

MATTEO CAPUTO

MISURA E GRADO DELLA COLPA ^(*)

THE “MEASURE” AND THE “DEGREE” OF NEGLIGENCE
IN THE ITALIAN CRIMINAL LAW

The concepts of “measure” and “degree” represent the effort to catch a nebulous entity such as negligence. The measure means the gap between the conduct and the precautionary rule. The degree expresses the amount of the reproach and serves to convert the gap into a penal sanction. In Italian penal system, in the last years, the debate about levels of negligence is flowering, thanks to reforms which have modified the legal platform of criminal liability in healthcare area. This paper aims to demonstrate that the legislative choice to reserve punishability only for conducts characterized by gross negligence is to be approved and supported if we want to realize a criminal justice system compliant to the extrema ratio principle. Maybe, the time has come to design the gross negligence as legal threshold not only for sentencing, but also for prosecuting culpable crimes in human risky activities.

KEYWORDS *Precautionary – Rule Violation – Enforceability – Negligence Degree – Conscious Negligence – Gross Negligence – Art. 590-sexies Italian Penal Code – Art. 3-bis – Decree Law n. 44/2021*

SOMMARIO: 1. Necessarie ambizioni. – 2. Misura oggettiva e misura soggettiva. – 3. La posizione di Tullio Padovani sul grado della colpa. – 4. Sviluppi successivi. – 5. Tecniche di graduazione della colpa. – 6. La colpa graduata: punti di emersione normativa. – 7. La colpa graduata: punti di emersione normativa. – 8. L’art. 3-bis del d.l. 44/2021. – 9. Questioni aperte e futuri prossimi.

1. *Necessarie ambizioni*

La colpa è una figura eterea, anodina, «umbratile, sovente difficilmente afferabile con gli strumenti dell’ordinaria, umana sensatezza»¹; affetta da inguaribile vaghezza, soprattutto quando si congiunga con quel buco nero che è l’omissione.

È ammirevole il tentativo esperito da dottrina e giurisprudenza di ingabbiarla all’interno di categorie, come la misura e il grado, che rimandano alla sfera del

^(*) È il testo della relazione svolta al Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, intitolato “*Problemi attuali della responsabilità colposa nel diritto penale: attività medica, circolazione stradale, ambiente, disastri e pubbliche calamità*” (Napoli, 18-20 ottobre 2021).

¹ Così R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2021, p. 1281.

calcolo, quasi fosse possibile rendere computabile un'entità fluida e impalpabile, costringendola nell'alveo di strumentazioni concettuali che consentano di figgerla e quantificarla, allo scopo di tradurla in tempi, modi e contenuti afflittivi, per il mezzo di unità di misura ispirate da intenti razionalizzatori. Quasi che, come per sortilegio alchemico, si riuscisse a materializzare l'immateriale nominandolo e incasellandolo, come solo i giuristi sanno fare, conferendo una natura surrogata, di matrice normativa, a essenze prive di sostanza psicologica².

2. Misura oggettiva e misura soggettiva

Quando si parla di misura e grado della colpa il rischio di cadere in confusioni e sovrapposizioni è dietro l'angolo, poiché entrambi i concetti partecipano a una funzione di dosimetria, l'uno diretto a dimensionare il disvalore del fatto di reato, l'altro a convertire il disvalore in una concreta cifra di sofferenza per pena.

Cominciando dalla 'misura', con essa si intende rimarcare il distacco, lo iato, la divergenza, il divario tra il comportamento prescritto dalla regola cautelare e il comportamento tenuto dall'agente concreto. Lo scarto indizia l'esistenza di una violazione della regola, espressa dalla mancata coincidenza tra il parametro cautelare e l'agire od omettere del soggetto in carne e ossa.

In questa sede non importa riproporre la *quaestio* legata al modo di accertare tale scarto, soprattutto in riferimento alla colpa generica: se attraverso l'agente modello o attraverso il ricorso a un patrimonio aggiornato di conoscenze e prassi diffuse nei settori 'merceologici' in seno ai quali si è svolta l'attività in esame³.

² Più in generale, sulla crisi della calcolabilità giuridica v. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Sempre in generale, ormai ampio è il dibattito intorno alla opportunità di affidare a calcoli algoritmici l'esercizio della giurisdizione. Per tutti cfr. C.V. GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 9 luglio 2020.

³ Su questo giudizio di relazione sono note le ragioni favorevoli all'*homo eiusdem professionis et condicionis* (cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp. 193 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 239 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Napoli, 2020, pp. 68 ss.; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012), così come quelle contrarie (per stare agli scritti più recenti, cfr. F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 149 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in questa *Rivista*, 2018, pp. 705 ss. Articolate indagini sulla dialettica tra prospettiva deontologica e prospettiva prasseologica in C. PIERGALLINI, voce *Colpa* (diritto penale), in *Enc. Dir.*, Annali, X, Milano, 2017, pp. 222 ss.; S. PREZIOSI, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1985 ss. Da ultimo, un'accurata

Quel che interessa sottolineare è come la violazione della regola cautelare sia fondamentale in sede di tipicità per dare nerbo all'illecito colposo, e quindi costruire il tipo criminoso, secondo le cadenze proprie di una cospicua tradizione di pensiero che riconosce alla colpa un essenziale carattere normativo, e costruisce il delitto colposo d'evento intorno alla violazione di una disposizione che esibisca una vocazione preventivo-cautelare, configurando l'evento come concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire⁴.

Una parte della dottrina penalistica sostiene che l'accertamento della colpa debba essere scandito in due fasi, e in questo senso si parla di 'doppia misura della colpa'⁵: mentre in sede di tipicità si accerta la violazione della regola cautelare, resta poi da verificare in sede di colpevolezza se il soggetto che ha agito in concreto era in grado di conformarsi alla regola cautelare sulla base del proprio individuale potere di agire. In prima battuta, dunque, per aversi colpa dovrà emergere la divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e la condotta attesa in base alla norma cautelare chiamata a regolare il caso di specie. In seconda battuta, una volta acclarata la divergenza, ossia la deviazione da ciò che andava fatto (o non andava fatto), la violazione della norma cautelare andrà rapportata alle personali capacità dell'agente concreto, onde comprendere se e quanto fosse da lui esigibile l'osservanza richiesta⁶.

Seguendo questa impostazione, potrebbe dirsi che se la misura oggettiva è *ratio cognoscendi* della colpa, la misura soggettiva ne diventa la *ratio essendi*.

La misura soggettiva, ancora negletta nella giurisprudenza di merito, pone fondamentalmente tre ordini di questioni⁷.

ricostruzione storica si trova in G.P. DEMURO, voce *Homo eiusdem professionis et conditionis* (profili storici), in *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, in *Enc. Dir., I tematici*, II, Milano, 2021, pp. 607 ss.

⁴ Osserva acutamente F. GIUNTA, *Due colpe in una?*, in *disCrimen*, 9 novembre 2021: «La misura dell'antidoverosità presuppone un oggetto misurabile, che non può essere il profilo deontologico dell'antidoverosità medesima. La tipicità, non la benevolenza del giudice, è la prima e basilare forma di garanzia. Il *fatto* resta il fondamento imprescindibile del modello di responsabilità penale, caratterizzato dalla *modalità* della lesione. Ciò vale anche nel settore della colpa generica, se vuole mantenere una cittadinanza nel diritto penale. Per questa ragione il coefficiente di gravità può qualificare, ma non sostituire la tipicità del reato colposo».

⁵ Un ottimo esempio di accurata scansione per fasi nella disamina della colpa applicata a una specifica categoria di soggetti si trova in A. VALLINI, *Lo Specializzando*, in P. PICCIALLI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, pp. 423 ss.

⁶ Per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2004, pp. 467 ss.

⁷ Sempre più ricca la letteratura sulla c.d. colpevolezza colposa, *alias* esigibilità, *alias* misura soggettiva della colpa. Tra gli scritti di riferimento cfr. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1978, pp. 273 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto*

In primis, la scelta delle qualità personali che devono rientrare nella base del giudizio per la determinazione della possibilità di agire altrimenti dell'agente concreto o, se si vuole, il valore da annettere alle cause soggettive che hanno impedito all'agente concreto di rispettare la misura oggettiva. Da escludere che ai fini della soggettivizzazione della misura della colpa possano assumere rilevanza tratti caratteriali o disposizioni emotive come l'indifferenza, l'insensibilità, la superficialità o l'avventatezza, a pena di indebolire eccessivamente la funzione preventiva del diritto penale, ove mai il reo potesse trarre vantaggio da caratteristiche della personalità che lo inducono a violare facilmente la legge⁸.

Il vero oggetto della disputa tra oggettivisti e soggettivisti riguarda un altro punto: se assumano rilevanza caratteristiche fisiche e/o individuali come difetti, menomazioni o cattive condizioni di salute, livello di socializzazione e scolarizzazione, conoscenze ed esperienze.

Si è acutamente rilevato come «la scelta a favore o contro l'inclusione nel giudizio di colpa dei limiti fisici o intellettuali è, in verità, influenzata da opzioni di fondo circa il peso da assegnare al principio di colpevolezza ovvero alle esigenze di prevenzione generale. Se si privilegiano queste ultime, con la connessa necessità di potenziare al massimo la responsabilizzazione dei consociati, è più coerente oggettivizzare il giudizio di colpa fino al punto di prescindere dalla considerazione dei limiti fisico-intellettuali dell'agente concreto»⁹.

cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza, Torino, 2011; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2011; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 124 ss.; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1594 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 27 ss.; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, pp. 230 ss.; L. STORTONI, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo*, in G. DE FRANCESCO e A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, pp. 156 ss.; G. CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio*, Torino, 2013, pp. 291 ss.; F. CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1625 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 5 febbraio 2020; E. DE SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 4776 ss. Per una recente e promettente apertura di credito giurisprudenziale verso la misura soggettiva, nel campo della sicurezza lavorativa, cfr. Cass., sez. IV, 13 gennaio 2021, n. 1096, con intensa nota di D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 2218 ss.

⁸ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 562.

⁹ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 562.

Se invece prevale la preoccupazione di scongiurare una strumentalizzazione dell'agente concreto per fini di difesa sociale e tutela dei beni giuridici, allora è appropriato inibire il ricorso alla responsabilità penale al di là dei limiti fisico-intellettuali di ciascuno. «Perciò, ad esempio, è da ritenere che la colpa venga meno per mancanza di rimproverabilità soggettiva, in casi come quelli dell'automobilista principiante incapace di affrontare una situazione di emergenza»¹⁰.

Infine, occorre considerare che la misura soggettiva non si sottrae, talvolta, all'impressione di una certa ambivalenza, che finisce per ingigantire la discrezionalità giudiziale, schiudendo le porte alla disparità di trattamento e all'incertezza applicativa.

Si consideri il caso di un autista del pullman il quale, terminato il turno di lavoro, superi il limite di velocità per giungere presto a casa, ma non si accorga, a causa della eccessiva stanchezza, di un segnale di stop e provochi un incidente, non riuscendo a frenare in tempo. Lo scarto tra il limite di velocità prescritto e la velocità concretamente tenuta dà corpo alla misura oggettiva, lo stato di stanchezza alla misura soggettiva, ma l'esempio aiuta a comprendere l'ambiguità nella quale si dibatte quest'ultima: un giudice potrebbe valutare la stanchezza come fattore che attenua il rimprovero, un altro potrà invece considerarlo in termini di maggior severità, sostenendo che l'autista si poteva/doveva fermare per riposare, e che il comportamento ha dato vita a un'ipotesi di grave imprudenza¹¹.

Una chiave di lettura concreta è quella che proietta le questioni legate alla misura soggettiva direttamente sul piano della ponderazione e graduazione della colpa: una strada pragmatica, percorsa dalla giurisprudenza di legittimità, che sceglie di giocare al più presto i dadi delle capacità dell'agente di fare propria la regola cautelare sul tavolo della commisurazione¹².

Al di là delle nomenclature dogmatiche, la Cassazione ha preso atto della strutturazione di un giudizio bifasico, ma si è da tempo fatta carico di valorizzare i profili personologici aprendosi alla considerazione del contesto nel quale si cala la condotta esaminata, onde apprezzare le contingenze che possono rendere difficile assolvere l'impegno dovuto e meritevole di considerazione un trattamento di

¹⁰ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 562.

¹¹ Secondo D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, in questa *Rivista*, 2014, p. 339, la misura soggettiva finisce col «ridursi all'invocazione di un atto di clemenza rivolta al giudice: il quale dopo avere ideato una tipicità colposa ideologicamente orientata alla massima salvaguardia del bene giuridico offeso, dovrebbe trovare la forza di assolvere l'imputato in nome di specifiche carenze o limiti personali di quest'ultimo – insomma una pia illusione». Perplexità anche in F. GIUNTA, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *Riv. pen.*, 2021, 1, pp. 1 ss.

¹² Cfr. R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa penale?*, cit., p. 1282.

favore, in nome dell'esigenza di assicurare un giudizio equilibrato e corrispondente alle pieghe concrete dell'illecito¹³.

La posizione della Corte di legittimità coglie un punto fondamentale della dialettica tra misure. L'intreccio tra contesto e persona suggerisce come, al fondo, si tratti di trovare un bilanciamento tra contenuti e contenitori, nel senso che una serie di tematiche relative alla 'caratterizzazione del sito' in cui si è svolta la condotta può già essere utilmente trattata in sede di tipicità, costruendo un parametro cautelare che tenga conto delle circostanze del caso e si lasci apprezzare per la ricerca di una maggiore specificità: il fattore 'urgenza', ad esempio, una volta collocato sul piano oggettivo, non rende vano il *test* sulle capacità personali, ma queste saranno saggiate al metro di una regola cautelare già contestualizzata, che a questo punto chiede solo di essere individualizzata alla stregua del potere dell'agente di conformarsi in forza delle sue caratteristiche personali. Del resto, quante più informazioni verranno inserite nella matrice della regola cautelare, quanto più accurata sarà la descrizione dei dettagli organizzativi, logistici, temporali, etc. che modellano la forma della cautela, tanto più soddisfatta risulterà l'esigenza di concretizzazione di quest'ultima. Si comprendono, pertanto, le ragioni che in dottrina hanno spinto a criticare la teoria della doppia misura, accusata di confondere e sovrapporre «l'esigenza di concretizzare (rispetto al contesto) e quella di individualizzare (agendo sul parametro) il giudizio di imputazione»¹⁴.

A ciò si aggiunga un non trascurabile svantaggio in chiave processuale: dirottare nella misura soggettiva tematiche che, invece di riguardare la individualizzazione del giudizio, afferiscono alla concretizzazione della regola, può condurre il giudice alla meno favorevole declaratoria di proscioglimento «perché il fatto non costituisce reato» – a segnalare la mancanza di colpevolezza – anziché ricorrere alla formula che sancisce l'insussistenza del fatto colposo, per difetto di un requisito essenziale quale la violazione della regola cautelare.

Concludendo, sul punto: in tema di rapporti tra misura e grado della colpa, bisogna tener presente che la misura si volge all'accertamento, il grado alla commisurazione (almeno finché non diventi soglia dell'incriminazione, per espressa opzione legislativa). La misura della colpa risponde alla domanda: la regola cautelare è stata violata? Il grado della colpa risponde alla domanda: di quanto? La misura è principalmente affare delle parti, da appurare nel contraddittorio dibattimentale; il grado è principalmente affare del giudice, da determinare in camera di consiglio. La misura si accerta, il grado si valuta, si ap-

¹³ Da ultimo cfr. Cass., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, sulla c.d. strage di Viareggio, in *www.sistemapenale.it*, con nota di P. BRAMBILLA.

¹⁴ Cfr. A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., p. 347.

prezza, si pondera, e non a caso nel codice penale del grado si parla nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale del giudice di commisurare la pena, ai sensi degli artt. 132 ss. c.p.¹⁵.

Nella prospettiva del procedimento penale, il tema della misura precede logicamente e cronologicamente il tema del grado: solo ciò che è *misurabile* è anche *graduabile*. In breve: mentre la misura della colpa è una grandezza che esprime il disvalore sul piano oggettivo e soggettivo del fatto di reato, il grado della colpa è una grandezza che tramuta il livello di colpa in quantità di pena, e quindi esprime l'ammontare del rimprovero che è possibile muovere al soggetto una volta che sia stato riconosciuto responsabile del comportamento colposo oltre ogni ragionevole dubbio.

3. La posizione di Tullio Padovani sul grado della colpa

Congedandoci dalla misura e passando ad approfondire il tema del grado, non si può non esordire menzionando il celebre saggio del prof. Tullio Padovani dal titolo «*Il grado della colpa*»: un autentico 'spartiacque', che mantiene intatta la propria attualità¹⁶. Schematicamente, le più significative acquisizioni che si devono al contributo del chiaro Autore sono le seguenti:

a) impianta saldamente lo studio del grado della colpa entro i lembi della concezione normativa della colpevolezza. Come noto, la colpevolezza in senso normativo si sostanzia in un giudizio di rimprovero mosso al soggetto perché, pur potendo agire nel modo preteso dalla norma, ha agito altrimenti. Se si accoglie la concezione normativa, il concetto di grado della colpa vi si inserisce armonicamente: essendo la colpevolezza per sua natura graduabile, non solo il giudizio segue un andamento per gradi, che prevede dapprima la determinazione dei contenuti astratti della cautela e successivamente la precisazione delle effettive possibilità dell'agente di osservarla in concreto, ma ammette che l'intensità del rimprovero possa e debba variare in funzione delle peculiarità che caratterizzano il rapporto tra autore e reato, fra le quali si colloca anche il grado della colpa¹⁷;

b) raccorda la commisurazione alla teoria retributiva della pena e all'osservanza del principio di personalità della responsabilità penale: nel valutare la gravità del

¹⁵ Parla correttamente di «valutazione del grado della colpa» l'art. 3-*bis* d.l. 44/2021, sui cui v. *infra*.

¹⁶ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 819 ss.

¹⁷ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., pp. 830 ss.

reato, la sanzione deve essere commisurata al fatto proprio colpevole, secondo una criteriologia ispirata al dettame della proporzione, sicché la pena ‘giusta’ per un reato colposo è la pena adeguata al grado della colpa espressa dall’agente/reato¹⁸;

c) ascrive al grado della colpa una dimensione duplice, che sancisce una corrispondenza tra doppia misura della colpa e doppio standard di giudizio in sede di commisurazione del grado della colpa, riconoscendo la necessità di distinguere un momento dedicato alla considerazione della differenza tra ‘essere’ e ‘dover essere’ e un momento dedicato all’esigibilità, ossia alla capacità dell’agente di rispondere positivamente all’appello dell’ordinamento¹⁹;

d) ammonisce sul rischio di determinare la gravità della colpa alla luce della gravità dell’evento verificatosi²⁰;

e) infine, non sembri trascurabile, si premura di individuare una soluzione in caso di pluralità di indici della colpa di segno opposto, restituiti all’attenzione del giudice dalla dialettica processuale, suggerendo di compararli alla stregua di circostanze del reato, secondo lo schema degli artt. 63 e 69 c.p., nell’ambito però della commisurazione in senso stretto, soluzione poi ripresa dalla giurisprudenza di legittimità: «sul punto, (...) possono venire in rilievo, nel determinare la misura del rimprovero, sia le specifiche condizioni del soggetto agente ed il suo grado di specializzazione, sia la situazione ambientale, di particolare difficoltà, in cui il professionista si è trovato ad operare. E preme sottolineare che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il giudice di merito deve procedere ad una valutazione complessiva di tali indicatori – come pure di altri, quali l’accuratezza nell’effettuazione del gesto medico, le eventuali ragioni di urgenza, l’oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data e così di seguito – al fine di esprimere la conclusiva valutazione sul grado della colpa, ponendo in bilanciamento fattori anche di segno contrario, che ben possono coesistere nell’ambito della fattispecie esaminata, non dissimilmente da quanto avviene in tema di concorso di circostanze»²¹.

¹⁸ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., pp. 836. In argomento, impossibile non rinviare alle perspicue considerazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, *passim*, in particolare pp. 279 ss.

¹⁹ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., pp. 874 ss., ove distingue il «dovere obiettivo di diligenza» dal «dovere subiettivo di diligenza».

²⁰ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 889, nota n. 143.

²¹ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 899. Cfr. al riguardo Cass., sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22281, Cavallaro.

4. *Sviluppi successivi*

Dopo il saggio del prof. Padovani, grazie a recenti interventi legislativi, la questione del grado della colpa sta assaporando una seconda giovinezza, ma va rammentato che per lungo tempo ha vissuto in letargo, oltre che per la finora relativa importanza riconosciuta alla colpa grave (rilevante, salvo eccezioni, solo in sede commisurativa), anche «per un vecchio e diffuso scetticismo sulla possibilità di graduare la colpa e, comunque, di individuare dei criteri logici e costanti di graduazione, per cui si ritiene che il giudizio sia largamente condizionato da intuizioni emotive»²², per tacere della confusione che circonda, già in epoca romanistica, i concetti di *culpa levissima*, *levis* e *lata*²³.

In giurisprudenza, per spiegare il primato della tesi della rilevanza commisurativa del grado della colpa, si è acutamente osservato che, più che al testo dell'art. 133 c.p., tale tesi «sembra rispondere ai bisogni della società del rischio, che dallo sviluppo tecnologico non ricava solo benefici ma anche crescenti insicurezze e che rinviene nella pretesa di massima cautela rivolta a ciascun consociato una parvenza di rimedio. Il principale strumento teorico utilizzato per il superamento delle antiche posizioni è stata la sostituzione, quale termine di raffronto della condotta dell'agente reale, dell'ideal-tipo dell'uomo medio – ancora presente alla mente dei redattori del codice Zanardelli – con quello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* o con quello, ancor più acuminato, dell'agente modello. Archetipi la cui fisionomia è in definitiva tratteggiabile dal giudicante con relativa libertà; e che anche per questo motivo permettono di elevare le pretese della collettività nei confronti di ciascuno, facendo del reato colposo (di evento) – come ha osservato autorevole dottrina – uno strumento “di apprendimento e di attuazione di regole di organizzazione della sicurezza” da parte dell'intera comunità, capace di reclutare ogni consociato nel contrasto dei rischi; operazione tanto più avvertita necessaria quanto più è possibile che da ‘piccole’ negligenze derivino danni immani»²⁴.

Il tema del grado della colpa risulta maggiormente esplorato in Spagna e in

²² Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. 344. Così già M. GALLO, voce *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 643.

²³ Cfr. ancora T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., pp. 822 ss. Sui rapporti tra commisurazione della colpa in diritto civile e in diritto penale cfr. G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *Ind. pen.*, 1992, pp. 701 ss. Per un approfondito quadro teorico sui gradi della colpa, aperto a stimolanti riflessioni di stampo comparato, cfr. P.F. POLI, *La colpa grave*, Milano, 2022.

²⁴ Cfr. Cass., sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258. Per uno sguardo articolato sull'esperienza del codice Zanardelli e sugli orientamenti dottrinali dell'epoca cfr. P.F. POLI, *La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa*, in *disCrimen*, 29 luglio 2019.

Germania con riguardo alla categoria della *Leichtfertigkeit*, intesa quale forma di colpa grave richiesta per la punibilità di numerose fattispecie di reato²⁵.

Il concetto di *Leichtfertigkeit* ha ottenuto approfondimenti anche nella dottrina italiana, ove si è proposta una nozione di colpa grave che esprime un grado elevato di prevedibilità, apprezzabile sia sul piano oggettivo del fatto tipico sia su quello soggettivo della colpevolezza²⁶. Si è peraltro contestata la graduabilità della colpa in sede di tipicità: solo in sede di colpevolezza e di individuazione del giudizio sarebbe possibile riconoscere colpe gravi e colpe lievi, tanto ai fini della rilevanza sul *quantum* di pena, quanto ai fini di una eventuale futuribile rilevanza sull'*ars*²⁷.

5. Tecniche di graduazione della colpa

Nel nostro sistema il grado della colpa è previsto come una grandezza variabile. La mutevolezza è dote che rende ogni fatto di reato unico e irripetibile, in sintonia con il carattere personalistico dell'illecito. È stato autorevolmente osservato che quando si allude al grado, «si dà già per scontato che vi sia imputazione soggettiva, sulla base di una previa violazione della diligenza oggettiva rimproverabile al soggetto, cioè un fatto conclusivamente colposo di cui il grado deve esprimere "l'entità", "il livello", la "misura"»²⁸.

Per la determinazione del grado l'esame originerà dagli aspetti relativi alla violazione della cautela: a rilevare sarà, innanzi tutto, la 'misura' dello scostamento dalla regola prescritta, in termini di significatività e di frequenza. A seconda della natura della regola, la misurazione potrà essere generica (tanto, poco; una volta, più volte) o specifica: 40 km/h più del limite dei 100; 200 kg più del peso consentito alla cabina della funivia. In seguito, bisognerà chiedersi quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, ossia del fatto di reato (altamente prevedibile, mediamente, scarsamente prevedibile). Sarà quindi la volta

²⁵ Per l'ordinamento tedesco v. l'approfondita indagine condotta da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 347 ss. Utili approfondimenti sull'ordinamento spagnolo si trovano in C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo fra ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo*, in *Ind. pen.*, 2021, pp. 201 ss.; P.F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 903 ss.

²⁶ Così F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, Milano, 2005, pp. 650 ss. Dello stesso avviso A. PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Pol. crim.*, 2017, pp. 235 ss.

²⁷ Questa la posizione di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 348 ss.

²⁸ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 470.

dell'interrogativo su quanto fosse in concreto prevenibile la realizzazione dell'evento e a quale prezzo²⁹.

Successivamente, il fuoco dell'analisi si concentrerà sugli aspetti relativi al soggetto attivo: «quanto più fondata era la pretesa (l'attesa, l'affidamento dell'ordinamento, dei terzi) della sua diligenza, tanto più fondato (e più intenso) sarà il rimprovero; quanto più adeguato quel soggetto all'osservanza della regola, tanto maggiore il grado della sua colpa»³⁰. Ciò che ci si aspetta dal grande esperto di esplosivi non si può pretendere dal giovane artificiere.

Ergo, per stabilire il grado di colpa, soccorreranno un criterio di valutazione oggettivo e uno soggettivo, che finiscono sovente per integrarsi: in un primo momento si tratterà di valutare quanto il comportamento concretamente realizzato si è allontanato dallo standard oggettivo incarnato dalla regola cautelare; in un secondo momento ci si preoccuperà di valutare le ragioni personali che hanno determinato l'allontanamento dalla medesima regola.

6. La colpa graduata: punti di emersione normativa

Nella legislazione penale vi sono figure di reato la cui integrazione esige un elevato grado di colpa: è il caso delle ipotesi di bancarotta semplice di cui agli artt. 217 c. 1 n. 3 l. fall. e 323, comma 1 lett. c) d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, per le quali la legge richiede che l'imprenditore abbia compiuto operazioni di «grave imprudenza» per ritardare, rispettivamente, il fallimento e l'apertura della liquidazione giudiziale.

Altre volte la legge dà rilievo a un elevato grado di colpa ai fini della configurazione di una circostanza aggravante. È il caso dell'art. 589-*bis*, comma 5 n. 1 e dell'art. 590-*bis*, comma 5 n. 1 c.p., in tema rispettivamente di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, nei quali integra un'aggravante l'aver cagionato per colpa l'evento, procedendo in un centro urbano a una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita e comunque non inferiore a 70 km/h, ovvero su strade extraurbane a una velocità superiore di oltre 50 km/h quella consentita³¹.

Si è criticamente rilevato, al riguardo, come ci si trovi al cospetto di una disciplina che 'brilla' per una irragionevole impronta punitiva. Il tentativo di placare ansie collettive innescate da episodi di indubbia gravità ha propiziato una vertigi-

²⁹ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 471.

³⁰ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 471.

³¹ Così G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, X ed., Milano, 2021, p. 433. In argomento v. *amplius* P.F. POLI, voce *Colpa grave*, in *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, in *Enc. Dir., I tematici*, II, Milano, 2021, pp. 118 ss.

ne edittale, raggiunta mercé la definizione di aggravanti sottratte al bilanciamento con altre circostanze. Il disvalore, collocato nella condizione di alterazione del conducente o nella natura delle violazioni cautelari, è stato reso intangibile dalla messa in non cale della possibilità di apprezzarne la reale incidenza sulla spiegazione degli eventi e sulla trama causale. Se ne ricava la preclusione a personalizzare e contestualizzare il rimprovero, sicché si versa «in una fattispecie a colpa grave presunta»³².

Una forma più grave di responsabilità per colpa si configura nei casi di colpa con previsione o colpa cosciente che riguardano i delitti di evento (art. 61 n. 3 c.p.): si tratta di casi nei quali l'agente per leggerezza sottovaluta la probabilità del verificarsi dell'evento che ha previsto ovvero sopravvaluta le proprie capacità di evitarlo. A fondare l'aggravamento della pena non è un grado più elevato di colpa, bensì il fatto che per il legislatore italiano l'agire nonostante la previsione dell'evento rappresenti una condotta più riprovevole dell'agire senza interrogarsi sui rischi connessi a una determinata condotta³³.

Soluzione plausibile, ma opinabile, perché nel caso della colpa incosciente l'agente potrebbe aver manifestato un atteggiamento di indifferenza nei confronti del bene giuridico comparativamente peggiore rispetto al sentire di chi, rappresentandosi l'evento, abbia dimostrato quanto meno uno scrupolo, o comunque di aver riconosciuto il rischio³⁴.

Altre tracce di colpa graduata: l'art. 2, comma 3, della l. 13 aprile 1988, n. 117, in materia di «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati»³⁵; l'art. 5, comma 3, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, in materia di «Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie»³⁶; l'art. 64 del codice di pro-

³² Cfr. R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa penale?*, cit., p. 1285.

³³ G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 433.

³⁴ Sul tema, tra i contributi più recenti e stimolanti, cfr. le riflessioni di D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1279 ss.; V. MONGILLO, *Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della sentenza Schettino*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2018; D. FALCINELLI, *Il disegno penale della colpa umana*, Pisa, 2020, pp. 213 ss.

³⁵ «Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

³⁶ «1. Nelle violazioni punite con sanzioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Le violazioni commesse nell'esercizio dell'attività di consulenza tributaria e comportanti la soluzione di problemi di speciale difficoltà sono punibili solo in caso di dolo o colpa grave. (...) 3. La colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragione-

cedura civile, in materia di responsabilità penale del consulente³⁷; l'art. 59, comma 6, del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, ora abrogato, in materia di tutela delle acque dall'inquinamento³⁸.

Un discorso a parte merita il comparto sanitario che, come noto, rappresenta il laboratorio nel quale il legislatore e la giurisprudenza si sono maggiormente esercitati per verificare l'opportunità di inserire graduazioni della colpa medica in funzione di soglia dell'incriminazione³⁹.

7. Gravità e levità nella colpa medica

Troppo nota per essere integralmente ripresa è la posizione della IV sezione della Cassazione maturata all'ombra dell'art. 2236 c.c.⁴⁰. L'insegnamento è stato ribadito in numerose occasioni. Meritevole di essere rammentata è, in particolare, la sentenza Di Lella, perché utilizza, *ante litteram*, termini che illuminano il ruolo ritagliato in capo alla colpa non grave in chiave di esclusione della responsabilità penale: «il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il

volmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. Non si considera determinato da colpa grave l'inadempimento occasionale ad obblighi di versamento del tributo».

³⁷ «1. Si applicano al consulente tecnico le disposizioni del Codice penale relative ai periti. 2. In ogni caso, il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, è punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a diecimilatrecentoventinove euro. Si applica l'articolo 35 del Codice penale. In ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti».

³⁸ «Le sanzioni di cui al comma 5 si applicano altresì al gestore di impianti di depurazione che, per dolo o per grave negligenza, nell'effettuazione dello scarico supera i valori limite previsti dallo stesso comma».

³⁹ Per L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020, p. 9: «La selezione del grado della colpa medica è uno strumento efficacemente collaudato, anche a livello internazionale, di riduzione del rischio penale dei sanitari», in ragione delle specificità riconosciute all'attività degli esercenti le professioni sanitarie. Secondo O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 389, invece, la colpa penale c'è o non c'è, e il discorso sul grado si rivela fuorviante: «la limitazione della responsabilità ai casi di colpa grave perde senso e ragion d'essere una volta che si convenga sul fatto che la colpa va valutata, oltre che alla stregua dello specialista di riferimento, 'sempre in concreto' (e tenendo a mente la specificità qualitativa della medicina)» ed è «illusoria speranza» quella «di definire con formule pseudo-tipizzanti e in astratto i gradi della colpa».

⁴⁰ In argomento, per tutti, cfr. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017.

professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Vanno quindi apprezzate e ‘misurate’ le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e (...) le contingenze nelle quali il medico si trova a operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall’impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili»⁴¹.

Prende così l’abbrivio un itinerario concettuale nel quale le difficoltà tecniche e il concreto contesto operativo rappresentano altrettante variabili in grado di incidere tanto sulle capacità del soggetto di governare la regola cautelare, e quindi sulla misura soggettiva della colpa, quanto su un giudizio sul grado della colpa (ma, occorrendo, anche sull’assenza di colpevolezza) che aspiri a cogliere le sfumature del caso concreto.

Successivamente, la Cassazione si è cimentata con le novità recate dall’art. 3 comma 1 d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi): la scelta legislativa di valorizzare l’osservanza alle linee guida e di utilizzare il grado della colpa in sede di incriminazione, ha motivato la soluzione della parziale *abolitio criminis* per fatti venati da colpa lieve, nonostante la conformità alle linee guida accreditate presso la comunità scientifica. Da qui la necessità di individuare una criteriologia che aiutasse il giudice a distinguere tra colpa lieve e colpa grave, e quindi a stabilire il limite oltrepassato il quale prendeva vita il tipo colposo: «si può ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all’agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente; e quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall’impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l’addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia»⁴².

Successivamente, l’ingresso dell’art. 590-*sexies* nel codice penale, a opera della l. 24/2017 (c.d. legge Gelli-Bianco), ha mantenuto l’ancoraggio al rispetto delle linee guida, «quali parametri di misurazione della colpa professionale»⁴³, ma ha

⁴¹ Cass., sez. IV, I febbraio 2012, n. 4391.

⁴² Cass., sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, Cantore, su cui v., *ex multis*, S. GROSSO, *Grado della colpa e linee guida: una ventata d’aria fresca nella valutazione della colpa medica*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 398 ss.

⁴³ Così F. GIUNTA, *Due colpe in una?*, cit.

segnato la scomparsa di qualsiasi riferimento espresso alla colpa lieve e, più in generale, al grado della colpa: ne consegue, stando a un'interpretazione letterale della disposizione, che il sanitario che si attiene alle linee guida quando risultino inadeguate alle specificità del caso concreto risponderà di omicidio colposo o di lesioni colpose anche se ha agito con imperizia lieve, e cioè anche se la necessità di discostarsi dalle linee guida non era immediatamente riconoscibile o se l'errore commesso nell'adattare al caso concreto le raccomandazioni contenute nelle linee guida non era macroscopico. Si assiste, dunque, al ritorno alle regole generali in materia di grado della colpa: la colpa lieve smette di funzionare come causa di esclusione del tipo colposo e rileva solo nella sfera commisurativa, a norma dell'art. 133, comma 1 n. 3 c.p.⁴⁴.

Come noto, sono intervenute le Sezioni Unite Mariotti e, dopo aver distinto la fase dell'individuazione/selezione delle linee guida dalla fase dell'esecuzione/adattamento, hanno affermato che l'unica possibilità interpretativa consentita risiede nella esclusione della responsabilità penale del medico in ipotesi di errore colposo da imperizia nella sola fase esecutiva dell'intervento. Non senza un'importante precisazione: perché si possa dire che la linea guida sia stata rispettata, occorre che lo scostamento sia stato marginale, sicché con un'operazione *praeter legem* – che presta il fianco a non pochi rilievi – la sentenza Mariotti ha recuperato in via ermeneutica uno spazio di non punibilità per la colpa lieve, ritenuto implicito nell'art. 590-*sexies* c.p.⁴⁵.

Il testo suona oggi così: il medico non risponde di omicidio colposo o di lesioni personali colpose quando l'evento si è verificato per colpa lieve da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni contenute in linee guida adeguate alle specificità del caso concreto. Viceversa, se la colpa da imperizia è grave, se cioè è stato commesso un errore non trascurabile nella fase dell'esecuzione dell'intervento, la responsabilità penale non è esclusa, ancorché il medico abbia correttamente individuato le linee guida adeguate.

La sentenza Mariotti, in continuità con la disciplina del decreto Balduzzi, torna dunque ad attribuire alla colpa lieve nell'attività medico-chirurgica un peso decisivo per negare la responsabilità penale del medico. L'ambito di rilevanza della colpa lieve in chiave di esclusione della responsabilità penale risulta però notevolmente limitato ai casi di errore venato da imperizia lieve nel dispiegarsi di

⁴⁴ Si consideri, per altro verso, l'art. 9, comma 1 della l. 24/2017, rubricato «Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa», a mente del quale «L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave».

⁴⁵ Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, su cui v., *ex multis*, M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, pp. 345 ss.

un trattamento correttamente impostato secondo le raccomandazioni contenute nelle linee guida, al punto che l'art. 590-*sexies* c.p. sembra destinato, anche per le ragioni di seguito illustrate, a un modesto riscontro applicativo.

La tematica del grado della colpa in campo sanitario non ha smesso di sollecitare gli approfondimenti della Corte regolatrice. Si distinguono, in particolare, due pronunce. La prima è volta a enfatizzare la necessità di rendere esplicite, attraverso il pieno assolvimento dell'onere motivazionale, le basi del giudizio sul grado di divergenza tra esigibile e attuato. Il giudice di merito dovrà, tra l'altro: 1) indicare se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; 2) specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza); 3) appurare se e in quale *misura* la condotta del sanitario si sia discostata dalle pertinenti linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali, e più in generale quale sia stato il *grado* della colpa; 4) ove il reato non sia stato commesso sotto la vigenza dell'art. 590-*sexies* c.p., accertare a quale delle diverse discipline succedutesi nel tempo debba essere data applicazione, in quanto più favorevole all'imputato nel caso concreto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 4 c.p.⁴⁶.

La seconda decisione ha cura di ammonire circa il duplice rischio di attrarre nella colpa lieve forme di colpa lievissima e nella colpa grave forme di colpa lieve: «se il discrimine tra illecito civile e illecito penale non è più identificabile sulla scorta del grado (lievissimo) della colpa (il vessillo del diritto criminale sventola già sulla regione della colpa incosciente lievissima), la evidenziazione di una più complessa articolazione vale quindi a dimostrare che il giudice penale che si appropria a valutare quel grado, sul piano commisurativo come su quello dell'*an* della responsabilità, deve tener presente che nella fenomenologia delle condotte colpose può osservarsi anche una colpa lievissima; e se essa non vale a definire il discrimine tra lecito e illecito va comunque considerata, per evitare che nel relativo campo di azione venga fatta regredire la colpa lieve, con derivata espansione del campo della colpa grave»⁴⁷.

⁴⁶ Cass., sez. IV, 6 agosto 2018, n. 37794, De Renzo.

⁴⁷ Cass., sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258, Agnello, con nota di P. BERTELLONI, *La discrezionalità 'vincolata' del giudice nell'accertamento processuale della colpa medica: la Corte di Cassazione elabora una guida ermeneutica per sindacare l'operato dell'esercente la professione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, pp. 1593 ss. La sentenza Agnello si fa apprezzare anche perché sottolinea quanto la natura della regola cautelare violata possa incidere sul grado della colpa: «nell'apprezzamento del grado della colpa del sanitario, deve tenersi conto della natura della regola cautelare la cui inosservanza gli si rimprovera, avendo incidenza sulla maggior o minore esigibilità della condotta doverosa che egli possa limitarsi a conoscere la regola ed applicarla o, al contrario, sia chiamato a riconoscere previamente le condizioni che permettono di individuare le direttive comportamentali, che rendono doverosa l'adozione della misura, che consentono di individuare quale misura adottare».

8. L'art. 3-bis del d.l. 44/2021

Più di recente, un altro settore nel quale la legge, attraverso una disposizione temporanea, ha conferito smalto al grado della colpa riguarda i fatti di omicidio e di lesioni colpose realizzati da esercenti le professioni sanitarie durante l'emergenza da Covid-19: la scelta del legislatore è stata nel senso di limitare la responsabilità penale alla colpa grave.

In sede di conversione del d.l. 44 del 2021, è stato introdotto l'art. 3-*bis* che recita:

«1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli artt. 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.

2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da Sars-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità di risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato per far fronte all'emergenza»⁴⁸.

Apparso inutile l'art. 590-*sexies* c.p. per la manifesta indisponibilità di linee guida pronte a consigliare gli esercenti le professioni sanitarie sulle *leges artis* con le quali affrontare la pandemia, l'art. 3-*bis* rappresenta la risposta alle preoccupazioni del personale medico di vedersi contestati gli eventi infausti maturati in una condizione di conclamata difficoltà professionale, a causa delle criticità incontrate nel contrasto alla diffusione del virus, soprattutto nel corso della c.d. prima ondata.

Il secondo comma dell'art. 3-*bis* pesca nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali e dà rilievo ad alcuni parametri, non esclusivi, di valutazione del grado della colpa, figurando come norma speciale, per specificazione, rispetto all'art. 133 c.p. Vengono in particolare individuati tre fattori che possono concorrere a escluderne la gravità: la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da Covid-19 e sulle terapie appropriate, la scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, il minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza. A tale ultimo proposito, la mancanza di un'adeguata specializza-

⁴⁸ Cfr. l. 28 maggio 2021, n. 76.

zione, da parte del sanitario chiamato a prestare servizio nel contesto emergenziale (ad es., nei reparti Covid), non può essere di per sé considerata quale indice di gravità della colpa, secondo la regola generale dell'assunzione del rischio, operante in contesti non emergenziali⁴⁹.

Sulla stessa scia della soluzione adottata dall'art. 3-*bis* si pone la versione aggiornata dell'articolato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale in tema di «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario». Fissata la regola per cui «Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-*bis* sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave», al comma 3 della proposta si prevede che «Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative»⁵⁰.

9. *Questioni aperte e futuri prossimi*

Nell'officina della riforma si guarda con interesse alla determinazione dei limiti inferiori (*untere Grenzen*) della responsabilità penale colposa, al fine di individuare spazi di colpa che, per il grado esiguo di inosservanza (colpa lieve) o per l'atteggiamento psicologico (colpa incosciente), potrebbero dirsi penalmente irrilevanti, almeno con riferimento a talune incriminazioni.

La questione si salda al tema dell'opportunità/difficoltà di fornire una definizione di colpa grave⁵¹ e alla scelta di affidare alla colpevolezza il ruolo di autentico discriminante tra colpa penale e colpa civile/ amministrativa.

⁴⁹ In tema cfr. principalmente, per il contributo determinante recato alla formulazione della norma, la posizione di C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso* (d.l. 44/2021), in *www.sistemapenale.it*, 1 giugno 2021. Sul tema v. anche M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1171 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, Roma, 2021, pp. 149 ss.

⁵⁰ La proposta, consultabile in *www.aipdp.it*, è stata elaborata dal sottogruppo composto dai proff. S. SEMINARA, D. PULITANÒ e M. CAPUTO, e integrato dai dott. M.L. MATTHEUDAKIS e A. PERIN.

⁵¹ Si ricorda la definizione di colpa grave formulata dalla Commissione Pisapia e contenuta nell'art. 13 dell'articolato: «prevedere che la colpa sia grave quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, sia particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole

Di seguito si espongono sinteticamente alcune piste di riflessione tracciate in passato dalla dottrina che, ove opportunamente coltivate, potrebbero condurre a un sostanziale ripensamento della disciplina degli illeciti colposi.

a) Eventuali ipotesi di irrilevanza penale della colpa lieve potrebbero riguardare soltanto alcuni settori di responsabilità, «in cui le complesse dinamiche dei fattori di rischio coinvolti rendano la loro dominabilità particolarmente difficoltosa e, in cui, però, ragioni di utilità sociale consiglino di lasciare un margine di libertà d'azione per i soggetti interessati»⁵²: si pensi, ad esempio, alle attività mediche o di ricerca e sperimentazione, alle attività produttive pericolose, alle attività professionali difficoltose, etc.⁵³;

b) La colpa grave potrebbe investire solo particolari tipologie di reato: si potrebbe cioè optare per una configurazione dei delitti aggravati dall'evento su una violazione di base dolosa, combinata con un risultato attribuito a titolo di colpa grave⁵⁴;

c) La previsione di una responsabilità a titolo di dolo o almeno di colpa grave potrebbe riguardare particolari tipologie di reati di pericolo⁵⁵;

d) Infine, con una scelta di carattere generale, che implica una modifica degli artt. 42 e 43 c.p., il dolo e la colpa grave potrebbero essere riservati esclusivamente ai delitti o, comunque, ai reati sanzionati con pene detentive⁵⁶.

Sul tappeto della riforma possono aggiungersi ulteriori questioni affacciate di recente sulla scena della riflessione dottrinale e che andrebbero attentamente tematizzate, mentre qui si ha modo solo di passarle brevemente in rassegna.

1) Nel silenzio del legislatore la giurisprudenza non sembra aver sciolto il nodo dei rapporti tra colpa lieve e colpa grave. Pare potersi affermare che, implicitamente, siano considerate due facce della stessa medaglia: ciò che non è colpa lieve è colpa grave, e viceversa. A ben vedere, però, la logica progressiva che ispi-

ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili».

⁵² D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 358.

⁵³ Sulla responsabilità penale degli operatori della protezione civile cfr. AA. VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, Pisa, 2016; D. AMATO, *Attività di protezione civile e responsabilità penale*, in questa *Rivista*, 2015, pp. 391 ss. Sulla responsabilità penale dei controllori di volo cfr. E. GRECO, *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa*, Milano, 2021.

⁵⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 358.

⁵⁵ M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza del prodotto*, Padova, 2007, pp. 201 ss.

⁵⁶ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 359.

ra l'analisi del grado della colpa suggerisce come si tratti di una soluzione accettabile solo a patto di essere esplicitata, possibilmente per via normativa. Cosa ne è della colpa 'media', ovvero di una colpa che ben può esistere e consistere in una violazione della cautela che non si palesa né macroscopica né contenuta? Nell'area della responsabilità penale da *malpractice*, l'assenza di una puntuale risposta al quesito lascia al giudice di turno la facoltà di inglobarla ora nel tipo criminoso ora nella regione della non punibilità, con evidenti disparità di trattamento. Va da sé che una integrale adesione al canone dell'*extrema ratio*, anche in sede interpretativa, dovrebbe consigliare di ritenere tutte le colpe diverse dalla grave alla stregua di colpe lievi, senza distinzioni tra negligenza, imprudenza e imperizia, come invece avviene in seno all'art. 590-*sexies* c.p.

2) Un altro versante poco o nulla rischiarato in letteratura riguarda il peso da riconoscere alle circostanze attenuanti in relazione ai delitti colposi. Sono figure rare e il legislatore potrebbe decidere di puntarvi in modo più consapevole e risoluto in futuro, sulla scia dell'esempio offerto, in tema di concorso colposo della vittima, dalla legislazione in materia di criminalità colposa stradale: come noto, il comma 7 dell'art. 589-*bis* c.p. reca un'attenuante a effetto speciale con diminuzione di pena fino alla metà, qualora l'evento letale non sia «esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole».

3) Ancora, sono forse maturi i tempi per sviluppare un ragionamento sui limiti e le potenzialità di una (...) 'misura organizzativa della colpa'. Il concetto di 'grave carenza organizzativa' presenta (almeno) due significativi addentellati normativi. Uno diretto, l'art. 13 del d.lgs. 231/2001 (gli artt. 17 e 25 parlano di 'carenza organizzativa'), che il terzo comma riproduce in larga parte, dando risalto al contributo dell'ente nella causazione dell'evento lesivo. E uno indiretto, l'art. 9 comma 5 della l. Gelli-Bianco, il quale precisa come ai fini della quantificazione del danno, nell'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, sostenuta nei confronti dell'esercente la professione sanitaria dal pubblico ministero presso la Corte dei Conti, si debba tener conto «delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato». Si spiega, pertanto, l'attenzione che l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale ha rivolto a un progetto di riforma interessato a ricalibrare i rapporti tra responsabilità penale della persona fisica e della persona giuridica nel settore della *malpractice*, aprendo le porte a un dibattito sulla possibilità di coinvolgere l'ente per fatti a lui rimproverabili solo a fronte di una elevato grado di colpa organizzativa⁵⁷.

⁵⁷ Il progetto di articolato si trova in www.aipdp.it.

4) Tutto da definire è l'arsenale sanzionatorio che si voglia indirizzare alla repressione dei *crimina culposa* viziati da un significativo grado di colpa. Si potrebbe confermare l'opzione esistente, che minaccia il carcere anche per chi non abbia voluto il fatto di reato, ancorché non sia dimostrabile che la minaccia della privazione della libertà personale possa scoraggiare condotte inintenzionali. D'altra parte, la sostituzione della pena detentiva con altre *species* afflittive andrebbe attentamente indagata. La sanzione interdittiva potrebbe riconsegnare alla società professionisti pericolosi, perché non più abituati all'esercizio dell'arte; mentre la sanzione pecuniaria rischia di indebolire il valore della regola cautelare, rendendo la sua violazione monetizzabile. Sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 165, comma 5 c.p., risulta promettente misurarsi con la prospettiva delle pene a contenuto *lato sensu* prescrittivo, che impegnino l'autore del reato colposo in *facere* da declinare nella «partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati»⁵⁸.

5) *Last but non least*, occorre considerare come un impulso a valutare con maggior coraggio la modulazione di nuove ipotesi di illeciti (...) 'a far data' dalla colpa grave provenga dall'Europa, ma finora sia rimasto senza eco. È stato messo convincentemente in chiaro come il Consiglio europeo, nel dettare 'disposizioni tipo' (*model provisions*) per orientare le proprie deliberazioni nel settore del diritto penale, con riguardo agli illeciti colposi abbia precisato che l'incriminazione debba essere ritenuta appropriata in caso di negligenza grave (*serious negligence*) che metta a repentaglio la vita umana o causi seri danni. Tale soluzione, destinata a operare quale parametro per le scelte di politica criminale del legislatore europeo, è accolta anche dalla Comunicazione della Commissione europea del 20 settembre 2011, la quale prevede che «tutti gli strumenti di diritto penale dell'Unione europea includono nella definizione la condotta intenzionale, ma in taluni casi comprendono anche la negligenza grave».

Il legislatore europeo non fornisce parametri utili a definire la gravità della colpa, ma tale soglia rappresenta lo standard minimo di tutela imposto ai Paesi membri, in attuazione del principio generale di sussidiarietà dell'intervento normativo europeo, circoscritto agli illeciti penali più gravi (quelli connotati da dolo o colpa grave) e alla definizione di «regole minime» (art. 83 TFUE).

Nondimeno, il riferimento delle direttive in materia penale alla colpa grave potrebbe suggerire al legislatore di individuare proprio nella colpa grave il *mini-*

⁵⁸ Da ultimo, in argomento, cfr. E. BIAGGIONI, *La nuova disciplina della sospensione condizionale della pena ex art. 165 co. 5 c.p.: prime indicazioni operative*, in *www.sistemapenale.it*, 2 novembre 2021.

mum di rilevanza penale del fatto. A fronte della previsione di un obbligo di incriminazione fondato sui criteri di imputazione del dolo e della colpa grave, il legislatore nazionale, qualora opti per la punibilità anche a titolo di colpa, si troverà di fronte a un bivio: potrà prevedere l'incriminazione del fatto colposo senza graduazioni o delimitare la punibilità alla sola colpa grave, assecondando un'alternativa che si mostra maggiormente in linea con l'interpretazione della direttiva ('dolo o quanto meno colpa grave')⁵⁹.

⁵⁹ Un utile affresco della questione si trova in C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, in *Riv. pen.*, 2020, 5, pp. 458 ss.