

DUE COLPE IN UNA?

Fausto Giunta *



1. La colpa penale è una categoria refrattaria alle ricostruzioni unitarie. La sua storia teorica è pervasa da un dualismo costante.

In origine la *summa divisio* riguardava la partecipazione psicologica al fatto. Da qui la distinzione tra colpa cosciente e incosciente, che ha perso rilevanza con la progressiva affermazione della colpevolezza normativa.

Oggi prevale un'altra coppia, diversamente aggettivata, che valorizza le fonti della regola cautelare: il riferimento è alla distinzione tra colpa generica e specifica.

Il rapporto tra regola ed eccezione è mutato nel tempo.

Dal primato speculativo della colpa cosciente (la meno distante, per quanto anch'essa assai lontana, dal paradigma del dolo, con cui ha in comune il momento della rappresentazione), si è passati a quello della colpa incosciente, che è diventata la forma archetipica della categoria.

In parallelo, il predominio speculativo della colpa generica, regno dell'agente modello, ha abdicato a favore della colpa specifica che, quando è autenticamente tale, offre maggiori garanzie sul piano della tipicità. Anche nel campo medico, dove a lungo si è fatto uso della figura dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, la dottrina che meglio ha approfondito lo schema dell'agente modello riconosce la sua progressiva marginalizzazione con la rilevanza legislativa attribuita di recente a linee-guida e protocolli, quali parametri di misurazione della colpa professionale¹.

Lo schema tipologico prevalente è diventato, pertanto, quello della colpa specifica incosciente, normativamente pura e costruita sul rapporto tra norme: da un lato, il divieto penale, dall'altro, la regola cautelare modale con funzione integratrice. Benché in dottrina questa impostazione non sia unanime², la recente giurisprudenza

* Ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze

¹ M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 414 s.

² Di recente, in senso critico v. per esempio, G.A. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Lp*, 3.2.2021, p. 1 s. Per l'impostazione sostenuta nel testo, per tutti, v. C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, p. 228 s.

di legittimità l'ha accolta con una dotta e convincente sentenza³.

L'attenzione torna a concentrarsi, allora, sulla colpa generica, ma da un'altra angolazione. Ci si deve chiedere qual è la sua identità residua e la sua funzione politico-criminale.

2. La colpa generica presenta un grave deficit di determinatezza, che si è cercato di superare ancorandola alla violazione degli usi cautelari, quali fenomeni di per sé giuridicamente regolati⁴. Questa soluzione è praticata anche da chi la critica nominalmente: per le concezioni realistiche, attente a non sconfinare nel mondo illiberale delle metafore, l'agente modello finisce per essere l'incarnazione dei migliori usi cautelari⁵. Per quanto questi ultimi possano presentare difficoltà di accertamento (che non vanno enfatizzate), essi costituiscono un parametro reale. Piuttosto che niente (ossia il vuoto precettivo delle qualifiche di diligenza, prudenza e perizia), è meglio piuttosto (ossia le regole sociali generalmente adottate).

Alle consuetudini cautelari potrebbe obiettarsi, tuttavia, che esse sono inidonee a fondare una tipicità *ad hoc*, in quanto non prevista dal legislatore. Nell'art. 43 c.p. negligenza, imprudenza e imperizia appaiono come regole di giudizio liberamente distillabili *a posteriori*. Il testo della disposizione citata offre lo spunto per decretarne l'eterogeneità rispetto alle regole cautelari poste da leggi, regolamenti, ordini e discipline; queste ultime, sì chiaramente costruite come regole di condotta. Breve: la colpa generica sarebbe una forma di colpevolezza priva di tipicità. Una costruzione di dubbia costituzionalità per violazione del principio di legalità anche nella sua accezione più blanda.

Senonché, è irrealistico pensare che il giudizio di incostituzionalità possa abbattersi su una porzione tradizionale e significativa del sistema penale. Lo stesso deve dirsi con riguardo alla depenalizzazione della colpa generica; quale legislatore si avventurerebbe in un'impresa simile, seppure meritoria? Ne consegue che se non si

³ [Cass. pen., sez. IV, 6.9.2021, n. 32899.](#)

⁴ Nella manualistica, v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, p. 310. Cfr. anche D. Micheletti, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *Criminalia*, 2018, p. 572 s. in *disCrimen*, 8.5.2019, p. 20 s. *Amplius* F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 173 s.

⁵ Con riguardo al settore medico, per esempio, M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 415: "L'agente modello da 'cura sicura' – conclude l'apprezzato studio – è dunque l'esercente una professione sanitaria che fa leva su linee guida e buone pratiche".

condivide la sua rilettura sociologica, quella per l'appunto che fa leva sulle prassi cautelari, la colpa generica è destinata a restare una responsabilità senza volto.

3. Si è parlato di colpevolezza carente di tipicità. L'espressione merita una precisazione, perché un fatto senza colpevolezza equivale a responsabilità oggettiva, una colpevolezza senza fatto è una forma di responsabilità per il modo di essere. Privata del suo oggetto (il fatto colposo), la colpevolezza (colposa) esprime un rimprovero, che può svilupparsi lungo un'ulteriore e non nuova coppia di concetti: da un lato, il giudizio di pericolosità personale di impronta criminologica, dall'altro, il rimprovero morale per l'atteggiamento interiore, che relega l'evento a condizione di punibilità a favore di una normatività fortemente metagiuridica. La prima linea di sviluppo finisce per spingere le funzioni della pena verso un orizzonte specialpreventivo fondato sull'incapacitazione del *Tätertyp* colposo. La seconda attrae la colpa in un'orbita retribuzionistica, che fatica a trovare il punto di equilibrio tra responsabilità e pena.

In quest'ultima prospettiva si collocano vecchi e nuovi tentativi di rendere accettabile la pena retributiva per l'agire negligente, imprudente e imperito. Della colpa cosciente si è detto. Si tratta di una direttrice insoddisfacente, perché nulla impedisce di ribaltare il piano del discorso, affermando la più intensa colpevolezza della colpa incosciente, quale disattenzione radicale nei confronti dei terzi⁶. Resta da accennare a un altro orientamento che sembra oggi tornare in auge: la valorizzazione della gravità, che da criterio di commisurazione diventa soglia della colpa penalmente rilevante⁷. Sennonché, questo tentativo di salvare la colpa generica si risolve nell'affidare al giudice la modulazione della responsabilità colposa sostenibile. Svincolata dalla previa individuazione della regola di condotta, la gravità della negligenza, imprudenza e imperizia, non trova parametri orientativi di accertamento.

4. Tirando le fila del discorso, anziché a rinunciare alla colpa generica, la strada da percorrere sembra quella opposta del rafforzamento teorico della tipicità colposa proprio nel settore più deficitario. La misura dell'antidoverosità presuppone un

⁶ M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2004, p. 471 s.

⁷ Di recente, P.F. Poli, *La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai Codici dell'Italia Unita*, in *Criminalia*, 2018, p. 765 s. e in *disCrimen*, 29.7.2019, p. 1 s.

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.