt. 43 alinea 2 e 61 n. 3 c.p., e di riflettere sulla sufficienza di quest'ultimo a soddisfare le esigenze appena menzionate.

7. L'analisi non mancherà di tenere conto del contenuto di alcuni progetti di riforma del codice penale susseguitisi nel corso degli anni, per verificare il ruolo da essi attribuito alla figura oggetto di trattazione. Questa indagine consentirà di avere uno strumento in più al fine di comprendere se l'indiscriminata punizione dei reati colposi a titolo di colpa semplice sia stato un tema sul

(21) Sulla nozione di “Piccola Europa” (riferita alla sfera d'azione dell'Unione europea), contrapposta a “Grande Europa” (ove il riferimento va, invece, alla sfera d'azione del Consiglio d'Europa), v. F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in F. VIGANÒ-O. MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 22 e ss.

(22) Si veda a tal proposito, ad esempio, il noto caso Thyssenkrupp ed i problemi che tale fatto ha generato in sede processuale, per un'analisi dei quali cfr. R. BARTOLI, *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2013.

(23) In proposito è assolutamente interessante il contributo del Procuratore generale della Corte di Cassazione reperibile in F. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, pp. 464 e ss.

(24) Basti considerare che la pena massima per l'omicidio colposo è di cinque anni di reclusione, mentre la pena minima per l'omicidio doloso è di ventuno anni.

quale le varie Commissioni che hanno cercato, purtroppo senza successo, di riformare il nostro codice si sono interrogate circa l'opportunità di un intervento di riforma.

8. Il percorso che ci proponiamo di compiere terrà altresì doverosamente conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di verificare, in generale, se limitazioni alla responsabilità penale per colpa grave possano contrastare con le disposizioni della Convenzione europea e, in particolare, con gli obblighi positivi di tutela da essa posti in capo agli Stati membri al fine di proteggere determinati diritti e di tutelare le vittime di determinati reati, ovvero se in questi casi tale ruolo di tutela della vittima, come è stato autorevolmente sostenuto in dottrina (25), possa essere assunto da altri settori del diritto senza incorrere nella violazione dei principi convenzionali.

(25) Si veda a questo proposito F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., pp. 221 e ss.