

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

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le direttrici di una possibile restrizione dell'area di rilevanza dell'illecito colposo alla colpa grave. Riflessioni in ordine alla necessità di un intervento normativo espresso. – 3. La gravità della colpa: da parametro di commisurazione della pena ad elemento di tipicità del rimprovero colposo nell'esperienza della legislazione e della giurisprudenza italiana nei confronti dell'operatore sanitario. – 3.1. La responsabilità per colpa grave: dal susseguirsi dei progetti di legge alla legge Balduzzi. – 3.2. La colpa grave nella legge Gelli-Bianco fra aporie normative ed interventi di supplenza giurisprudenziale. – 4. La *imprudencia grave* e la *imprudencia meno grave* nell'ordinamento spagnolo: approdi ermeneutici e modelli concreti nell'approccio selettivo ad un rimprovero colposo di peculiare pregnanza. – 4.1. La *imprudencia grave* in cerca di autore. – 4.1.1. Il contributo della giurisprudenza alla ricerca di un parametro ermeneutico di confine fra colpa grave e colpa lieve. – 4.1.2. Il fervido dibattito dottrinale interno alla dottrina spagnola. – 4.2. Uno, nessuno, centomila volti della *imprudencia meno grave*. – 4.3. *Lezioni spagnole*. – 5. Linee programmatiche per una limitazione della rilevanza penale alla sola colpa grave.

1. Considerazioni introduttive

In un momento storico così peculiare, caratterizzato da profonde incertezze e drammatici interrogativi, non è forse inutile avviare una breve riflessione in ordine ai limiti di tipicità di una responsabilità colposa che da anni, ormai, costituisce strumento privilegiato per un diritto penale che si erge a *grande regolatore* delle vicende umane.

Il contesto fattuale è noto e parimenti sempre più paradossale: al crescere delle competenze che migliorano la nostra qualità e aspettative di vita, cresce esponenzialmente la domanda di giustizia *estorta* nei confronti di scienziati e tecnici, presunti custodi di un sapere aprioristicamente deputato a prevedere ed evitare ogni evento nefasto¹.

¹ In questo senso, fondamentali le riflessioni di L. SALVADORI – R. RUMIATI, *Nuovi rischi, vecchie*

Si è creato, infatti, un *ingorgo* in quella “strada a doppio senso di circolazione” che è il fatto colposo percorso, in una direzione, dal cittadino che agisce e nell’altra, dal giudice il quale, per l’appunto, giudica². Il tracciato non è identico perché ancora il nostro ordinamento non è maturo per concepire una “colpa del fatto tipico che preesista al fatto storico”³.

Il mancato sviluppo della “dimensione descrittiva e prescrittiva del tipo colposo” e le drammatiche conseguenze che ne derivano, impone di dare seguito a rinnovate istanze di decriminalizzazione di contegni colposi lievi attraverso una riflessione che, anche in ottica comparatistica, induca a valorizzare soluzioni incriminatrici volte a confinare il rimprovero colposo ai soli casi di maggiore gravità.

Una scelta di tale tenore non è peraltro sconosciuta alla nostra tradizione giuridica⁴ e presta ossequio, altresì, alle istanze eurounitarie le quali, in virtù della loro

paure, Bologna, 2005, p. 21; G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale “per colpa”: una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI – R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, p. 98; G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29. I complessi rapporti fra scienza e diritto sono oggetto di un’ampia letteratura fra la quale possiamo ricordare, *ex multis* F. STELLA, *Giustizia e modernità, La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, *passim*; ID., *Scienza e norma della pratica dell’igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 382; ID., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 55; D. PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 ed altresì in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 851; ID., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 780; R. BLAIOTTA, *Il realismo di Karl Popper: un ideale di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3699; ID., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 365; A. ALESSANDRI, *Riflessi penalistici della innovazione tecnologica*, Milano, 1984, *passim*; G. P. ACCINNI, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 930; A. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004, pp. 320 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, Milano, 1995, v. in particolare cap. I; F. SCHIAFFO, *Il diritto penale fra scienza e scientismo: a proposito di un noto caso di scuola. Una nota e (un dubbio) sul metodo della scienza del diritto penale*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1779; B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Roma, 2005, pp. 102 ss. Nella letteratura non penalistica: U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009, p. 207; ID., *Psiche e techne. L’uomo nell’età della tecnica*, Milano, 1999, in particolare, cap. VI e VIII; M. HEIDEGGER, *Lettera sull’“umanismo”*, Milano, 1987, in particolare capitolo I; F. HEGEL, *Scienza della logica*, Bari, 1974, vol. II, pp. 409 ss.; G. ANDERS, *Noi figli di Eichmann*, Firenze, 1995, pp. 90 ss.. Nella dottrina spagnola, su questo tema, *ex plurimis*, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*. Edizione Italiana a cura di V. MILITELLO, Milano, 2004.

² La metafora è di F. GIUNTA, *Il volto attuale dell’illecito colposo: dovere di diligenza, regole cautelari e principio di precauzione*, in AA.VV. *La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa, 2019, p. 70.

³ F. GIUNTA, *Il volto attuale dell’illecito colposo: dovere di diligenza, regole cautelari e principio di precauzione*, cit., p. 71.

⁴ Per una quanto mai interessante ricostruzione sulla centralità della colpa grave nella tradizione giuridica italiana si veda p. F. POLI, *La colpa grave quale limite all’imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell’Italia unita*, in *Criminalia*, 2018, p. 765 e ss.

competenza penale indiretta, formulano, attraverso lo strumento della direttiva, obblighi di incriminazione spesso improntati alla “serious negligence”⁵.

Quest’ultima, che si ritiene debba essere identificata con la nozione di “colpa grave”⁶, rappresenta uno standard minimo di tutela imposto ai Paesi membri e costituisce la maggiore espressione della sussidiarietà dell’intervento normativo europeo. Questo, infatti, può esprimersi solo attraverso “regole minime” destinate ad essere poi declinate nei singoli ordinamenti.

Fulgido esempio ne è la Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell’ambiente la quale, all’art. 3, prevede che debbano essere introdotte sanzioni penali in ordine a condotte perpetrate “intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza”.

Centrale, in questo senso, appare anche la Direttiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE⁷ relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per le relative violazioni, il cui scopo è quello di “armonizzare la definizione dei reati di inquinamento provocato dalle navi commessi da persone fisiche o giuridiche, l’ampiezza della loro responsabilità e la natura penale delle sanzioni che possono essere comminate per i reati commessi da persone fisiche”⁸.

In linea con le scelte già espresse dalla Direttiva 2008/99/CE, si demanda agli Stati membri la creazione di un paradigma sanzionatorio legato a reati presupposto commessi con dolo o colpa grave.

Il comma 1 dell’art. 4 afferma, infatti, che “gli Stati membri provvedono affinché gli scarichi di sostanze inquinanti effettuati dalle navi, inclusi i casi di minore entità di detti scarichi, in una delle aree di cui all’articolo 3, paragrafo 1, siano considerati violazioni se effettuati intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave”.

Come noto, le scelte incriminatrici, adottate dal legislatore con il D.lgs. 6 novembre 2007, n. 202, poi con il D. Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, ed infine con la l. 22 maggio 2015, n. 68, non rispecchiano scelte improntate ad un diritto penale minimo.

Gli artt. 727 *bis* c.p. (Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette) e 733 *bis* c.p. (Distruzione o deterioramento di habitat all’interno di un sito protetto), così come l’art. 452

⁵ C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, in *disCrimen* dal 15.04.2020.

⁶ Le interpretazioni del concetto di *serious negligence* sono molteplici. In particolare, la dottrina appare divisa in ordine a due diverse opzioni: da un lato vi è chi ritiene di poter associare il concetto di *negligence* sono alla negligenza, mentre altri interpretano la *serious negligence* come colpa grave *tout court*. Lo ricostruisce C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, cit. p. 9 e 10.

⁷ Questa Direttiva ha trovato attuazione nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 202, che vieta alle navi di versare in mare le sostanze inquinanti indicate all’art. 2, c.1, lett. b) del medesimo decreto legislativo o di causarne comunque lo sversamento (art. 4 D. Lgs. n. 202/2007).

⁸ Anche su questo profilo si veda C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, cit. p. 4.

quinquies c.p. (Delitti colposi contro l'ambiente), nonché l'art. 9 del D.Lgs. 202 del 2007 (Inquinamento colposo), privilegiano infatti un rimprovero colposo aperto anche alle forme più lievi, mancando, così, una preziosa occasione di razionalizzazione delle istanze punitive.

Pur tuttavia, la colpa grave trova comunque un suo spazio nel nostro ordinamento anche al di là di quell'angusto ruolo di criterio di commisurazione della pena al quale è confinato ai sensi dell'art. 133 c.p.

Due sono i volti di questa presenza, ciascuno espressione di una diversa ed opposta istanza di politica criminale.

In prima battuta, occorre richiamare la disciplina riservata alla colpa medica dalla Legge Balduzzi prima (l. 8 novembre 2012 n. 189) e dalla Legge Gelli-Bianco, poi (l. 8 marzo 2017, n. 24) sulle quali torneremo più ampiamente nel corso della trattazione. Queste disposizioni normative, consegnando per prime il rimprovero penale al canone selettivo della colpa grave, concretizzano l'istanza di un diritto penale quale *extrema ratio*, ossequioso ad un principio di razionalità dell'incriminazione in contesti di rischio particolarmente complessi.

Nel senso opposto si muove, invece, la disciplina riservata dal legislatore alla repressione delle condotte di omicidio e di lesioni stradali (artt. 589 e 590 bis), espressione della volontà di una incriminazione autonoma e certamente più severa di condotte ritenute frutto di violazioni cautelari più gravi.

Le fattispecie in esame, ormai pacificamente considerate autonome, prendono le mosse dalla sensibilità popolare⁹ fatta propria da una certa giurisprudenza di merito la quale, discostandosi dal tradizionale paradigma del rimprovero colposo e valorizzando la figura del dolo eventuale, ha configurato come omicidio volontario

⁹ Per vero la gestazione della legge che disciplina i reati di "omicidio stradale" e "lesioni stradali" nasce da una proposta di legge di iniziativa popolare della quale offre ampio conto il contributo di G. PAVICH, *Omicidio stradale e lesioni stradali: novità e possibili criticità della nuova legge*, in *Cass. pen.* 2016, p. 2309B. Le fattispecie di omicidio colposo e lesioni colpose stradali sono state introdotte, come noto, con la L. 23 marzo 2016, n. 41. Sulla riforma, la letteratura penalistica è davvero molto vasta. *Ex plurimis* ricordiamo G. AMATO, *Un impianto diretto a considerare solo la colpa specifica*, in *Guida dir.*, 2016, p. 55 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1785 ss.; P. BERNAZZANI, *Il reato di omicidio stradale: spunti problematici*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 102 ss.; D. D'AURIA, *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 432 ss.; I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, p. 53 ss.; G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi e alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2016; M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, p. 152 ss.; A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 maggio 2016; G. PAVICH – M.V. STURLESE, *Reati stradali. Soluzioni applicative e interpretative*, Milano, 2018, p. 362 ss.; P. PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 145 ss.; V. REY, *L'omicidio stradale ex art. 589-bis c.p.*, in A. CONZ – L. LEVITA, *Il nuovo reato di omicidio stradale*, Roma, 2016, p. 19 ss.; A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'irreversibile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2016; D.M. SCHIRÒ, *Omicidio e lesioni personali stradali*, in *Dig. disc. pen., Agg., X*, Torino, 2018, 497 ss..

l'esito infausto di una condotta di guida dissennata e sovente associata all'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti.

La "rottura dall'interno del paradigma colposo in favore di una collocazione del rischio penale in direzione dell'emisfero doloso (segnatamente del dolo eventuale)"¹⁰ ha condotto il legislatore da un lato, ad assicurare tali condotte al paradigma del delitto colposo, ma dall'altro, a riservare loro un trattamento sanzionatorio di particolare gravità.

Quest'ultimo scaturisce, evidentemente, da una ritenuta "frattura irreversibile del quadro cautelare, in ragione della pericolosità dell'autore o della sconsideratezza della condotta" e dà luogo ad una scelta incriminatrice caratterizzata da una operazione di "contrabbando" che vede "un tipo quasi doloso" assumere le vesti del "tipo colposo"¹¹.

L'omicidio e le lesioni colpose rappresentano, dunque, il precipitato di una enfaticizzazione del disvalore di condotta nella struttura dell'illecito colposo di evento¹², posta in essere nell'intento di sanzionare più severamente una condotta considerata espressione di una più grave infrazione di regole cautelari, ritenute di un rango più cogente, perché destinate a proteggere la vita e l'incolumità in un contesto di rischio altissimo qual è quello della circolazione stradale.

Davanti ad una progressiva, quanto etiologicamente difforme, presa d'atto della rilevanza della colpa grave da parte del nostro legislatore, la valutazione sul grado della colpa assume una sempre maggiore centralità anche nelle statuizioni della giurisprudenza la quale, come vedremo, prendendo atto che un siffatto apprezzamento debba essere riservato anche ad ambiti diversi del rischio consentito rispetto alla colpa medica e alla circolazione stradale, allarga le maglie della cognizione anche ai contesti di gestione infausta di un rischio naturale.

È il caso qui di ricordare come nella nota sentenza che ha posto fine alla delicata vicenda processuale della c.d. Commissione Grandi Rischi, il giudice di legittimità, rigettando l'ipotesi di una estensione *tout court* della disciplina della legge Gelli-Bianco al caso in esame, ha piuttosto ribadito come una valutazione in termini di colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., possa e debba essere compiuta anche con riferimento alle responsabilità dei soggetti chiamati a fronteggiare rischi naturali.

Da questo circoscritto panorama, dipinto a grosse pennellate, emerge come la modernità, caratterizzata da un complesso di rischi dal volto ingravescente, abbisogni di una definitiva dequotazione del rimprovero colposo che dovrebbe essere riservato ai soli casi di colpa grave, in ossequio ad un rinnovato ed attualizzato canone di colpevolezza che, declinandosi come principio deputato a presidiare il

¹⁰ L'espressione è di C. PIERGALLINI, voce *Colpa (Diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2017, p. 250.

¹¹ Così C. PIERGALLINI, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzati silenzi*, in *Giur. Cost.*, 2019, p. 1199.

¹² C. PIERGALLINI, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzati silenzi*, cit., p. 1202.

giudizio in ordine alle vicende umane, ne ridisegni i contorni di illiceità anche alla luce della concretezza dei loro limiti.

Questo lavoro scaturisce dalla consapevolezza che la colpa grave bussa con sempre maggiore insistenza alla porta dell'ordinamento penale.

Dunque, attraverso un percorso condotto alla luce della responsabilità per le attività sanitarie e per la gestione dei rischi naturali ci interrogheremo, dapprima, sulle direttrici di una possibile restrizione dell'area della rilevanza dell'illecito colposo alla sola colpa grave, domandandoci di conseguenza se questa scelta debba essere demandata ad un intervento normativo espresso o se sia comunque possibile addivenirvi in via interpretativa con gli strumenti offerti dal diritto penale.

Gli interrogativi si stringeranno poi sulla difficile individuazione della nozione di colpa grave e saranno esaminati alla luce non solo dell'esperienza italiana ma, soprattutto, del prezioso e vasto contributo offerto tanto dal legislatore quanto dalla giurisprudenza spagnola, a seguito della riforma introdotta dalla Ley Organica 1 del 2015. La preziosa esperienza spagnola ci guiderà, infine, nel tentativo di definire delle linee programmatiche per interventi di politica criminale volti alla limitazione della rilevanza penale dalla colpa ai soli casi di colpa grave.

2. *Le direttrici di una possibile restrizione dell'area di rilevanza dell'illecito colposo alla colpa grave. Riflessioni in ordine alla necessità di un intervento normativo espresso*

Gli sforzi compiuti dal legislatore nell'avvicinamento a forme selettive di rimprovero a titolo di colpa grave non appaiono sufficienti ad offrire un parametro univoco che possa indirizzare l'opera di individuazione di direttrici volte a sottrarre dall'area del penalmente rilevante le condotte caratterizzate da colpa lieve.

Due appaiono, *prima facie*, i principali motivi ostativi.

Il primo attiene sicuramente alla non risolta difficoltà che emerge nella commistione, *rectius* sovrapposizione, fra i profili di gravità e i profili di tipicità del rimprovero colposo, tratto caratterizzante delle scelte operate con la legge Balduzzi prima e con la legge Gelli-Bianco poi.

Anche se nella regolamentazione della responsabilità medica il legislatore fa assurgere il grado della colpa a cardine del tipo, noi non possiamo certo cadere nel tranello di questa vacuità. Rimettere alla sola *gravità* della colpa il destino della *tipicità* significa consegnare il rimprovero penale ad una colpevolezza di matrice psicologica.

Se questo certamente non può avvenire, occorre valutare la necessità di rafforzare il rapporto di strumentalità fra *tipo* e *grado*, in un quadro di realtà dove si comprenda che la gravità tipizzante non si fonda soltanto sulla valutazione del *quantum* soggettivo del discostamento dell'agente dalla regola cautelare ma, soprattutto e prima di tutto, sulla determinazione dei contorni della regola stessa.

Rimettendo la valutazione di una possibile definizione contenutistica della colpa grave ad una analisi successiva, che si incentri soprattutto sulla preziosa esperienza offerta dal legislatore spagnolo, non possiamo sin da ora sottacere come un ruolo significativo possa essere riconosciuto all'opera di tipizzazione delle cautele oggetto di ampia e controversa riflessione¹³.

Il secondo motivo ostativo insiste, invece, su un dato di semplice realtà: la innegabile pluralità e difformità dei contesti nei quali si declina il rischio rappresenta un fattore potenzialmente impeditivo di operazioni ermeneutiche volte a trasporre scelte di politica criminale maturate in ambiti diversi rispetto a quelli della “colpa medica” e della “colpa stradale”.

Attese tali difficoltà, sembra allora maggiormente proficuo indirizzare la riflessione su di una diversa direttrice che sperimenti forme di rimprovero legate al concreto rapporto fra soggetto attivo e rischio in un contesto trasversale alle singole declinazioni del rischio stesso (sanitario, stradale, naturale ecc).

Anche in questo caso, diverse appaiono le strade percorribili nell'intento di riservare il rimprovero penale al solo atteggiarsi di una colpa grave.

L'utilizzo del grado della colpa in funzione di limite selettivo all'incriminazione, estesa all'intero ordinamento penale, potrebbe costituire una scelta compiuta sulla scorta, come vedremo, di esperienze sovranazionali volte a limitare la latitudine della rilevanza penale dell'intero novero delle fattispecie ad un canone di gravità il quale, peraltro, rimane pur sempre un concetto contenutisticamente affidato ad una operazione di matrice interpretativa.

¹³ Come testimoniano le riflessioni congiunte di dottrina e magistratura le quale sottolineano il ruolo ormai assunto da linee guida, protocolli, *check list*. Nella letteratura statunitense lo ricordano D. F. RANSOHOFF – M. PIGNONE – H. C. SOX, *How to Decide Whether a Clinical Practice Guideline is Trustworthy*, in *Jama*, January 9, 2013 – Vol. 309 n. 2, p. 139. Gli Autori affermano: “Guidelines set de facto standard for medical practice and therefore influence clinical decisions about individual patients, practice measures, insurance coverage, and reimbursement”. Sui rapporti fra rischio e regola cautelare, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 359 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, pp. 14, 133, 141, 150, 155; D. MICHELETTI, *La colpa del medico, Prima lettura di una recente ricerca sula campo*, cit., p. 174. G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*. Relazione presentata al Convegno “*La criminalità colposa: aspetti giuridici e medico-sociali*” (Camerino 23-24 ottobre 1971) e pubblicata nella sua originaria versione in *I quaderni degli incontri*, 114, 1972, p. 5. Oggi in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 295; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI, *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009 p. 268; F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fa colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1297. In questo senso anche, C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità del medico. Tipicità e determinatezza del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, n. 11/2017, p. 211. Di vivo interesse, sulle linee guida, V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 309 e E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 189. Di recente, R. BLAIOTTA, *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, in AA.VV. *La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa, 2019, p. 149.

Diversa sarebbe, invece, la soluzione allorché si decida di *tornare all'essenza* della colpa ed in particolare al rapporto della stessa con la specifica funzione di *governo del rischio* che plasma dall'interno i confini di liceità della condotta.

Ebbene, la gestione del rischio può costituire il precipitato dell'esercizio di una libertà del singolo. In questo caso, il dovere di rispettare le regole cautelari cui si correla il rimprovero colposo in caso di inosservanza, si pone come punto di equilibrio fra il libero esercizio di determinate facoltà e le parimenti rilevanti istanze di protezione della società.

Ma non è sempre così. Il governo del rischio può parimenti costituire azione *doverosa*, volta per lo più a fronteggiare, in condizioni di urgenza, un rischio esogeno in ragione di un obbligo che preesiste al fatto. In tal caso, il passaggio dal terreno della libertà a quello dell'obbligo, nel quale si contestualizza il rischio, può giustificare una diversa e più circoscritta fisionomia del rimprovero colposo.

A ben vedere, nell'analisi di questa opzione, declinabile peraltro nei molteplici e difformi contesti di rischio, appare particolarmente prezioso il dibattito maturato in ordine alla responsabilità degli scienziati e dei tecnici, chiamati ad assumere decisioni di Protezione civile in caso di calamità naturali.

Come ci insegnano le drammatiche vicende giudiziarie degli ultimi anni, i soggetti titolari di funzioni di protezione civile risultano particolarmente esposti a valutazioni in termini di rilevanza penale del loro comportamento che si realizza, spesso, in quella condizione di emergenza o di grave incertezza, che caratterizza la gestione dei fenomeni naturali¹⁴.

Per questo motivo, in un cammino che voglia chiudere le porte alla rilevanza penale della colpa lieve, il primo passo da compiere coincide con una corretta ponderazione della natura del rischio cui si associa un trattamento più mite riconosciuto, quanto meno, a chi è obbligato a fronteggiarlo. Questi potrà essere destinatario del solo rimprovero per colpa grave, ovvero per una condotta caratterizzata da un atteggiamento che si discosti dall'osservanza di una regola cautelare in modo netto, macroscopico. Solo così si potrà restituire quella serenità ed autorevolezza che

¹⁴ Sulla componente soggettiva della colpa, quale esigenza imprescindibile e costituzionalmente fondata, accanto agli insegnamenti di M. GALLO, Voce *Colpa penale* (diritto vigente), in *Enc. Dir.*, VII, 1960, p. 625 si vedano, *ex plurimis*, E. BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, pp. 75 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e nella giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 657 e ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 550 e ss.; ID., *L'evoluzione teorica della colpa penale fra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1653 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urb.*, 1977-78, pp. 275 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto Penale, Parte Generale*, I, Torino, 2008, pp. 208 e 248 ss.; G. FORTI, Voce *Colpa* (dir. pen.), in S. CASSESE, *Dizionario di Diritto Pubblico*, II, Milano, 2006, p. 945; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., pp. 347 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, pp. 293 e ss. Di particolare interesse, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale, Misura "soggettiva" e colpa grave*, in M. DONINI – R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 183, p. 200. L'Autore afferma che la colpa grave costituisce una categoria più "aperta" che consente forme di migliore individualizzazione del rimprovero.

sola garantisce l'assunzione di responsabilità e scelte realmente salvifiche prima e durante l'emergenza¹⁵.

Per vero, rimane da decidere il *quomodo* attraverso il quale poter attuare questa scelta.

Due sono le tesi, parimenti autorevoli, che si contendono dialetticamente il campo. Da una parte vi è chi invoca l'intervento del legislatore chiamato a formulare una fattispecie *ad hoc*, presumibilmente sul modello dell'art. 590 *sexies* c.p.

Dall'altra, parte della dottrina invoca il *rasoio di Occam* per scongiurare l'innesco di nuove fattispecie, presumibilmente foriere più di difficoltà che di soluzioni, queste ultime già rinvenibili negli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento.

Quanto alla prima tesi, essa sostiene la necessità di un paradigma normativo sul quale poter fondare una valutazione maggiormente ponderata dei comportamenti assunti per fronteggiare il rischio in condizioni di doverosità e di urgenza.

Un giudice che a lungo si è misurato su questi temi afferma, infatti, che nelle sentenze dovranno entrare "ragionamenti" specifici, calati sulle peculiarità del servizio offerto "perché la Protezione civile si occupa di contesti complessi, magmatici, nei quali fare le previsioni che pure vengono loro richieste è operazione estremamente complessa, estremamente difficile e mai connotata di certezze"¹⁶.

Questa consapevolezza sorregge quanti hanno creduto possibile ed ancora auspicano un intervento del legislatore modulato *ad hoc* per la Protezione civile e per le attività scientifiche ad essa connesse.

Anche la dottrina, pur consapevole che "il rischio di una attività legislativa improvvida "possa "rovinare un meccanismo" che talvolta ha anche dato buona prova di adattamento alla realtà, tuttavia sottolinea l'importanza di un intervento normativo il quale, pochi anni or sono, aveva peraltro assunto le vesti dell'art. 1, comma 1, lettera n) della proposta di legge delega C. 2607¹⁷ strumentale al riordino della Protezione civile, poi confluita nel d.Lgs. 1 del 2018, oggi novellato dal d.Lgs. 6 febbraio 2020, n. 4 recante "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile»".

Per vero, quasi tutti i punti salienti della delega sono stati recepiti nelle maglie del d.Lgs. 1 del 2018 il quale offre un contributo sicuramente decisivo nel superamento di alcuni profili profondamente incidenti sul rimprovero colposo mos-

¹⁵ L'auspicio è formulato anche da A. GARGANI, *Profili di responsabilità penale degli operatori della Protezione civile: la problematica delimitazione della posizione di garanzia*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, Protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 210.

¹⁶ R. BLAIOTTA, *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, in AA.VV. *La Protezione civile nella società del rischio*, cit., p. 145.

¹⁷ Proposta di legge BRAGA ed altri: "Delega al Governo per il riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale e coordinamento della protezione civile" (2607), in *www.camera.it*; per un quadro esaustivo sull'organigramma della PC prima della riforma del 2018 e sulle relative responsabilità I. PISA, *Protezione civile e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 224 e ss.

so all'operatore di Protezione civile. Due i passaggi pregevoli che appaiono con assoluto nitore: una articolazione delle responsabilità più netta e maggiormente rispondente alla disponibilità di mezzi e conoscenze del territorio e parimenti, una maggiore responsabilizzazione del cittadino¹⁸.

I recenti interventi legislativi pur tuttavia, non superano le critiche di “ridondanza soggettiva”, “prigionia cognitiva” e “riverberazione ascrittiva” espressa da un autorevole esponente della giurisprudenza¹⁹.

A fronte dei molti progressi compiuti, il legislatore si è dimostrato affatto sensibile alle istanze di rimodulazione del rimprovero colposo nei confronti degli scienziati e degli operatori di Protezione civile, forse per la difficoltà, fra molte, di individuare con la maggiore precisione possibile il punto di equilibrio fra la tutela del cittadino e la libertà di scelta in condizioni di incertezza tecnico-scientifica²⁰.

¹⁸ Quanto a quest'ultimo aspetto centrale, si vedano ad esempio gli artt. 18, comma 2; 31, comma 1; 37, comma 2, lett. c) d. Lgs. n. 1 del 2018.

¹⁹ S. DOVERE, *Intervento nel volume AA.VV. La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità penale nell'ambito della Protezione civile*, 2016, p. 51.

²⁰ L'incertezza epistemologica determina spesso un grave corto circuito per il penalista. Lo sottolineano con estrema chiarezza, fra molti, C. PIERGALLINI, *Esposizione ad amianto e tutela della salute: profili penalistici*, in L. MONTUSCHI – G. INSOLERA (a cura di), *Il rischio da amianto*, Bologna, 2006, p. 31; ID., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473. Nello stesso senso L. FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 725. In merito, fondamentale importanza rivestono anche i testi di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, *passim*. Si veda inoltre F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 156; A. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, cit., p. 178; A. GARGANI, *Dal diritto penale dell'evento al diritto penale del rischio: problemi e prospettive. Relazione al convegno del CSM Il diritto penale del rischio*, Roma 2-4 maggio 2011, p. 2; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2011, p. 519. Per una visione d'insieme sul rischio consentito nell'imputazione colposa v. V. MILITELLO, *Rischi e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 152. L'ingresso di una “responsabilità per rischio” nel diritto penale, soprattutto con riferimento al *crimen culposum*, sembra superare quella dicotomia fra diritto civile e diritto penale che autorevole dottrina aveva individuato proprio sul concetto di rischio. Si osserva che “il progressivo allontanamento della responsabilità civile dal terreno della colpa verso i confini del rischio determina parallelamente l'abbandono, da parte del risarcimento del danno, di ogni funzione retributiva a vantaggio della funzione base riparatoria o reintegrativa. Nulla di eccezionale in tutto ciò, posto che, a differenza di quanto avviene per il reato, la Costituzione non cristallizza una determinata funzione della responsabilità civile. Rimane tutt'al più aperto il quesito se nelle ipotesi di responsabilità per rischio possano coesistere con il (o sostituirsi al) risarcimento del danno forme di sanzioni strutturalmente coincidenti con sanzioni penali (accessorie)... La risposta più coerente dovrebbe essere quella negativa, ad evitare che tramite il pretesto della responsabilità per «rischio» si realizzi una «truffa delle etichette»”. Così F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 7 oggi in ID., *Scritti di diritto penale*, Vol I. *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Tomo 1. Dal 1960 al 1963*, in S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA (a cura di), Milano, 1997, p. 675-68; A. MASSARO, «Concretizzazione del rischio» e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4699; C. PERINI, *Dal diritto penale dell'evento al diritto penale del rischio: problemi e prospettive*, Parte II, relazione al convegno del CSM *Il diritto penale del rischio*, Roma 2-4 maggio 2011, p.

Nel conservare intatta la funzione pedagogica del rimprovero penale, il legislatore ha ignorato la portata dell'art. 1, comma 1, lettera n) il quale disegnava una delega in materia di "definizione del ruolo e delle responsabilità del sistema di Protezione civile e degli operatori del sistema".

La formulazione, ampiamente generica e, come giustamente notato, di dubbia legittimità costituzionale²¹, se da un lato presentava un volto di difficile attuabilità, dall'altro avrebbe rappresentato una occasione preziosa per ripensare in modo efficace ad una materia che, per alcuni aspetti, è davvero ancora in cerca di autore.

Il mancato esercizio della delega, tuttavia, non soppesce le valide argomentazioni di coloro i quali avevano sostenuto l'intervento legislativo e continuano ad auspicarlo.

Alcuni autori sottolineano la pregevolezza dell'enunciato il quale prende atto che la responsabilità di Protezione civile non può essere concepita *uti singuli* ma è, per l'appunto, una "responsabilità del sistema", nel contesto della quale occorre allargare le maglie del rimprovero penale, favorendo sistemi di comunicazione degli errori e di *incident reporting* che caratterizzano da tempo gli ambiti più delicati della gestione del rischio²².

Per far fronte ai "danni collaterali" di una risposta giudiziaria incapace di "stare nella realtà", si è auspicata una risposta normativa, in linea con il Regolamento del Consiglio d'Europa e del Parlamento europeo, n. 376 del 2014²³, il quale, come autorevolmente ricordato, "esprime l'opzione politico – criminale di far prevalere su una logica di rigore sanzionatorio, l'apertura di ponti d'oro per colui che è detentore di informazioni che consentano l'acquisizione di conoscenze circa i fattori che hanno causato l'incidente o il quasi incidente in modo da privilegiare la prospettiva della prevenzione piuttosto che quella della repressione"²⁴.

Non minori sono le istanze legate all'attuazione del principio di uguaglianza, supportate da quella dottrina e giurisprudenza che si fanno interpreti di un malcontento generale legato alla limitata applicabilità dello statuto speciale del rimprovero colposo alla sola colpa medica. In questi casi, la innegabile diversità di contesto che sussiste in ragione della difformità dei rischi affrontati, giustificherebbe un intervento legislativo anche difforme da quello tutt'ora vigente per gli operatori sanitari, ma comunque volto a circoscrivere il rimprovero colposo²⁵.

1; M. GROTTO, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 settembre 2015.

²¹ F. D'ALESSANDRO, *Intervento* nel volume AA.VV., *Protezione civile nella società del rischio. Responsabilità del sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, 2016, p. 51.

²² Lo sottolinea D. AMATO, *Attività di Protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma*, in *Criminalia*, 2015, p. 392.

²³ Entrato in vigore in Italia a partire dal 15 novembre 2015.

²⁴ S. DOVERE, *Intervento* nel volume AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità penale nell'ambito della Protezione civile*, cit., p. 50.

²⁵ F. D'ALESSANDRO, *Intervento* nel volume AA.VV., *Protezione civile nella società del rischio. Responsabilità del sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, cit. p. 57. Lo stesso autore auspica un intervento che coinvolga anche gli aspetti processuali, consegnando ad un

A queste voci se ne contrappongono altrettante che esprimono un parimenti autorevole scetticismo nei confronti della creazione di una fattispecie esimente *ad hoc*, dedicata agli operatori di Protezione civile e agli altri soggetti deputati anche a livello scientifico, della gestione di rischi naturali²⁶.

È pur vero, si sottolinea, che “l’attività della Protezione civile non è mai mera espressione di un diritto di libertà, è certamente e socialmente utile, ma soprattutto è doverosa e mirata per lo più a fronteggiare un pericolo esogeno”. Sotto questo profilo, “vi sono indubbie affinità strutturali tra i capi di imputazione per colpa medica e quelli che da qualche tempo vengono elevati nei confronti degli operatori della Protezione civile”²⁷.

Nonostante questa similitudine si ritiene non auspicabile un intervento legislativo disegnato sulle peculiarità dei compiti di Protezione civile, attesa la constatazione della ultroneità, se non della dannosità (perché foriera di ulteriori fraintendimenti), già dell’allora Legge Balduzzi²⁸.

Se la “configurazione dei criteri soggettivi di imputazione non è l’espressione di una scelta legislativa, ma il frutto, piuttosto, della cultura giuridica, ossia dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale”²⁹, è possibile percorrere una strada diversa che muova dalla riflessione in ordine all’eziologia dell’evento dannoso che può essere ricondotta allo svolgimento di un’attività pericolosa frutto di una libera scelta, oppure all’esercizio di un fondamentale diritto di libertà o, infine, ad una attività doverosa che si ha l’obbligo giuridico di porre in essere.

Quando il soggetto agente non può scegliere ma deve agire in modo rapido e diligente ecco che, a parere di questa dottrina, potrebbe entrare in gioco la regola della limitazione alla sola colpa grave già presente nel nostro ordinamento e veicolata dall’art. 2236 c.c.³⁰

Sull’applicabilità della fattispecie civilistica si riscontrano anche le già ricordate aperture della recente giurisprudenza per la quale l’art. 2236 c.c. si applicherebbe agli altri operatori del rischio che si trovino a compiere attività in situazione di speciale difficoltà. Quanto ad essi, la responsabilità per colpa risulterebbe esclusa

Tribunale in composizione collegiale la cognizione di vicende di assoluta complessità e delicatezza che difficilmente possono essere dominate da un singolo magistrato, ancorché di comprovata professionalità.

²⁶ F. GIUNTA, *Intervento* nel volume AA.VV. *Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, Pisa, 2013, cit., p. 45; su questi temi, ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità* Bologna, 2013, p. 87; A. PASTORE, *Intervento* nel volume AA.VV. *Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 46.

²⁷ F. GIUNTA, *Intervento* nel volume AA.VV. *Protezione civile nella società del rischio. Responsabilità del sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, cit., p. 45.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ F. GIUNTA, *Intervento* nel volume AA.VV. *Protezione civile nella società del rischio. Responsabilità del sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, cit. p. 46.

³⁰ F. GIUNTA, *Intervento* nel volume AA.VV., *Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 75.

solo nel caso di imperizia maturata in un contesto di colpa lieve, prescindendo dal concreto rapporto con linee guida e protocolli³¹.

3. *La gravità della colpa: da parametro di commisurazione della pena ad elemento di tipicità del rimprovero colposo nell'esperienza della legislazione e della giurisprudenza italiana nei confronti dell'operatore sanitario*

La determinazione delle direttrici di incriminazione penale riservata alla sola colpa grave e la decisione in ordine alla necessità o meno di un intervento normativo che possa soddisfarle, non sopisce, tuttavia, l'interrogativo di fondo che aleggia indisturbato e prepotente fra le maglie di queste riflessioni.

Ci riferiamo, naturalmente, alla permanente difficoltà di individuare la latitudine semantica e la conseguente pregnanza della nozione di colpa grave.

Nella consapevolezza della permanente assenza di una risposta univoca e definitiva, l'analisi si soffermerà in prima battuta su di una breve ricostruzione del percorso affrontato dalle varie voci dell'ordinamento italiano, le quali già da tempo e comunque ben prima della Legge Balduzzi, avevano dato vita ad un significativo novero di progetti di legge volti a restringere l'ambito del rimprovero colposo alla sola colpa grave. Come noto, la montagna ha partorito l'attuale disciplina in tema di colpa medica, sorretta da un dibattito giurisprudenziale il quale risulta, per vero, utile ad una migliore definizione dei contorni di tale nozione di colpa.

Esaurita questa breve riflessione, ci spingeremo nell'analisi della disciplina tracciata dal legislatore spagnolo, soprattutto dopo la Ley Organica 1 del 2015, per effetto della quale la colpa grave è assunta a canone minimo del rimprovero penale. Le caratteristiche dell'intervento spagnolo, associate alle risultanze del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ci consentiranno di provare a tracciare alcune considerazioni maggiormente concrete in ordine alle possibili linee programmatiche della limitazione della rilevanza penale ai soli casi di colpa grave.

3.1. *La responsabilità per colpa grave: dal susseguirsi dei progetti di legge alla Legge Balduzzi*

Muovendo, dunque, dall'analisi del dibattito in ordine al coefficiente di gravità della colpa nell'ordinamento italiano, dobbiamo prendere atto della centralità della riflessione sviluppata intorno alla responsabilità del sanitario³².

³¹ Cass. pen. Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, in *DeJure*. La sentenza pone fine all'annosa vicenda giudiziaria sulla responsabilità penale della c.d. Commissione Grandi Rischi.

³² Anche perché il terreno della medicina rappresenta sempre una fonte di progresso e ad esso sono correlate molte aspettative. Lo sottolineano con chiarezza A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, p. 8 e ss.;

Proprio attorno a questo peculiare ambito si sono addensati, come noto, gli sforzi del legislatore, nonché i più fecondi approdi della dottrina incentrati sui limiti di tipicità del coefficiente colposo, legati alla presenza di una colpa grave che ha ormai abbandonato l'angusto volto riservatole dall'art. 133 c.p. per diventare vera protagonista della struttura dell'incriminazione³³.

Per vero, la dequotazione della colpa lieve in ambito medico trova il suo principale ascendente nell'esperienza giuridica dei Paesi di *Common Law*, dove si è scelto di sanzionare penalmente la *negligence* solo nei casi più gravi (*gross negligence*) e raramente nei casi di *medical malpractice*³⁴.

Queste ascendenze emergono in modo evidente nell'impianto della Legge Balduzzi, la quale, per prima, ha subordinato il rimprovero penale alla presenza di un coefficiente colposo particolarmente pregnante legato all'osservanza dei dettami imposti dalle linee guida e dai protocolli, espressione della migliore scienza ed esperienza del momento storico³⁵.

M. CAPUTO, "Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario. *Responsabilità e prospettive*, Milano, 2012, pp. 36-37.

³³ Ne evidenzia i profili critici F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 819.

³⁴ Il diritto anglosassone riserva uno spazio circoscritto ai processi penali per omicidio colposo (*involuntary manslaughter*) cagionato da *negligence*, mentre conferisce un ruolo di primo piano alla risposta civilistica, incentrata sull'istituto del *punitive damage*, categoria che solo di recente ha fatto ingresso anche nel nostro ordinamento. Sul punto si veda *Medico – Legal Guide for Doctors and Lawyers*, stilata da George W. Field nel 1887 (disponibile su www.beinonline.com) ed in particolare il capitolo VI rubricato *Criminal Liability for Negligence or Misconduct*. Ivi si sostiene che "it may be affirmed as a general rule, in the absence of statutory regulations on the subject to the contrary, that a physician or surgeon, qualified and authorized by the law or practice as such, could not be held criminally responsible for an honest error of judgment in the treatment of his patient although it may be cause his death. But if the death results from his gross carelessness, or ignorance, or for criminal misconduct in attention, he would be guilty of manslaughter at common law, if not under statute". Per un quadro non recente ma esaustivo delle problematiche circa la Medical Criminal Liability si veda: A. ARLIDGE, *Criminal negligence in medical practice*, in *Medico – Legal Journal*, 1998, p. 3 ss. nonché S. LEVY, *Criminal Liability for Medical Negligence*, in *Med Law*, 2006, p. 601 ss. Nella letteratura italiana *ex multis* A. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 760. I tratti peculiari del reato di omicidio cagionato da *negligence* costituiscono il parametro sul quale il nostro legislatore, prima con la Legge Balduzzi e poi con la Legge Gelli-Bianco, ha modellato il rimprovero colposo in ambito sanitario. Il diritto anglosassone non si accontenta, infatti, di legare la responsabilità alla semplice mancata osservanza dello standard oggettivo di condotta che deve guidare il "medico – modello" (*reasonable man*), bensì esige che la condotta sia sorretta da una *negligence* di particolare gravità (*gross negligence*). S. RIONDATO, *Introduzione ai profili penalistici della responsabilità in ambito medico sanitario*, in A. BELVEDERE – S. RIONDATO, *La responsabilità in Medicina*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 40. In merito ai *punitive damages* si sono espresse le Sezioni Unite civili della Suprema Corte con la sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017, ritenendo che essi possano trovare ingresso nel nostro ordinamento quando, in sede di delibazione di una sentenza straniera, siano previsti dall'ordinamento nel quale si è originariamente incardinata la causa.

³⁵ Quanto alla letteratura antecedente alla novella, possiamo ricordare, solo in via meramente esemplificativa, F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento*

L'art. 2 L. 8 novembre 2012 n. 189 prevedeva, infatti, che “l' esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”³⁶.

A ben vedere, la norma costituiva l'approdo tanto di un complesso dibattito in ordine all'incidenza dell'art. 2236 c.c. in sede di determinazione della colpa penale³⁷, quanto delle autorevoli ascendenze rinvenibili nei progetti di riforma al Codice penale che si sono susseguiti negli ultimi decenni.

Con riferimento al primo profilo, occorre ricordare come, dopo numerosi cambi di passo, la giurisprudenza avesse assunto una posizione di particolare rigore, improntata alla assoluta autonomia del rimprovero penale rispetto al paradigma civilistico.

La netta dicotomia era peraltro oggetto di autorevoli censure sorrette non soltanto dalla preoccupazione di una certa incoerenza del sistema ma, altresì, dalle

all'attività medica, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1297; M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2008, passim; M.L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005, passim; F. GIUNTA, voce *Medico* (responsabilità penale del), in ID (a cura di), *I Dizionari Sistematici. Diritto Penale*, Milano, 2008, p. 876; G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico secondo la Corte di Cassazione*, Livorno, 2007; D. MICHELETTI, *La colpa del medico, Prima lettura di una recente ricerca sulla campo*, Criminalia, 2008, p. 174; F.C. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica, (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1229; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Padova, 2003, p. 180; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 2006, p. 962. Sulla medicina difensiva torneremo nel corso della trattazione. Fondamentale, in merito, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, p. 69 e ss e 102 e ss.

³⁶ F. VIGANÒ, *Il medico che si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012. Sui problemi legati alla risposta giurisprudenziale: F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 889. In tema di medicina difensiva, fondamentale A. ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1125.

³⁷ F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.* 2003, p. 182. La questione dell'applicabilità alla colpa penale del parametro ex art. 2236 c.c. ha subito notevoli oscillazioni. Una preziosa ricostruzione storica è offerta da R. BLAIOTTA, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 711 ss.; ID., *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*. Testo della relazione al convegno “*Reato colposo e modelli di responsabilità*” organizzato a Ravenna dall'Associazione Franco Bricola, in *www.penalecontemporaneo.it*. Evidenzia una non ancora chiara distinzione concettuale fra *recklessness* e *gross negligence*. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 399 ss. Per un quadro assolutamente esaustivo sull'incidenza del precetto dell'art. 2236 c.c. sul rimprovero penale si legga F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 c.c. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)* in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, p. 272. L'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2236 c.c. alla colpa medica, ed in particolare alla condotta colposa derivante da imperizia, è fortemente debitrice delle riflessioni di Alberto Crespi. In particolare, si veda: A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico – chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 102 ss. e ID, voce *Medico Chirurgo* in *D. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 529.

argomentazioni offerte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1973³⁸. La Consulta, in quell'occasione, aveva ritenuto conforme ai principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza la disciplina del combinato disposto fra l'art. 589 c.p. e l'art. 2236 c.c. "nella parte in cui consentono che, nella valutazione della colpa professionale, il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto ai gradi di colpa di tipo particolare" ed ha ricordato come "la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e risulta ben contenuta, in quanto è operante ed in modo restrittivo in tema di perizia (non quindi per i distinti parametri della diligenza e della prudenza) e questa presenta contenuto e limiti circoscritti", ai casi nei quali la prestazione richiesta comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

I contenuti di questa fondamentale pronuncia, disattesa da tutta la giurisprudenza successiva, ma recuperati, come vedremo, dalle recenti Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sono stati recepiti dal legislatore del 2012, chiamato a conferire un nuovo volto alla responsabilità penale colposa del medico³⁹.

Quanto alle autorevoli ascendenze rinvenibili nei progetti di riforma al Codice penale, facciamo riferimento, in primo luogo, al Progetto Riz di riforma del Titolo I del c.p. il quale, riscrivendo la definizione codicistica di colpa, stabiliva che "se l'evento è conseguenza di prestazione d'opera che implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'imperizia deve essere grave"⁴⁰. La norma recepiva, fra l'altro, le istanze della *European Science Foundation*, la quale, nelle "Raccomandazioni per l'armonizzazione della legge sostanziale e procedurale nell'Europa occidentale", auspicava che si circoscrivesse la responsabilità del medico alle sole ipotesi di colpa grave.

La centralità del grado della colpa nella determinazione del rimprovero costituisce elemento di rilievo anche nella Relazione che accompagna la riforma della parte generale del Codice penale stilata dalla Commissione Grosso⁴¹. Ivi, sebbene si ritenesse inopportuna l'introduzione di un limite normativo al grado della colpa penalmente rilevante, si lasciavano tuttavia spazi interpretativi in ordine agli standard della colpa professionale, in armonia con i principi dell'ordinamento e con gli assunti dettati dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1973.

³⁸ Per una esaustiva ricostruzione del ruolo dell'art. 2236 cc e dell'incidenza della pronuncia della Corte Costituzionale v. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 213 ss. Preziose considerazioni sul ruolo della pronuncia in esame anche G. CANZIO, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 665. La pronuncia è ascrivibile al *genus* delle pronunce interpretative di rigetto, pertanto dotata di efficacia vincolante nei successivi giudizi di merito o di legittimità che attengono alla stessa questione interpretativa.

³⁹ Si fa riferimento a Cass. pen. sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, in *DeJure*.

⁴⁰ Progetto Riz d.d.l. 2038 del 1995, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927.

⁴¹ Commissione Grosso – riforma del codice penale (1 ottobre 1998) – Scheda di sintesi. V. in particolare la relazione conclusiva del 15 luglio 1999 in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wpj;jsessionid=F5569216B7D91755F469CD0F38A1507D.ajpAL01?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47484.

Ma è con il “Progetto Pisapia” che la colpa grave assume un autonomo rilievo nell’impianto della parte generale del Codice penale⁴².

Il Progetto conferiva, infatti, particolare rilievo alla struttura della colpa grave la cui definizione si rinviene nell’art. 16 lett. f): la colpa si considera grave “quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell’agente, è particolarmente rilevante l’inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili”.

Infine, la tesi volta ad ancorare la responsabilità medica alla sola colpa grave non può non trovare un suo portavoce nel “Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico”, a cura del Centro Studi “Federico Stella”.

Ai sensi dell’art. 2 del Progetto: “l’esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p. solo in caso di colpa grave. La colpa è grave quando l’azione o l’omissione dell’esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell’arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell’evento”⁴³.

Le prestigiose riflessioni che hanno fatto da sfondo alla Legge Balduzzi non sono state tuttavia sufficienti a metterla al riparo dalle critiche, sfociate nell’auspicio di un correttivo di tenore maggiormente garantista. Il legislatore, in ossequio soltanto formale a tali istanze, ha modificato la disciplina della responsabilità medica attraverso la legge n. 24 del 2017 il cui volto presenta, tuttavia, molte ombre che ne rendono non facile l’applicazione.

Le molte critiche rivolte alla legge Balduzzi, delle quali non è in questa sede possibile dar conto, hanno così aperto la strada ad una riforma della colpa medica costruita su un paradigma, se possibile, per certi versi ancora più incerto e criticabile.

⁴² Atti della Commissione Pisapia per la riforma del codice penale, 27 luglio 2006; in merito, altresì, P. VENEZIANI, *Esame e valutazione dello schema di disegno di legge delega della commissione Pisapia, La Colpa*, Siracusa, 21-23 giugno 2007, dattiloscritto disponibile su www.isisc.org; Sui lavori della commissione GROSSO e PISAPIA si veda anche D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 260 e p. 269; Sul Progetto GROSSO *ex plurimis* anche E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 863; ID., *La riforma della parte generale del Codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, p. 823; S. CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell’articolato della parte generale del Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 884; nonché *Relazione alle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice penale nella seduta 26 maggio 2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 652.

⁴³ I lavori del Progetto sono puntualmente documentati da G. FORTI – M. CATINO – F. D’ALESSANDRO – G. MAZZUCATO – G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010.

3.2. *La colpa grave nella Legge Gelli-Bianco fra aporie normative ed interventi di supplenza giurisprudenziale*

L'art. 590 *sexies* introdotto dall'art. 6 della Legge Gelli-Bianco, n. 24 del 2017 dispone che "Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto". Il comma 2 prevede, inoltre, l'abrogazione della Legge Balduzzi⁴⁴.

L'art. 6 deve essere letto in combinato disposto con l'art. 5, il quale prescrive che gli esercenti le professioni sanitarie, nel complessivo svolgimento delle loro funzioni, "si attengono, salve le specificità del caso concreto" alle raccomandazioni contenute nelle linee guida pubblicate dall'Istituto superiore di sanità pubblica ed elaborate da organismi scientifici dotati di particolari requisiti, iscritte in un apposito elenco curato dal Ministero della Sanità. La disposizione prescrive, altresì, che in mancanza delle suddette linee guida, i sanitari debbano attenersi alle "buone pratiche clinico assistenziali"⁴⁵.

⁴⁴ Con esclusivo riferimento agli aspetti penalistici della legge GELLI-BIANCO, *ex multis*, G. AMATO, *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, n. 15, 2017, p. 51; L. ISOLABELLA – A. QUATRARO, *Così l'osservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa*, *ivi*, p. p. 56 e ss.; F. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361; M. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 523; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 293; M. CAPUTO, *I nuovi limiti della sanzione penale*, in M. LOVO – L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, p. 26; C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *www.ilpenalista.it*, 1 marzo 2017; ID., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, spec. p. 233; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2 maggio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 5 giugno 2017; A. DE LIA, *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su di una riforma in stile "pulp"*, in *www.archiviopenale.it*, 27 giugno 2017; M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590 sexies c.p.) come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in *www.archiviopenale.it*, 30 maggio 2017.

⁴⁵ La disciplina non è immune da una critica in ordine al pericolo di standardizzazione e burocratizzazione delle linee guida ben compendiata nelle argomentazioni di Cass. pen., Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 22455, Platarotti, in CED Rv. 263732. Il Ministero della salute è tempestivamente intervenuto attraverso due decreti, l'uno del 2 agosto 2017 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 186 del 10 agosto 2017) e l'altro del 29 settembre 2017 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 248 del 23 ottobre 2017).

Il combinato disposto degli artt. 5 e 6 della legge n. 24 del 2017 consegna, dunque, all'interprete una disciplina che conferisce un ruolo decisivo al processo di individuazione, definizione, raccolta, validazione e pubblicazione delle linee guida, nel contesto di un procedimento sinergico fra enti e istituzioni pubbliche e private, società scientifiche, associazioni tecnico scientifiche delle professioni sanitarie, il Ministero della sanità e l'Istituto superiore di sanità pubblica⁴⁶.

A ben vedere, il fulcro della disciplina rimane sempre incentrato sulle linee guida e sui protocolli dei quali occorre offrire una sintetica definizione⁴⁷. Se per *linee guida* si intende “un insieme di raccomandazioni sviluppate sistematicamente, sulla base di conoscenze continuamente aggiornate e valide, redatte allo scopo di rendere appropriato e con un elevato standard di qualità, un comportamento desiderato”⁴⁸, il termine *protocollo* indica invece la codificazione di un novero di adempimenti posti in sequenza sincronica o diacronica che diviene regola quando le parti coinvolte ne stabiliscono la cogenza⁴⁹.

A fronte di questi, come di altri aspetti di vera pregevolezza che involgono i risvolti civilistici della riforma, quest'ultima suscita nell'interprete un forte senso critico non soltanto per la decisione di circoscrivere la sua area di operatività alla sola condotta imperita maturata nel contesto esclusivo delle fattispecie degli artt. 589 e 590 c.p. ma, altresì, per non aver chiaramente menzionato nel dettato legislativo la colpa grave quale soglia di tipicità del rimprovero penale mosso all'esercente la professione sanitaria.

Quest'ultimo profilo ha dato luogo ad una articolata riflessione sull'(apparente e controverso) superamento della distinzione fra colpa lieve e

⁴⁶ La letteratura statunitense, per prima ha sottolineato l'importanza della validazione delle linee guida d. F. RANSOHOFF – M. PIGNONE – H. C. SOX, *How to Decide Whether a Clinical Practice Guideline is Trustworthy*, cit. i quali indicano anche i requisiti che tale operazione deve osservare affinché si possa correttamente confidare nelle prescrizioni contenute: “The first requirement for earning trust is a rigorous process for assembling, evaluating and summarizing the evidences. This requirement is satisfied by performing a systematic review and assessing the quality and strength of the body of evidence. This process requires clinical epidemiological skills and substantial investment of resources. The second requirement is a process for deciding, based on evidence, which of the possible clinical strategies offers the most favorable balance of harms and benefits and should therefore become recommended practice”.

⁴⁷ In dottrina, centrale F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 93; ID., voce *Medico* (responsabilità penale del), in *Dizionari sistematici, Diritto penale*, cit. p. 876. Le linee guida costituiscono “raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”, così Cass. pen. Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, in CED. Rv. 266903.

⁴⁸ V. BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 luglio 2015.

⁴⁹ Il protocollo è suscettibile di compendiare i migliori approdi scientifici che garantiscono il perseguimento di un risultato efficace, ripetibile e controllabile. Nella letteratura statunitense lo ricorda D. F. RANSOHOFF – M. PIGNONE – H. C. SOX, *How to Decide Whether a Clinical Practice Guideline is Trustworthy*, in *Jama*, cit., p. 139.

colpa grave nella perimetrazione dell'ambito di esclusione della rimproverabilità colposa.

Si è autorevolmente sottolineato come, per vero, non si sappia quale *specie* di colpa fosse sottesa financo alla esplicita formulazione della Legge Balduzzi “per la ragione semplicissima che il nostro ordinamento non distingue, salvo casi eccezionali, tra colpa “grave” e colpa “ordinaria” e certo non ha mai conosciuto prima d’ora la colpa *lieve*”⁵⁰. Si è dunque proposto di ancorare ad una valutazione di colpa lieve i fattori legati alla “riconoscibilità del rischio specifico o della prevedibilità dell’evento dannoso o pericoloso, non all’esecuzione pedante ed autoreferenziale di protocolli terapeutici”, mentre un’ipotesi di colpa grave potrebbe connotarsi quando “l’erronea conformazione dell’approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente”⁵¹.

La giurisprudenza, da parte sua, aveva cercato, sin dalla prima applicazione della Legge Balduzzi di individuare lo spazio operativo della colpa grave, identificandolo in un ambito ermeneutico che deve tener conto dei seguenti profili: 1. La misura della divergenza fra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere (“occorrerà, cioè, considerare di quanto ci si è discostati da tale regola”); 2. L’adeguatezza del soggetto ad affrontare il rischio che determina il *quantum* di esigibilità dell’osservanza delle cautele e il *quantum* di affidamento che la collettività ripone sulla sua opera; 3. La motivazione della condotta: “un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per una ragione d’urgenza”; 4. La prevedibilità dell’evento⁵².

La dicotomia colpa lieve – colpa grave aveva suscitato la forte opposizione della dottrina la quale individuava un “irragionevole privilegio” in questa operazione di “elevazione dello standard di colpa penalmente rilevante soltanto in uno specifico settore e solo riguardo ad una specifica categoria professionale”, certo non la sola chiamata a gestire gli esiti potenzialmente nefasti di attività rischiose ancorché consentite⁵³.

Meglio, allora, si suggerisce, o “depenalizzare qualsiasi forma di *culpa levis*” oppure, in ossequio al principio di uguaglianza, valorizzare la sola colpa grave in tutte quelle attività nelle quali “la pretesa di osservanza cautelare assume tratti peculiari dal punto di vista qualitativo”⁵⁴.

⁵⁰ L. RISICATO, *La Cassazione identifica un’ipotesi di colpa “non lieve” del medico: è vera imperizia?*, in *Dir. pen. proc.* 2014, p. 422.

⁵¹ L. RISICATO, *La Cassazione identifica un’ipotesi di colpa “non lieve” del medico: è vera imperizia?*, cit. p. 423.

⁵² Cass. pen. Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *DeJure*.

⁵³ A. VALLINI, *L’art. 3 del decreto Balduzzi tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 737.

⁵⁴ A. VALLINI, *L’art. 3 del decreto Balduzzi tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit. p. 737.

Il nuovo art. 590 *sexies*, forse nella consapevolezza di una difficoltà ermeneutica così forte, ha (apparentemente) deciso di abolire tale dicotomia rendendo “non punibile” *tout court* la condotta osservante le adeguate raccomandazioni di cui all’art. 5 L. 24 del 2017 o le *best practices*.

Diremmo, dunque, anche se la condotta esprime un coefficiente di colpa grave.

La giurisprudenza si è da subito resa interprete di questa incertezza esprimendo, a pochi mesi di distanza, due tesi radicalmente contrapposte, le quali hanno poi trovato composizione nelle statuizioni delle Sezioni Unite penali⁵⁵.

In prima istanza, si era pronunciata sentenza c.d. Tarabori la quale aveva ritenuto di mantenere la dicotomia fra colpa grave e colpa lieve, circoscrivendo a quest’ultima ipotesi l’ambito applicativo della “causa di non punibilità” prevista dalla legge Gelli-Bianco⁵⁶.

A distanza di poco tempo, un diverso tenore interpretativo era offerto dalla sentenza Cavazza, la quale individuava non solo nell’imperita applicazione, ovvero nella fase esecutiva dell’intervento terapeutico, la latitudine applicativa della causa di non punibilità di cui all’art. 590 *sexies* ma altresì affermava che “il legislatore, innovando rispetto alla legge Balduzzi, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella prospettiva del *novum* normativo, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell’ambito di operatività della causa di non punibilità”⁵⁷.

⁵⁵ Cass. pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, in *DeJure*.

⁵⁶ Cass. pen. Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, Tarabori, in *DeJure* e con nota di M. CAPUTO, “Promossa con riserva”: la legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene “rimandata a settembre” per i decreti attuativi, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 724; M. FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 novembre 2017. In realtà, la sentenza Tarabori appare ancor più severa nei confronti del legislatore, affermando che la novella pone “dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili” e inoltre “mostra incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo”. I giudici sottolineavano la presenza di forti incongruenze nel precetto dell’art. 6 tali da inficiarne la portata applicativa. Questa, infatti, stabilendo la “non punibilità” dell’agente che rispetti le linee guida accreditate ed adeguate alla specificità del caso concreto, costituirebbe nient’altro che una “espressione dell’ovvio” perché, chi rispetta le linee guida appropriate, non incorre in alcuna violazione cautelare e non è dunque suscettibile di un rimprovero colposo. La sentenza respinge peraltro anche una interpretazione della norma che veda coincidere l’ambito di imperizia penalmente irrilevante con un evento lesivo che si sia verificato quando il sanitario “almeno in qualche momento della relazione terapeutica”, abbia comunque fatto applicazione delle direttive qualificate”. Ove, infatti, l’evento lesivo fosse causalmente legato ad una condotta imperita, posta in essere esulando dall’ambito specificatamente regolato dalle linee guida adottate dal sanitario, l’applicazione della causa di non punibilità contravverrebbe, secondo la Corte, al principio costituzionale di colpevolezza e ai principi legati all’applicazione del rimprovero colposo. Questa interpretazione, pur conservando la dicotomia fra colpa lieve e colpa grave e pur offrendo un quadro di compatibilità con i principi costituzionali (art. 32), tuttavia svislisce la riforma non rinvenendo “alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità, giungendo alla frettolosa conclusione circa l’impossibilità di applicare il precetto” e dando luogo così ad una “interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare”.

⁵⁷ Cass. pen. Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, Cavazza, in *DeJure*. La sentenza Cavazza afferma

La sentenza Cavazza attribuisce, dunque, alla novella legislativa “una portata applicativa impropriamente lata: quella di rendere non punibile qualsiasi condotta del sanitario che abbia provocato la morte o le lesioni, pur se connotata da colpa grave”⁵⁸.

Sul contrasto è intervenuta la Suprema Corte individuando una “sintesi interpretativa complessiva, capace di restituire l’effettiva portata della norma in considerazione”⁵⁹, conservando la dicotomia fra colpa lieve e colpa grave⁶⁰ e delimitando l’ambito di applicativo della novella alla sola fase esecutivo – attuativa delle linee guida⁶¹.

La Corte afferma, infatti, che “la norma in esame continua a sottendere la nozione di “colpa lieve”, in linea con quella che l’ha preceduta e con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni”⁶².

il seguente principio di diritto: “Il secondo comma dell’art. 590 *sexies* c.p.... prevede una causa di non punibilità dell’esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico assistenziali adeguate alla specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell’applicazione delle stesse”. Una simile interpretazione sarebbe imposta dalla *ratio* della norma, volta “a favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale” ed inserita in un “percorso di attenuazione del giudizio sulla colpa medica”, il quale culmina proprio con l’art. 590 *sexies*, “causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia, la cui operatività è subordinata alla condizione che dall’esercente la professione sanitaria siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali e che dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto”.

⁵⁸ Così Cass. pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, cit. p. 18.

⁵⁹ Così Cass. pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, cit. p. 14.

⁶⁰ Per vero, le Sezioni Unite evidenziano una diversa portata applicativa della Legge Balduzzi rispetto alla legge Gelli-Bianco. Secondo la Corte, la Legge Balduzzi, limitando l’ambito applicativo dell’art. 43 c.p., ne deroga la portata, dando luogo ad una *abolitio criminis*, mentre la legge Gelli-Bianco, non derogherebbe ai principi generali, muovendosi piuttosto “sul terreno della specificità” e “ricorrendo all’inquadramento della non punibilità sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti”. Sui profili di incostituzionalità della legge si veda anche C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3146.

⁶¹ Due autori hanno differenziato l’ipotesi di “adempimenti inopportuni” da quella di “adempimenti imperfetti”. Nel caso in cui il sanitario applichi linee guida inadeguate al caso concreto e dal trattamento sanitario derivi un nocumento per il paziente, allora si ritiene che l’agente debba essere sanzionato anche per colpa lieve. Nel caso in cui il sanitario commetta un errore nella fase di adeguamento ad una linea guida che ha correttamente individuato non potrebbe più essere invocato il limite della colpa grave, rimanendo possibile invece appellarsi alla sola ipotesi di una osservanza di linee guida legislativamente imposte. Così, G. M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli Bianco” nella prospettiva del diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 12. Giova ribadire, inoltre, come la citata sentenza Cavazza definisca l’ambito operativo della causa di non punibilità entro lo stretto confine applicativo di una linea guida che era stata scelta, dal medico, nel novero di quelle conferenti. L’imperizia coperta dal raggio di azione dell’art. 590 *sexies* è infatti solo quella *in executivis* e non coincide con la scelta errata della linea guida stessa, condotta rispetto alla quale, come abbiamo visto, per parte della dottrina non opererebbe la novella.

⁶² Cass. pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, cit. p. 23.

La soluzione adottata dalla Corte si rivela, per vero, in linea con gli obiettivi della riforma e con la tradizione giuridica, rispetto alla quale assume un rilievo l'art. 2236 c.c. quale "principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia".

La centralità dell'art. 2236 c.c. ai fini della graduabilità della colpa penale del sanitario costituisce, dunque, principio consolidato e consente di conservare la dicotomia fra colpa lieve e colpa grave sulla quale poggia, pur in via interpretativa, anche l'impianto applicativo della legge Gelli-Bianco⁶³.

Sulla scorta di queste considerazioni, la Suprema Corte statuisce i seguenti principi di diritto: "L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio dell'attività medico chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o dalle buone pratiche clinico – assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico"⁶⁴.

Nonostante l'autorevolezza, non solo formale, della pronuncia che pone fine (per ora) ad un dibattito tanto necessario quanto rischioso, il quadro del rimprovero colposo a carico del sanitario rimane ancora controverso e notevolmente perfettibile⁶⁵.

Certo è che, nonostante le molte istanze provenienti dal mondo della dottrina e della giurisprudenza, il nostro ordinamento non è stato ancora capace di dare voce ad un anelito fondamentale espresso da un noto ed illuminato magistrato il quale ricorda come "il tema della responsabilità professionale è un tema unitario, non si può fare una legge sulla responsabilità penale dei medici e poi disinteressarsi degli altri professionisti (...) l'Italia avrebbe bisogno di una legge sulla responsabilità penale dei professionisti, una legge fatta bene (...) che segua la strada che è seguita in quasi tutti gli altri Paesi: da un lato la graduazione della colpa e dall'altro la graduazione di criteri diversi, differenziati per soddisfare le pretese della vittima in un contesto diverso da quello penale"⁶⁶.

⁶³ La circostanza è avvalorata altresì dalla ricordata sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1973, ma altresì dai lavori parlamentari che mostravano di voler differenziare il trattamento sanzionatorio in base al grado della colpa che sorregge la condotta del sanitario.

⁶⁴ Cass. pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, cit. p. 29.

⁶⁵ Come evidenza con assoluto nitore D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico fra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, p. 705 ss.

⁶⁶ R. BLAIOTTA, *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, in AA.VV. *La Protezione civile nella società del rischio*, cit., p. 152.

Strumentale a questo indirizzo è sicuramente la riflessione sulla portata applicative dell'art. 2236 c.c. il quale costituisce “ancor prima di una regola giuridica, una regola di logica, una regola di razionalità [è] una regola di equità”⁶⁷.

A più di tre anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, il legislatore italiano, come noto, non è ancora riuscito a dar vita ad una regolamentazione della responsabilità colposa penale che si presenti uniforme per tutte le categorie chiamate a gestire un rischio lecito, non autoprodotta, che deve essere fronteggiato per il bene comune di tutti i cittadini.

In ossequio all'anelito espresso nei confronti della creazione di una disciplina conforme agli standard sovranazionali, proviamo qui a rivolgere lo sguardo verso l'ordinamento spagnolo il quale privilegia oggi un modello di responsabilità colposa incentrato sulla sola colpa grave e che, di recente, ha estromesso la colpa lieve dalla tipicità del rimprovero penale, salvo poi, come vedremo, istituire una nuova tipizzazione di colpa *meno grave* ancora oggetto di un serrato dibattito da parte di dottrina e giurisprudenza.

La scelta per il modello spagnolo è dettata, fra l'altro, dalla comune ascendenza delle riflessioni sul delitto colposo mutuata dalla dottrina tedesca che così tanto ha influito, pur con esiti, come vedremo diversi, su entrambi gli ordinamenti⁶⁸.

4. *La imprudencia grave e la imprudencia meno grave nell'ordinamento spagnolo: approdi ermeneutici e modelli concreti nell'approccio selettivo ad un rimprovero colposo di peculiare pregnanza*

Le incertezze e le fragilità manifestate dal legislatore italiano in merito alla scelta della soglia di tipicità penale da riservare ad alcune fra le più importanti attività rischiose consentite appaiono ancor più censurabili sol che si voglia porre lo sguardo ad ordinamenti come quello spagnolo ai quali ci accomuna, come detto, un solido impianto dogmatico⁶⁹.

⁶⁷ R. BLAIOTTA, *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, cit. p. 153.

⁶⁸ Le comuni ascendenze sono ampiamente sottolineate da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., fra i molti passaggi nei quali è evidenziato, si veda. p. 236. Di assoluto interesse per uno sguardo d'insieme si veda L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, passim; si veda inoltre A. PERIN, *L'illecito colposo nella dottrina italiana e spagnola. Lineamenti dogmatici e comparatistici* (Tesi di dottorato), il quale spiega “I contributi in materia di colpa pubblicati in Italia e Spagna negli ultimi trent'anni mostrano un'attenzione puntuale e costante per la dogmatica tedesca e un interesse reciproco generalmente superficiale o meramente ricognitivo. Per questa ragione, le dispute teoriche sorte in Germania hanno fatto ingresso nei due Paesi in maniera tendenzialmente autonoma, sviluppandosi parallelamente e trovando nei due contesti culturali soluzioni o compromessi talvolta molto differenti”. L'autore torna su questi temi anche in *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Polít. crim.* Vol. 12, 2017, pp. 207-266. Sulla riforma del *Codice Penal* e in particolare sulla colpa si veda p. F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir e proc pen.*, 2018, p. 903.

⁶⁹ Costituiscono un contributo fondamentale allo studio della colpa penale le monografie di

Con la Ley Organica n. 1 del 30 marzo 2015 (di seguito L.O. 1/2015) la Spagna ha, infatti, ridisegnato il volto del rimprovero colposo dimostrando una sensibilità indubbiamente spiccata nei confronti delle istanze provenienti tanto dal mondo professionale quanto dalla società civile, ormai matura per comprendere come la *panpenalizzazione* della risposta alla commissione dell'evento non voluto ingeneri comportamenti distortivi che non giovano, in prima battuta, agli stessi destinatari del dovere di protezione⁷⁰.

Prima di addentrarci nelle maglie della nuova disciplina del rimprovero colposo giova ricordare come anche il *Código Penal* prescelga la tipizzazione espressa delle fattispecie punibili a titolo di colpa le quali, come previsto dall'art. 12 c.p., rappresentano un *numerus clausus*⁷¹, ma non offra un "dato definitorio" della stessa paragonabile alla portata del nostro art. 43 c.p.⁷².

Nell'ordinamento spagnolo la maggior parte delle fattispecie colpose sono ricomprese fra i delitti di evento, anche se non sono escluse fattispecie di evento di pericolo concreto (ad es. il delitto dell'art. 316 posto a tutela della sicurezza sul lavoro) ed inoltre fattispecie di mera condotta (come ad esempio l'art. 301 che pu-

M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989 e ora, disponibile nella ristampa, Montevideo – Buenos Aires, 2005, *passim*; A. GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, *passim*; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, *passim*; C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcellona, 2012, *passim*; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona, 2015, p. 433. Ancora, nella letteratura, *ex plurimis*, B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de "lege lata" y de "lege ferenda")*, in *Cuadernos pol. crim.*, 1997, p. 304.

⁷⁰ Sulla novella, nella letteratura spagnola, *ex multis*, J. A. MARTOS NUÑEZ (a cura di), *El delito de asesinato. Analisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*, Siviglia, 2015; L. MORILLAS CUEVA (a cura di), *Estudio sobre el Código penal reformado (Leyes Organicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015; M. J. VALLEJO – A. L. PERRINO PEREZ (a cura di), *Reforma penal de 2015*, Madrid, 2015. Inoltre, di grande interesse, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La reforma de 2015 y su incidencia en los accidentes de circulación*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, Mayo 2017, p. 48.

⁷¹ I. RAMOS TAPIA, *La imprudencia*, in J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (a cura di), *Lecciones de derecho penal (Parte General)*, II ed, Valencia, 2015, p. 122.

⁷² Senza entrare nella ampia discussione che domina il tema è qui possibile ricordare che il legislatore spagnolo non ha definito la colpa, ma due sono i dati normativi fondamentali: in primo luogo l'art. 10 c.p. stabilisce che "sono delitti le azioni o le omissioni dolose o colpose, punite dalla legge". Sul punto, nella letteratura italiana D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, cit., p. 235, nella letteratura spagnola L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal, Parte general*, Madrid, 2019, p. 742. In secondo luogo, rileva l'articolo 14 c.p. il quale stabilisce che il reato sarà punito come colposo quando "tenuto conto delle circostanze dell'atto e delle circostanze personali dell'autore" l'errore sul fatto costitutivo dell'illecito penale era evitabile. Taluno ha così sostenuto che la colpa debba ritenersi un errore sul tipo. Su questa tesi si veda I. RAMOS TAPIA, *La imprudencia*, cit. p. 125. Inoltre, nel dibattito in ordine alla circostanza della autonomia del delitto colposo o della necessità di concepirlo come una forma o grado della colpevolezza, la prima tesi sembra accreditata dalla dottrina più autorevole per la quale *ex multis*, L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal, Parte general*, cit., p. 808, si tratta infatti di un "nivel autónomo del juicio de culpabilidad".

nisce il riciclaggio di denaro) delle quali si sanziona anche la declinazione colposa (artt. 317 e 301 comma 3 c.p.)⁷³.

La stretta tipizzazione del rimprovero colposo rappresenta una scelta introdotta dal Codice penale del 1995 ed è stata altresì influenzata negli anni da una evoluzione molto intensa che ha coinvolto le *clases de imprudencia*⁷⁴.

Il Codice penale previgente, infatti, nel concepire il rimprovero colposo come una *species* nella quale poteva declinarsi l'intero novero delle fattispecie di parte speciale, distingueva, in prima battuta, fra *imprudencia temeraria* (ad esempio il delitto di cui all'art. 565 c.p.), e la *simple imprudencia* o negligenza le quali erano sanzionate penalmente ove la condotta avesse cagionato un danno alla persona.

La condotta colposa poteva aver luogo con *infracción de reglamentos*, oppure senza tale inosservanza (art. 586 bis del Codice previgente). Era altresì sanzionata la *simple imprudencia* con *infracción de reglamentos* la quale avesse causato un danno di valore superiore all'entità indicata dal *Seguro Obligatorio* (art. 600 del Codice previgente)⁷⁵.

Il Codice penale del 1995 modifica radicalmente la geometria del rimprovero colposo introducendo, anche in linea con il nostro ordinamento, un sistema improntato al *numerus clausus*, nel quale non trovano spazio né la *imprudencia temeraria* né tantomeno quella *simple*, sostituite dalla *imprudencia leve*, punita come contravvenzione⁷⁶ (art. 621, comma 2 e 3, c.p.) e dalla *imprudencia grave* (colpa grave), sanzionata come un delitto, con l'unica eccezione delle lesioni previste all'art. 147, comma 2, c.p. le quali, sebbene cagionate con colpa grave, si punivano come contravvenzioni e dell'art. 621, comma 1, c.p.⁷⁷.

Alcune fattispecie colpose risultano aggravate quando commesse con il mezzo dell'automobile, del ciclomotore, delle armi da fuoco o attraverso una condotta posta in essere nello svolgimento di una professione (per esempio, art. 142, omicidio, 146, aborto aggravato dalla colpa professionale, 152, lesioni, 158, lesioni al feto aggravate dalla colpa professionale).

La L.O. 1/2015 interviene anche su questo quadro di disciplina, introducendo notevoli cambiamenti nel volto complessivo sia della parte generale che di quella speciale del diritto penale spagnolo.

Quanto alla prima, la L.O. 1/2015 dispone l'ingresso della pena della *prisión permanente revisable* e impone una revisione approfondita della sospensione

⁷³ I. RAMOS TAPIA, *La imprudencia*, cit. p. 124.

⁷⁴ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal*, cit., p. 816. Occorre dar conto del fatto che in questo lavoro si è tradotto il termine "imprudencia" con "colpa", pur nella consapevolezza che il termine "culpa" corrisponde per la lingua spagnola alla colpa civilisticamente intesa.

⁷⁵ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal*, cit., p. 816.

⁷⁶ Non manca di interesse sottolineare come nel codice del 1995 e fino alla loro totale abolizione con la L.O. 1/2015 le contravvenzioni erano costruite come illeciti complementari ai delitti, non potevano, cioè, come accade in Italia, interessare qualsiasi tipo di bene ma dovevano disciplinare solo la lesione di beni già tutelati attraverso una fattispecie delittuosa.

⁷⁷ *Ibidem*.

dell'esecuzione delle pene detentive, nonché l'eliminazione formale delle contravvenzioni dal Codice penale.⁷⁸

Senza dubbio, però, la novità di maggior tenore è rappresentata dal nuovo statuto della colpa penale, riservato alla Parte Speciale del Codice⁷⁹.

La L.O. 1/2015 consegna alla disciplina civilistica la colpa lieve *tout court*, mentre introduce la nuova categoria della colpa *meno grave*, ricondotta al *genus* del *delito leve*, la quale trova la sua efficacia nel ristretto novero della fattispecie di omicidio (art. 142, comma 2, c.p.) e delle lesioni (art. 152, comma 2, c.p.)⁸⁰. Con riferimento a quest'ultima, la latitudine applicativa della colpa meno grave restringe ancor più il suo campo applicativo alla fattispecie dell'art. 174, comma 1, c.p. (lesione che diminuisce l'integrità fisica o la salute fisica e mentale), dell'art. 149 c.p. (perdita o inutilizzabilità di un organo o di un membro principale o di un senso, impotenza, sterilità, grave deformità, grave infermità fisica o psichica, mutilazione genitale) e dell'150 c.p. (perdita o inutilizzabilità di un organo o di un membro non principale)⁸¹.

Fuori da questi casi, il rimprovero può essere mosso solo a titolo di colpa grave.

In via del tutto esemplificativa, possiamo ricordare come ad oggi fra i casi di più frequente applicazione del rimprovero a titolo di colpa grave previsti dal *Código penal* vi siano la fattispecie di omicidio colposo (art. 142, comma 1 c.p.); aborto colposo (art. 146 c.p.); lesioni colpose (art. 152 commi 1, n. 2 e 3, i quali fanno riferimento alle lesioni punite agli artt. 147, comma 1, 149 e 150 c.p.); lesioni al feto (art. 158 c.p.); manipolazione genetica colposa (art. 159, comma 2 c.p.); sostituzione colposa di minori (art. 220, comma 5 c.p.); per fatti di particolare gravità con riferimento al valore dell'oggetto o all'importanza del pregiudizio (art. 267 c.p.); riciclaggio colposo (art. 301, comma 3 c.p.); delitti colposi commessi contro la sicurezza dei lavoratori (art. 317 c.p.); danneggiamento colposo del patrimonio

⁷⁸ Sebbene talune fattispecie contravvenzionali siano oggi di fatto punite come *delitos leves*. Si tratta di una nuova categoria di delitti, creata dalla riforma del 2015, che va ad aggiungersi ai delitti gravi e meno gravi, e che viene sanzionata con la pena della sola multa. Lo ricorda anche p. F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, cit., p. 909.

⁷⁹ Come peraltro è accaduto anche con riferimento all'art. 590 *sexies* c.p.

⁸⁰ L'appartenenza al *genus* dei *delitos leves* importa alcune significative conseguenze che risiedono principalmente nella possibilità, per l'autore, di evitare una condanna penale. Fra di esse ricordiamo la procedibilità a denuncia della persona offesa o del suo rappresentante legale, la possibilità per il giudice di dichiarare estinto il reato in caso di perdono della persona offesa (art. 130, comma 5, c.p.), la prescrizione di un anno dalla commissione del fatto, la partecipazione solo eventuale del Pubblico Ministero al giudizio e la possibilità che questi archivi il procedimento in ragione della tenuità del fatto (ai sensi dell'art. 963 della *Ley de enjuiciamiento criminal*).

⁸¹ Come previsto dall'art. 152, comma 2, c.p. Per un'ampia disamina su queste fattispecie, B. DEL ROSAL BLASCO, *Del homicidio y sus formas*, in L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2016, p. 19; B. DEL ROSAL BLASCO, *Las lesiones*, in L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 89. Occorre poi notare come solo con la L.O. n. 2 del 1° marzo 2019 si provvede ad ascrivere alla colpa meno grave le condotte che comportano una lesione prevista dall'art. 147 cpv. 1 c.p., ovvero una lesione la quale, per la sua cura, richieda un trattamento medico o chirurgico (art. 152 cpv. 2 c.p.).

anagrafico, museale o storico per un valore superiore ai 400 euro (art. 324 c.p.); delitti colposi contro l'ambiente (art. 331 c.p.); delitti colposi relativi all'energia nucleare e alle radiazioni ionizzanti (art. 344 c.p.); incendio colposo (art. 358 c.p.); delitti colposi contro la salute pubblica (art. 367 c.p.); falso colposo (art. 391 c.p.); *prevaricación judicial* colposa (art. 447 c.p.)⁸²; slealtà professionale colposa (art. 467, comma 2, ultimo cpv c.p.)⁸³; delitti colposi commessi da funzionari pubblici contro i diritti costituzionali (art. 532 c.p.); divulgazione colposa di segreti (art. 601 c.p.); mancato colposo perseguimento di alcuni reati (art. 615 bis, comma 2 c.p.).

Invece, come detto, i casi puniti a titolo di colpa meno grave, come *delitos leves*, sono le sole fattispecie dell'omicidio (art. 142, comma 2, c.p.) e le lesioni (art. 152, comma 2, c.p.)⁸⁴.

Non sfugge all'interprete come questo sforzo di razionalizzazione del rimprovero colposo, ancorché connotato da aspetti di sicuro pregio sistematico, non sia in grado, da solo, di sopire alcuni centrali interrogativi che attengono tanto alla portata semantico – applicativa della colpa grave, quanto alla possibilità di qualificare la colpa meno grave come un vero e proprio *tertium genus*, capace di esprimere un *novum* normativo di sicura pregnanza.

In altre parole, si dovrà approfondire come la dottrina e la giurisprudenza spagnole abbiano risolto l'annoso problema dell'individuazione del grado della colpa il quale, anche in questo caso, come del pari accade per la colpa medica nel nostro ordinamento, assolve ad una funzione di tipicità del rimprovero.

Il tratteggiarsi di un volto quanto più definito possibile della colpa grave sarà funzionale anche alla risposta al secondo e forse più controverso problema in ordine alla natura della colpa *meno grave* la quale, come vedremo, potrebbe costituire:

⁸² L'art. 447 c.p. prevede che "Il giudice o il magistrato che, per colpa grave o per ignoranza inescusabile, emette una sentenza o assume una decisione manifestamente ingiusta è punito con la pena dell'interdizione speciale dal lavoro o dai pubblici uffici per un periodo da due a sei anni".

⁸³ L'art. 467 c.p. prevede che "1. L'avvocato o il procuratore che, avendo assistito o assunto la difesa o la rappresentanza di qualsiasi persona, senza il consenso di quest'ultima, difende o rappresenta nella stessa materia chiunque abbia interessi contrari, è punito con la multa da sei a dodici mesi e con l'interdizione speciale dalla professione per due o quattro anni. 2. L'avvocato o il procuratore che, con una azione o un'omissione, leda manifestamente gli interessi affidatigli, è punito con un'ammenda da dodici a ventiquattro mesi e con una speciale interdizione dal lavoro, dai pubblici uffici, dalla professione o dall'ufficio per un periodo da uno a quattro anni.

Se i fatti sono commessi con colpa grave, la pena è della multa da sei a dodici mesi e l'interdizione speciale dalla professione da sei mesi a due anni."

⁸⁴ La colpa meno grave degli articoli 142, secondo comma, e 152 secondo comma, c.p. si configura come *delito leve* in considerazione della disposizione contenuta nel nuovo articolo 13, quarto comma, secondo inciso c.p.. Le conseguenze di questo delitto sono diverse: i precedenti per questo tipo di reato non vengono tenuti in considerazione per la recidiva (art. 22.8 c.p.); la determinazione della pena viene lasciata alla prudente determinazione del giudice (art. 66.2 c.p.); tali precedenti non causano la revoca della sospensione dell'esecuzione né possono essere presi in considerazione per il suo diniego (art. 22.8 c.p.); essi non causano la revoca della sospensione dell'esecuzione della pena né possono essere presi in considerazione per il suo diniego (art. 66.2 c.p.); incidono sui termini di prescrizione (art. 131 c.p.); incidono sul termine per la cancellazione dal casellario giudiziale (art. 136 c.p.); è previsto rito *ad hoc* con possibilità di archiviazione per motivi tassativi di opportunità, regolati nel Libro VI LECrim.

1. una forma meno intensa di colpa grave; 2. oppure una declinazione maggiormente offensiva della colpa lieve; 3. un momento di sintesi fra colpa lieve e colpa grave; 4. o, infine, un vero e proprio *tertium genus*.

4.1. *La imprudencia grave in cerca di autore*

Prima di addentrarci nella disamina, certamente non esaustiva, dei profili di indagine, pare opportuno riflettere sulle ragioni che hanno condotto il legislatore spagnolo a ridisegnare l'intero volto della tipicità colposa.

Un riferimento importante è offerto dalla sezione XXXI del Preambolo della L.O. 1/2015⁸⁵, la quale richiama il principio di *intervención mínima* e la necessità di concepire la risposta penale come *extrema ratio*, quali direttrici di politica criminale da sole sufficienti a giustificare un intervento volto a ridimensionare la latitudine applicativa del rimprovero⁸⁶.

⁸⁵ La L.O. 1/2015 è reperibile sul sito ufficiale del Boletín Oficial del Estado, *www.boe.es*. Nella parte che ci interessa, recita: “per quanto riguarda la fattispecie di omicidio e lesioni colpose, si ritiene opportuno orientare verso la giurisdizione civile gli attuali reati di omicidio e lesioni puniti a titolo di colpa lieve, in modo che permangano nel novero dei reati solo l'omicidio e le lesioni gravi, commessi con colpa grave (artt. 142, comma 1, e 152, comma 1), nonché il reato di omicidio e lesioni gravi, commessi con colpa grave, che entreranno a far parte del catalogo dei *delitos leves* (artt. 142, comma 2, e 152, comma 2, del Código penal). È quindi prevista una modulazione della colpa penale che comprende un duplice grado, grave e meno grave. La scelta condurrà ad una migliore graduazione della responsabilità penale incentrata esclusivamente su di una condotta degna di rimprovero ed al tempo stesso permetterà di riconoscere i casi di colpa lieve che dovrebbero rimanere al di fuori del Codice penale. Non ogni azione colposa da cui derivi un risultato dannoso dovrebbe dar luogo ad una responsabilità penale. Il principio dell'intervento minimo e la considerazione del sistema punitivo come *extrema ratio* comporta che nel fuoco della tipicità penale debbano essere ricondotti esclusivamente i casi di colpa grave, mentre altre tipologie di condotta colposa devono essere ricondotte all'ambito del diritto civile, nel contesto del quale assumeranno la forma di una responsabilità extracontrattuale prevista agli artt. 1902 e ss. del Codice civile, ipotesi che deve essere invocata da chiunque desideri tutela a fronte di tale grado di rimprovero soggettivo”.

⁸⁶ Anche se non mancano voci contrarie come R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La Reforma Penal de 2015 y su incidencia en los accidentes de circulación*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, cit. p. 4, il quale sostiene che “la conversione o la trasformazione della contravvenzione dell'omicidio e delle lesioni cagionate con colpa lieve in un illecito civile dà luogo alla mancanza di tutela di beni giuridici della massima importanza, come la vita e l'integrità fisica. Questa è probabilmente la decisione più discutibile mai presa per quanto riguarda la detipizzazione delle contravvenzioni, poiché beni giuridici essenziali come la vita e la salute umana rimangono privi di adeguata tutela”. Su questo tema, P. FARALDO CABANA, *La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa*, in *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, n. 3, Barcellona, 2014, pp. 15-18. L'autrice sostiene che la “depenalizzazione di molti reati e il conferimento della potestà sanzionatoria all'autorità amministrativa, soprattutto con riferimento alle sanzioni che violano l'ordine pubblico, non costituisce una risposta al principio dell'intervención mínima, ma piuttosto determina una più efficace attività repressiva dell'amministrazione in questo ambito, poiché sussiste una presunzione di veridicità rispetto a quanto affermato da parte degli agenti e dei corpi di polizia. Inoltre, Il ricorso contro le sanzioni è reso più difficile da strategie quali la riduzione dell'importo della sanzione se pagata in anticipo, o l'obbligo di pagarla per il ricorso.

Questi presupposti, che rappresentano i pilastri sui quali devono poggiare le scelte sistematiche di un diritto penale costituzionalmente orientato e capace di rispondere in modo equilibrato alle esigenze della postmodernità, a ben vedere, potrebbero da subito plasmare l'opera del legislatore italiano se questi non avesse ceduto il timone della funzione regolatoria ad una giurisprudenza ormai pienamente supplente.

Al contrario, il più lungimirante legislatore spagnolo si è riservato la potestà di effettuare scelte maggiormente solide in ordine alla modulazione del rimprovero colposo da un lato, estromettendo la colpa lieve dal rimprovero colposo, e, dall'altro, affidando agli artt. 142 e 152 del Codice penale importanti scelte incriminatrici la cui, ancorché mera, enunciazione appare funzionale alla più ampia disamina che ci siamo proposti⁸⁷.

Quanto alla struttura, le fattispecie in esame appaiono alquanto simili. Infatti, entrambi gli articoli constano di due diversi commi ai quali corrispondono due diverse fattispecie che si distinguono, fra l'altro, per il grado di colpa richiesto ai fini della tipicità (colpa *grave* e colpa *meno grave*).

Richiamiamo ora il dato definitorio delle fattispecie in esame, affrontando per prime le ipotesi punite a titolo di colpa grave e poi quelle punite a titolo di colpa meno grave.

A. Le ipotesi punite a titolo di colpa grave.

a.1. L'articolo 142, comma 1, del Codice penale stabilisce che “chiunque, per colpa grave, cagiona la morte di un'altra persona è punito per omicidio colposo con la reclusione da uno a quattro anni”. Per quanto riguarda la circolazione stradale, il precetto aggiunge che se l'omicidio colposo è stato commesso “utilizzando un veicolo a motore o un ciclomotore, la pena comprende altresì la privazione del diritto di guidare veicoli a motore e ciclomotori da 1 a 6 anni. Agli effetti di questo comma, si considererà a tutti gli effetti come colpa grave quella condotta⁸⁸ in reazione alla quale la sussistenza di una delle circostanze previste dall'art. 379 darà luogo alla commissione del fatto tipico”.

La norma prosegue prescrivendo che “se l'omicidio colposo sia commesso utilizzando un'arma da fuoco, si infliggerà altresì la pena della privazione del porto d'armi da uno a sei anni”. Inoltre, “se l'omicidio è commesso per colpa nell'esercizio di una professione si infliggerà altresì la pena dell'inabilitazione speciale all'esercizio della professione, ufficio o incarico per un tempo da tre a sei anni”.

a.2. L'art. 152, comma 1, del Codice penale punisce le lesioni dolose previste dagli artt. 147.1, 149 e 150 dello stesso Codice quando siano commesse con col-

Tale attività repressiva è più facilmente occultabile, poiché è di solito più strettamente legata al campo penale e carcerario”.

⁸⁷ Anche se, come fra poco vedremo, l'entità della colpa meno grave è comunque rimessa “all'apprezzamento del giudice o del tribunale”. Invero la prescrizione potrebbe essere anche di per sé ultronea giacché la magistratura giudicante effettua comunque questo apprezzamento.

⁸⁸ Di conduzione.

pa grave. L'articolo 152 del c.p. prevede, infatti, che “chiunque, per colpa grave, cagiona una delle lesioni di cui agli articoli precedenti è punito, in proporzione al rischio e al risultato conseguito, con: 1) la reclusione da tre a sei mesi o la multa da sei a diciotto mesi per le lesioni di cui all'articolo 147, comma 1; 2) la reclusione da uno a tre anni per le lesioni di cui all'articolo 149; 3) la reclusione da sei mesi a due anni per le lesioni di cui all'articolo 150”. Nel paragrafo successivo si specifica, in relazione alla circolazione stradale, che “se i fatti sono stati commessi con l'uso di un veicolo a motore o di un ciclomotore, la pena consisterà anche nella privazione del diritto di guidare veicoli a motore e ciclomotori per un periodo da 1 a 4 anni. Agli effetti di questo comma, si considererà a tutti gli effetti come colpa grave quella condotta (di conduzione) in reazione alla quale la sussistenza di una delle circostanze previste dall'art. 379 darà luogo alla commissione del fatto tipico”.

La norma prosegue prescrivendo che “se le lesioni sono commesse utilizzando un'arma da fuoco, si infliggerà altresì la pena della privazione del porto d'armi da uno a quattro anni”. Inoltre, “se le lesioni sono commesse per colpa nell'esercizio di una professione si infliggerà altresì la pena dell'inabilitazione speciale all'esercizio della professione, ufficio o incarico per un tempo da sei mesi a quattro anni”.

B. Le ipotesi punite a titolo di colpa meno grave.

b.1. L'articolo 142, comma 2, stabilisce che “chiunque, per colpa meno grave, cagiona la morte di un altro è punito con la multa da tre a diciotto mesi”⁸⁹ e che “se l'omicidio è stato commesso con l'uso di un veicolo a motore o di un ciclomotore, *potrà* essere inflitta la pena della privazione del diritto alla guida di veicoli a motore e di ciclomotori⁹⁰ anche per un periodo compreso tra i tre e i diciotto mesi”.

Inoltre, il legislatore afferma che “si riterrà sussistente la colpa meno grave, quando non sia qualificata come grave, sempre che il fatto sia conseguenza di una inosservanza grave delle disposizioni sul traffico, sulla circolazione dei veicoli a motore e sulla sicurezza stradale” demandando l'apprezzamento della colpa la giudice o al tribunale.

Se poi “l'omicidio è commesso utilizzando un'arma da fuoco, si *potrà* infliggere altresì la pena della privazione del porto d'armi per un tempo da tre a diciotto mesi”. Il delitto del comma due è perseguibile solo a denuncia della persona offesa o del suo rappresentante legale.

b.2. L'articolo 152, comma 2, del codice penale stabilisce che “chiunque, per colpa meno grave, cagiona una lesione prevista dagli articoli 147, comma 1, 149 e 150 è punito con la multa da tre mesi a dodici mesi” e che “se i fatti sono commessi

⁸⁹ Si tratta della “Días multa” dell'art. 50 c.p. come sistema ispirato al diritto scandinavo utilizzato in alternativa alla reclusione. Si basa sulla determinazione di una quota giornaliera che oscilla fra un massimo e un minimo (dai 2 ai 400 euro). L'indicazione del numero dei giorni, invece che della somma da pagare, comporta che questa sanzione possa essere adattata meglio alle capacità economiche del reo. Questo tipo di sanzione può essere imposta anche alla persona giuridica.

⁹⁰ In via facoltativa.

con l'uso di un veicolo a motore o di un ciclomotore, la pena della privazione del diritto di guidare un veicolo a motore o un ciclomotore può essere inflitta anche per un periodo compreso tra tre mesi e un anno"⁹¹.

Inoltre, il legislatore afferma che "si riterrà sussistente la colpa meno grave, quando non sia qualificata come grave, sempre che il fatto sia conseguenza di una inosservanza grave delle disposizioni sul traffico, sulla circolazione dei veicoli a motore e sulla sicurezza stradale" demandando l'apprezzamento della colpa al giudice o al tribunale.

Se poi "le lesioni sono cagionate utilizzando un'arma da fuoco, si potrà infliggere altresì la pena della privazione del porto d'armi per un tempo da tre mesi a un anno". Il delitto del comma due è perseguibile solo a denuncia della persona offesa o del suo rappresentante legale.

Occorre notare che nei reati di lesione colposa, caratterizzati da un particolare disvalore dell'azione, codificata come azione "imprudente", si attribuisce altresì un'importanza vitale al risultato, poiché da questo dipende la scelta punitiva. Pertanto, affinché le condotte di lesioni siano considerate penalmente rilevanti, sia quelle commesse con colpa grave che quelle commesse con colpa meno grave devono integrare la tipicità degli articoli 147, comma 1, 149 o 150 c.p.

La circostanza è rafforzata da una importante previsione che proprio il legislatore del 2015 ha posto in apertura all'art. 152 c.p. e che correla l'entità della pena in rapporto "al rischio creato e al risultato prodotto" nei casi di colpa grave⁹².

⁹¹ Anche qui la pena accessoria si configura come facoltativa.

⁹² L. R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 cp tras la reforma del código por la lo 1/2015: especial referencia a su conceptualización en el ámbito vial*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.o 20 (julio de 2018), pag. 131-179. In particolare, l'Autore (p. 137) ricorda come "Sebbene le contravvenzioni del Libro III c.p. siano state oggetto di espressa abrogazione, si è notato come le condotte ivi sanzionate non scompaiono automaticamente dal fuoco del rimprovero penale. Più di due terzi di questi reati fanno ricomparsa come reati minori (autonomi o attenuati da altri reati preesistenti), come nuovi reati meno gravi, o sono integrati nelle ipotesi di fatto di reati meno gravi già esistenti (il che implica, in quasi tutti i casi, una pena più severa). La circostanza ci induce a domandarci se i nuovi reati di omicidio e lesioni personali colpose di minore gravità siano veramente figure di nuova creazione o siano solo una trasformazione degli abrogati reati di omicidio e lesioni personali colpose, commesse con colpa lieve, dell'art. 621 c.p., che "riemergerebbero" o occuperebbero questo "nuovo posto" nelle figure correlate di omicidio e lesioni personali colpose di minore gravità. L'abrogato art. 621, comma 2, c.p. puniva chi, per colpa lieve, cagiona la morte di un'altra persona (multa da uno a due mesi), e il comma 3 punisce chi, per colpa lieve, cagiona (qualsiasi) lesione che costituisce reato (multa da 10 a 30 giorni), nel qual caso era prevista la possibilità di infliggere la pena della privazione della guida di autoveicoli e ciclomotori (da tre mesi a un anno) se il fatto è commesso con un autoveicolo o un ciclomotore". In questo senso anche A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Supresión de las faltas y creación de los delitos leves*, in J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 52, il quale sottolinea come delle 44 contravvenzioni vigenti prima della riforma solo alcune siano state veramente abrogate. R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La reforma*, cit., p. 42, afferma che più del 60% delle contravvenzioni sono state convertite in *delitos leves*.

Esamineremo nel corso della trattazione i singoli aspetti della fattispecie, evidenziandone le specifiche peculiarità⁹³.

Venendo ora al profilo che più ci interessa di questa fattispecie, legato alla possibilità di offrire una risposta corretta all'interrogativo in ordine alla reale natura della colpa meno grave, dobbiamo dare atto che questo presuppone l'individuazione quanto più tassativa possibile delle nozioni di colpa grave e colpa lieve dalle quali germoglia la nozione introdotta dal legislatore del 2015⁹⁴.

Occorre, dunque, in prima battuta esaminare gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza spagnole indirizzati a disegnare un volto alla sfuggente gradazione della colpa, nozione già di per sé evanescente e ricca di contraddizioni ed aporie.

4.1.1. *Il contributo della giurisprudenza alla ricerca di un parametro ermeneutico di confine fra colpa grave e colpa lieve*

La giurisprudenza ha offerto un contributo significativo in ordine alla definizione dell'essenza della colpa grave e della sua differenza strutturale rispetto alla colpa lieve.

⁹³ Certo è che, come ricordato, sono state mosse forti critiche alla depenalizzazione delle ipotesi di colpa lieve. Infatti, si dice, “questa limitazione o restrizione del reato colposo, attraverso la depenalizzazione delle lesioni dell'art. 147 c.p. commesse per colpa lieve (art. 621 cpv. 3 c.p.) e, soprattutto, dell'omicidio commesso con colpa lieve (art. 621 cpv. 2 c.p.) è stata valutata molto negativamente da un importante settore della dottrina, dalle associazioni di vittime e dagli stessi operatori del diritto (avvocati e procuratori, tra gli altri). La critica principale risiede nella mancanza di protezione che la riforma apporta ai beni giuridici più importanti del sistema giudiziario penale, cioè alla vita e alla salute individuale. È particolarmente preoccupante che un importante settore della dottrina abbia concluso che la riforma del 2015 favorisce soprattutto le compagnie di assicurazione nel settore degli incidenti stradali, poiché la vittima dispone di minori risorse e strutture per difendere la sua azione nel processo”. Così A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, in *InDret*, n. 3, 2018, in *www.indret.com*. In questo senso anche J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La supresión de las faltas penales*, in *Diario La Ley*, (8171), 2013, p. 7, 104; M. A. BOLDOVA PASAMAR, *La desaparición de las faltas en el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013*, in *RECPC*, (12), p. 16; A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ – M. I. OLLOQUIEGUI SUCUNZA, *Notas críticas sobre la conversión de las faltas en delitos en el Anteproyecto de Reforma de 2012*, in F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Notas críticas sobre la conversión de las faltas en delitos en el Anteproyecto de Reforma de 2012*, 2013, p. 72. Particolari critiche sono espresse da C. JIMÉNEZ SEGADO, *Eliminar las faltas tiene delito (leve)*, in *Diario La Ley*, (8223), 2014, p. 7, il quale afferma che “una minima esperienza di aule di tribunale è sufficiente per rendersi conto dell'importanza che ha il procedimento per le contravvenzioni per lesioni occorse nel contesto del traffico, basta prestare attenzione al numero delle sentenze che vengono pronunciate su questo punto ogni giorno e alla pretesa economica che esercitano. Risulta inoltre facile constatare che tali processi, se condotti con attenzione, non fanno crollare nessuna sezione, e che lungi dal congestionare i tribunali, per la loro stessa dinamica, riducono la loro litigiosità e facilitano l'accesso alla giustizia in un tempo più breve di quello che di solito è richiesto nei processi civili e a costi accessibili, poiché l'avvocato e il procuratore sono facoltativi e non vi è alcuna spesa processuale”.

⁹⁴ Giacchè, lo ricordiamo, il legislatore spagnolo non ha offerto alcun criterio per distinguere la colpa grave dalla colpa lieve. Lo sottolinea anche p. F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, cit., 910.

Il Tribunal Supremo e le Audiencias provinciales hanno definito la colpa grave come “l’assenza assoluta di cautela che cagiona un effetto lesivo o dannoso facilmente prevedibile”, oppure come “l’inosservanza totale e assoluta delle più elementari norme di previsione e cautela, quelle che anche la persona meno avveduta avrebbe adottato” o “quella che si caratterizza per imprevisti facilmente dominabili e comunemente prevedibili”. Al contrario, la colpa lieve è stata identificata nell’“omissione dell’attenzione normale o dovuta in relazione ai fattori circostanziali che caratterizzano la situazione concreta” o nell’“inosservanza di un dovere di diligenza di modesta portata”⁹⁵.

Similmente, in altre pronunce, la giurisprudenza identifica la colpa grave con la condotta indicativa di una alta prevedibilità del danno, giacché caratterizzata dall’omissione di tutte le cautele dovute o, quanto meno, delle più elementari, che sono richieste a tutte le persone, anche le meno diligenti, nello sviluppo di un’attività. Una colpa lieve sarebbe, invece, identificata con la violazione di uno standard di diligenza non elementare o inescusabile, o in una lieve violazione di uno standard di diligenza di base, a condizione che si tratti di un’attività non molto pericolosa o di un’attività pericolosa rispetto alla quale vengono adottate alcune misure di controllo, anche se insufficienti⁹⁶. Ciò non pregiudica il fatto che il comportamento imprudente della vittima possa, in alcuni casi, soprattutto se contribuisce in modo causale al risultato prodotto, implicare una degradazione della colpa, poiché in tali circostanze il rischio risulta meno evitabile⁹⁷.

Interessante risulta sicuramente l’indagine condotta in ordine alle definizioni utilizzate per identificare la colpa grave⁹⁸. Ne richiamiamo alcune come:

⁹⁵ La sentenza è richiamata anche da L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal, Parte general*, cit., p. 818.

⁹⁶ Su questo tema è fondamentale, M. CORCOY BIDASOLO, *Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor*, in AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial. Estudios de Derecho Judicial*, 114, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 96-105.

⁹⁷ L.R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 cp tras la reforma del código por la lo 1/2015: especial referencia a su conceptualización en el ámbito vial*, cit., p. 141; in questo senso anche M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., pp. 176-177; J. L. DíEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte General*, Valencia, 2016, p. 220, il quale afferma che il concorso di colpa può al massimo attenuare la colpa ma non escluderla, perché l’inosservanza dell’obbligo cautelare non può essere ignorata. Pur tuttavia, altra dottrina sottolinea come la responsabilità colposa possa essere esclusa solo se il fatto della vittima determina in via esclusiva il risultato dannoso e questo proprio in ragione dell’impossibilità di imputare oggettivamente il risultato alla condotta colposa del suo autore. Infatti, non soltanto risulta “inadeguato” il percorso causale ma altresì non si realizza il risultato pericoloso che la regola cautelare mirava a prevenire. Così, D. M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2016, p. 296. In questi termini si è pronunciata anche la Sentenza della Audiencia Provincial di Madrid, de 21 del settembre 2016, n. 488 (sul famoso caso del terribile incidente nell’Arena di Madrid occorso nel 2012). Dell’idea secondo la quale il concorso di colpa non diminuisce la stessa, A. ZÁRATE CONDE – E. GONZÁLEZ CAMPO, *Derecho penal. Parte General. La Ley*, Madrid, 2015, p. 220.

⁹⁸ La richiama A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 26, dando conto anche delle sentenze alle quali si riferiscono e che vengono indicate di seguito.

- “la mancata adozione anche delle più elementari e rudimentali precauzioni”⁹⁹;
- “l’assoluta assenza di cautela che provoca un effetto lesivo o dannoso facilmente prevedibile”¹⁰⁰;
- “la violazione di doveri elementari che possono essere richiesti anche ai soggetti meno diligenti”¹⁰¹;
- “la totale e assoluta inosservanza delle più elementari regole di previsione e di cura, quelle che la persona meno attenta avrebbe adottato”¹⁰²;
- “eventi imprevisi che erano prontamente fronteggiabili e comunemente prevedibili”¹⁰³;
- “disprezzo grossolano e rilevante per ciò che è dovuto da qualsiasi persona”¹⁰⁴;
- “il mancato rispetto delle più elementari regole di prudenza e dei più elementari doveri di diligenza”¹⁰⁵;
- “la più grave violazione delle regole di assistenza formalizzate nella *Ley sobre Trafico, Circulacion de Vehiculos a Motor Y Seguridad Vial Ley de Trafico*”¹⁰⁶;
- la violazione delle più elementari regole di prudenza o di diligenza richieste nella guida”¹⁰⁷.

Pur tuttavia, come notato dalla dottrina, i criteri elaborati dalla giurisprudenza si risolvono in niente di più che una approssimazione definitoria, creata dagli stessi tribunali che poi la applicano¹⁰⁸.

Anche i giudici di merito dimostrano di avere contezza di tale criticità, sottolineando come nell’ordinamento spagnolo non esistano paradigmi legali volti a determinare l’intensità del grado della colpa e funzionali pertanto a ricondurre le diverse condotte nel tipo della colpa grave, meno grave o lieve¹⁰⁹.

⁹⁹ Sentenza del Tribunal Supremo del 28 giugno 1999, n. 1082 (Ar. 6106).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Sentenza del Tribunal Supremo del 19 ottobre 2000, n. 1611 (Ar. 9263).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Sentenza del Tribunal Supremo del 4 febbraio 1999, n. 160 (Ar. 410).

¹⁰⁴ Sentenza del Tribunal Supremo del 19 dicembre 2001, n. 1763 (Ar. 278).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Sentenza del Tribunal Supremo del 1 di aprile 2002, n. 2411 (Ar. 4482).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal, Parte general*, cit., p. 818.

¹⁰⁹ Richiamando il dettato del Tribunal Supremo, i tribunali del merito ricordano come “senza dubbio alcuno, il criterio fondamentale per distinguere [fra colpa grave e colpa lieve, n.d.t.] deve essere rinvenuto nella maggiore o minore intensità o importanza della regola di diligenza disattesa, giacché l’inosservanza della regola costituisce il nucleo centrale attorno al quale ruota l’intera sistematica del rimprovero colposo”. Su questa linea si era, infatti, già pronunciata la Sentenza del Tribunal Supremo del 4 luglio 2003, n. 966 (Ar. 5445) la quale, dopo aver avvertito che “nel nostro diritto positivo non esistono moduli giuridici che servano a misurare l’intensità della colpa al fine di qualificarla come grave o lieve”, afferma che “il criterio fondamentale per distinguere i due tipi di colpa deve essere la maggiore o minore intensità o importanza del dovere di diligenza violato, poiché la violazione di tale dovere costituisce il nucleo centrale attorno al quale ruota l’intero concetto di colpa punibile.

4.1.2. *Il fervido dibattito dottrinale interno alla dottrina spagnola*

In questo tortuoso percorso la dottrina spagnola si premura di sottolineare l'essenza del rimprovero colposo che si sostanzierebbe tanto nella non volontà dell'evento poi occorso, quanto nella violazione di un *dovere di diligenza*, ovvero nella mancanza di attenzione che doveva essere posta nel compimento di una determinata attività socialmente rilevante e consentita¹¹⁰. Fra la violazione del dovere di diligenza e l'evento deve sussistere un nesso etiologico il quale dimostri non soltanto che quest'ultimo era prevedibile dall'agente ma che era altresì evitabile attraverso il rispetto della cautela doverosa e possibile¹¹¹.

Muovendo da questo quadro di sostanziale coincidenza con il nostro ordinamento, è possibile dar conto degli assunti fatti propri da autorevole dottrina la quale muove dalla convinzione che il tenore della gravità nel rimprovero colposo dipenda principalmente dalla maggiore o minore intensità dell'inosservanza del dovere di diligenza¹¹².

¹¹⁰ Si ritiene in questa sede di dover tradurre "*deber de cuidado*" con "dovere di diligenza" per rispettarne il tenore letterale. Pur tuttavia, sulla scorta della più autorevole dottrina, non si ignora che "dovere di diligenza" e "regola cautelare" "risultano complementari nell'indicare la pretesa comportamentale", ma vanno tenuti concettualmente distinti, dal momento che "essi possono avere – e solitamente hanno – fonti di produzione differenti" In questo senso si esprime F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 197 e 219 ss. Come ricorda la dottrina, "Il dovere di diligenza è posto dalle norme che stabilendo un divieto, definiscono una situazione in cui astenersi da determinate azioni (imprudenti); ovvero, sostanziandosi in una pretesa positiva, impongono un obbligo di agire (secondo diligenza): si tratta di una situazione giuridica soggettiva di dovere, corrispondente in sostanza all'antico canone *alterum non laedere*, destinato a divenire un obbligo di diligenza penalmente rilevante soltanto allorché, (in ossequio al principio di legalità e tipicità) trovi specificazione, mediante attuazione in una fattispecie tipica di reato colposo", così D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 287. Fondamentalmente, il dovere di diligenza penalmente rilevante è quello che si fonda su di una norma incriminatrice e sulle norme che fondano posizioni di obbligo. La sua struttura tendenzialmente aperta, si chiude se concepita in funzione teleologica, ovvero quella di scongiurare un reato. La dottrina torna di recente sul concetto ribadendo una tale ascendenza: "Il governo giuridico del rischio si ispira al canone del *neminem laedere* quale principio generale dell'ordinamento, che opera come contrappunto operativo del principio, altrettanto generale, della libertà dell'agire. L'obbligo di adottare le migliori cautele disponibili è il precipitato comportamentale in cui si sostanzia la regola del *neminem laedere*. La colpa penale, in particolare, è una forma di responsabilità per il non voluto, causato dal malgoverno del rischio ". Così F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *disCrimen* dal 4.6.2019, in *www.discrimen.it*. La dottrina spagnola regala ampie e interessantissime pagine sulla configurazione e i contenuti del *deber de cuidado*. *Ex plurimis*, con ampio approfondimento, L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal, Parte general*, cit., pp. 759 – 786 e 809. Ancora, assolutamente centrale per lo studio delle declinazioni del *deber de cuidado* nel rimprovero colposo, C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipi subjetivo en el delito imprudente*, Barcelona, 2012, p. 75 ss.

¹¹¹ L. R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 c.p. tras la reforma del código por la lo 1/2015: especial referencia a su conceptualización en el ámbito vial*, cit., p. 139.

¹¹² Per un quadro generale, A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 3 e 22.

In merito, R. DE VICENTE MARTÍNEZ afferma che “in generale, l'autore che commette un reato per colpa grave non viola una regola diversa da quella dell'autore che commette un reato per colpa lieve¹¹³. Un autore che commette una negligenza lieve viola la stessa regola di diligenza di un autore che commette una negligenza grave. La differenza sta nella gravità dell'inosservanza (della violazione del dovere di diligenza). In altre parole, l'autore di una colpa lieve risulta meno negligente o più diligente di chi si comporta con colpa grave. È quindi la portata della negligenza che è soggetta a valutazione giudiziaria”¹¹⁴.

Appaiono sostanzialmente concordi con tale analisi M. COBO e T. S. VIVES i quali sottolineano come il grado della colpa sia legato alle modalità attraverso le quali si è violata la cautela: “per misurare l'intensità della violazione, occorre tener conto di tutte le circostanze concomitanti e soprattutto della natura del rischio creato e della prevedibilità oggettiva *ex ante* del risultato prodotto”¹¹⁵.

Nella stessa ottica, G. QUINTERO OLIVARES conclude che ciò che porta i giudici spagnoli a decidere se una violazione del dovere di diligenza sia più o meno grave dipende esclusivamente dall'entità della violazione delle stesse e dal potenziale danno che la condotta ha comportato¹¹⁶.

F. MUÑOZ CONDE evidenzia, inoltre, come accanto all'entità della violazione della cautela, occorra tener conto della capacità, del ruolo specifico e delle particolari conoscenze del soggetto che agisce¹¹⁷.

Come giustamente sottolineato, “la differenza tra colpa grave e lieve risiede sostanzialmente nel disvalore dell'azione, cioè nella gravità oggettiva del comportamento che viola il dovere di diligenza o, in altre parole, nella gravità oggettiva del rischio non consentito generato dalla condotta”¹¹⁸.

¹¹³ Qui si traduce il termine *simple* con *lieve* tenendo conto che, come abbiamo visto, la precedente categoria di *imprudencia simple* è divenuta nell'ordinamento spagnolo *imprudencia leve*. Lo sottolinea anche la giurisprudenza del Tribunal Supremo con la sentenza n. 1823 del 7 de novembre 2002, la quale identifica la *imprudencia grave* con la *antigua* (previa al *Código de 1995*) temeraria, la *leve* con la *antigua simple*.

¹¹⁴ R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad vial y derecho penal. En especial el homicidio imprudente con vehículos a motor*, in *Abogacía*, (1), 2009, p. 121.

¹¹⁵ M. COBO DEL ROSAL – T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1999, p. 637, n. 14.

¹¹⁶ G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general*, cit., p. 383.

¹¹⁷ F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Barcelona, 2007, p. 87. Più di recente, F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 2015, p. 308, affermano espressamente che “quanto maggiore è la violazione dell'obbligo di diligenza, tanto più grave sarà la colpa”.

¹¹⁸ Si veda J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2005, pp. 174-175; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito*, cit., pp. 367-368; D. M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2016, p. 296; E. ORTS BERENGUER – J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2016, p. 343; C. M. ROMEO CASABONA, *El homicidio y sus formas*, in C. M. ROMEO CASABONA (coord.), *Derecho Penal. Parte especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Granada, 2016, p. 18; J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Homicidio y sus formas*, in J. M. TERRADILLOS BASOCO, (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I*, Madrid, 2016, p. 19.

Questo criterio valutativo deve essere modulato sulla base della “valutazione sociale del rischio”, ovvero sulla sua rilevanza o utilità per la comunità, e non può certo disattendere gli ulteriori parametri del *quantum* di prevedibilità dell’evento, del rango del bene giuridico coinvolto e dell’utilità sociale derivante dalla realizzazione del rischio parametrato sulle circostanze specifiche del caso concreto¹¹⁹. Quanto al versante soggettivo del rimprovero colposo, occorre sempre aver attenzione alle capacità dell’agente concreto, al suo bagaglio di conoscenze e competenze¹²⁰.

Il dibattito dottrinale ha suggerito di utilizzare due ulteriori criteri che possono agevolare questa graduazione: da un lato, il valore o l’importanza del bene giuridico coinvolto e, dall’altro, la valutazione sociale del rischio.

Quanto al primo aspetto, CORCOY BIDASOLO ricorda come “nel delitto doloso la gravità dell’*injusto* dipende dal tipo di bene giuridico offeso e, soprattutto, dal modo in cui quel bene viene messo in pericolo (...). Se questo è vero, “nel delitto colposo la gravità dell’*injusto* dipenderà, a sua volta, dal tipo di bene giuridico minacciato e dalla gravità dell’infrazione del dovere oggettivo e soggettivo di diligenza”¹²¹.

Quanto al secondo, DAUNIS RODRÍGUEZ ritiene invece di dover attribuire rilevanza alla c.d. “valutazione sociale del rischio” o, per meglio dire, all’utilità sociale del rischio, in base alla quale sarebbe possibile valutare la gravità della colpa. In realtà, sebbene anche questo criterio possa rivestire particolare interesse nel determinare se un rischio sia consentito o no (e dunque possa essere legittimamente fronteggiato con regole cautelari oppure si trovi di per sé nell’area del penalmente

¹¹⁹ Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2015, p. 295, il quale segnala che “il valore sociale del rischio dipende dalla circostanza che esso insorga in contesti che ammettono un certo grado di rischio consentito: un grado di pericolosità che potrebbe essere grave fuori di questi ambiti potrebbe essere meno grave se calato in essi”. Certo la tesi prende le mosse da C. ROXIN, *Derecho penal, parte general*, TOMO I, *Fundamentos. La estructura del delito*, (traduzione e note alla seconda edizione tedesca a cura di D. M. LUZÓN PEÑA – M. DÍAZ Y G. CONLLEDO – J. DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997, p. 1005. Sulla scorta di questa Dottrina M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 291.

¹²⁰ Sul tema, A. DOVAL PAIS, *Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites*, in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.o 119, p. 10; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia, 2016, p. 403; F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho*, cit., pp. 304, 306-307; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, cit., pp. 440-441. C. ROXIN, *Derecho*, cit., pp. 1013-1017, indica come esempio una persona che guida un’auto della quale si accorge o dovrebbe accorgersi di un difetto del motore: questa sola si può dire che tiene un comportamento imprudente, ma non chi non ha alcun indizio di tale malfunzionamento. Né la guida brusca o accelerata da parte di un esperto di guida sarebbe imprudente in determinate circostanze. Inoltre, si può tener conto delle particolari capacità dell’autore del reato per valutare la gravità della negligenza. Al contrario, l’autore specifica che le capacità al di sotto della media non possono escludere il tipo colposo, anche se potrebbero escludere la colpevolezza.

¹²¹ M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 259.

rilevante) non appare d'altra parte funzionale nella valutazione in concreto della gravità del rimprovero soggettivo¹²².

In breve, sia l'importanza del bene giuridico che la valutazione sociale del rischio rappresentano elementi costitutivi nel processo di determinazione dell'ambito di liceità del rischio (consentito) e, dunque, possono incidere solo *indirettamente* sulla valutazione in ordine alla gravità della colpa. Infatti, "quanto maggiore è il valore o l'importanza del bene giuridico commesso, minore è il rischio che l'agente della condotta possa intraprendere e, analogamente, maggiore è l'utilità sociale della condotta, maggiore è il rischio consentito"¹²³.

Volendo concludere queste riflessioni con l'autorevole voce di MORILLAS CUEVA, è possibile tracciare in via riassuntiva un novero di criteri ipoteticamente funzionali (ma non pienamente idonei) a discernere il grado della colpa. Questi possono essere: a) la maggiore o minore carenza di diligenza nell'azione o nella dinamica delittuosa, ovvero nell'omissione delle cautele che devono essere osservate; b) la maggiore o minore prevedibilità dell'evento, alla luce della condotta posta in essere dall'autore; c) il maggiore o il minor grado di violazione che caratterizza l'inservanza del dovere richiesto dalla norma socioculturale della convivenza sociale e da quella specifica che normativizza e regola determinate e concrete attività; d) la gerarchia dei beni giuridici che si pongono in pericolo e la possibilità in concreto di produrre un risultato lesivo¹²⁴.

Più verosimilmente, l'*imprudencia grave* "risiede nell'omissione degli elementari doveri cautelari che chiunque deve osservare nello svolgimento della sua attività quotidiana e si caratterizza per eventi che erano facilmente fronteggiabili e generalmente prevedibili, così come per la disattenzione grossolana per ciò che sarebbe esigibile da chiunque"¹²⁵.

Se questo è valido dal punto di vista oggettivo (*rectius*, nella misura oggettiva della colpa) occorre – si dice – non dimenticare come questi parametri debbano essere posti a confronto con quelli soggettivi che riguardano il livello intellettuale e delle conoscenze proprie dell'agente in concreto¹²⁶.

¹²² "Quanto maggiore è l'utilità sociale di un certo rischio, tanto maggiore è il livello di permissibilità. Così, ad esempio, la soglia di rischio ammissibile sarà più alta per il conducente di un'ambulanza che trasporta un ferito che per il conducente che va al cinema a vedere un film. Ciò non significa, tuttavia, che in caso di incidente con esito mortale, nel primo caso si tratti di colpa lieve e nel secondo di colpa grave. In entrambi i casi, dipenderà dalla violazione degli standard cautelari. Seguendo il ragionamento di cui sopra, possiamo concludere che le azioni particolarmente apprezzate dalla società non possono essere intraprese senza tenere conto delle precauzioni stabilite per il caso specifico e, in caso di violazione della norma, la gravità della colpa non può essere declassata o addirittura l'autore del reato esonerato dalla responsabilità in considerazione dell'importante valutazione sociale del rischio". Così A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 26.

¹²³ Così A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 23.

¹²⁴ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal*, cit., p. 819.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

Ciò che risulterebbe realmente fondamentale nella distinzione fra i vari gradi di colpa è “l’intensità o meglio la gravità della negligenza e non tanto del risultato (*rectius*, l’evento) che ne consegue, giacché esso è aleatorio”. Il processo valutativo della gravità dovrebbe seguire questi parametri: “l’autore di una condotta di colpa lieve è meno negligente di chi agisce con colpa grave. Chi agisce con colpa meno grave deve essere più negligente o meno diligente che chi si comporta con colpa lieve e meno negligente o più diligente di colui che si comporta con colpa grave”¹²⁷.

L’autore sottolinea come questo “gioco di parole” evidenzi nella sua intera portata la difficoltà che assiste il giudice nel valutare, in concreto, innanzi a quale tipo di colpa egli si trovi e parimenti consegua a quest’ultimo le chiavi della tipicità del rimprovero colposo.

È peraltro vero che questo acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale non è stato (ovviamente) sopito neppure dalla previsione della L.O. n. 2 del 2019 la quale, in un circoscritto tentativo di tipizzazione della colpa grave, ha voluto perimetrare tale nozione con riferimento ai reati di circolazione stradale. Come abbiamo visto, l’art. 142, comma 1 e l’art. 152, comma, 1 c.p. prescrivono che la colpa sarà considerata grave quando concorra qualcuna delle circostanze previste dall’art. 379 c.p., ovvero:

- Guida di un veicolo a motore o di un ciclomotore ad una velocità superiore a 60 km/h sulle strade urbane o a 80 km/h sulle strade extraurbane, come consentito dalla normativa;
- Guida di un veicolo a motore o un motorino sotto l’influenza di droghe tossiche, narcotici, sostanze psicotrope o bevande alcoliche. In ogni caso, la tipicità del delitto si configura se il guidatore ha un tasso di alcol nell’aria espirata superiore a 0,60 milligrammi per litro o un tasso di alcol nel sangue superiore a 1,2 grammi per litro.

Per tutti gli altri casi di colpa grave, la determinazione della stessa è rimessa agli sfuggenti criteri ermeneutici sin qui riassunti.

4.2. *Uno, nessuno centomila volti della imprudencia meno grave*

Gli sforzi sistematici operati da dottrina e giurisprudenza nella ricerca di confini certi e predeterminati che separino la colpa lieve dalla colpa grave giovano al non facile compito di disegnare i contorni della nuova figura di colpa meno grave.

Quest’ultima costituisce un concetto nuovo, caratterizzato da una fluida collocazione a metà strada fra la colpa grave e la colpa lieve, fattore questo che molto probabilmente consegnerà alla “dottrina jurisprudencial” la determinazione applicativa parametrata sul caso concreto.

¹²⁷ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal*, cit., p. 820.

Nell'intento di conferire comunque un volto più certo alla colpa meno grave, concetto che non può essere tuttavia solo appannaggio del giudice ma deve poter rientrare nella cognizione del cittadino che orienta il proprio comportamento ai dettami del precetto penale, si è sviluppato un florido dibattito teso a comprendere di quale natura partecipi questa categoria dell'ormai multiforme *genus* del rimprovero colposo.

Anche in questo caso, le riflessioni che seguono non appaiono inficiate dalla previsione della L.O. n. 2 del 2019, alla stregua della quale, sempre nel ristretto novero dell'inosservanza al codice della strada, si circoscrive la nozione di colpa meno grave a quella violazione cautelare la quale, "non essendo qualificata come grave", "è causata da una grave infrazione alle norme di sicurezza stradale, del traffico, dei veicoli a motore e della circolazione". La legge fa riferimento, per entrambe le fattispecie degli artt. 142, comma 2 e 152, comma 2, c.p. al R. D. Leg. n. 6 del 30 ottobre 2015, che approva il testo riveduto della Ley sobre Trafico, Circulacion de Vehiculos a Motor Y Seguridad Vial¹²⁸.

Anzi, la formula di chiusura dell'art. 142 e 152 c.p., secondo la quale l'entità della colpa meno grave viene valutata dal "Juez o el Tribunal" rafforza l'idea della piena sindacabilità della colpa meno grave nonostante l'indicazione dei suddetti parametri.

Dunque, venendo alla centrale questione in ordine alla natura e ai contenuti della colpa meno grave, le tesi proposte appaiono sostanzialmente quattro¹²⁹:

"1) Identificare la colpa meno grave con la colpa lieve, in modo che il cambiamento sia solo terminologico. Ciò risponderebbe all'intenzione di trasformare le contravvenzioni precedenti in *delitos leves* e sarebbe supportato dal fatto che la colpa meno grave verrebbe valutata solo in relazione agli stessi delitti puniti in precedenza con la colpa lieve, continuando peraltro ad essere perseguita con il rito dedicato alle contravvenzioni, ora noto come "procedimento per i *delitos leves*"¹³⁰;

¹²⁸ "Se una violazione di quelle tipizzate nell'articolo 76 di questa legge cagiona la morte quale condotta prevista dall'art. 142.2 c.p. o le lesioni previste agli artt. 147 comma 1, 149 o 150 c.p., la colpa sarà qualificata, almeno, come meno grave, senza escludere la valutazione della stessa in termini di gravità. Inoltre, se viene commessa un'infrazione di quelle tipizzate nell'articolo 77 della suddetta legge, classificata come molto grave, che comporti le conseguenze tipizzate agli artt. 147.1, 149 o 150 c.p., essa implicherà la valutazione della colpa come meno grave, rimanendo sempre la possibilità che essa sia qualificata come grave. Nonostante ciò, al giudice è concessa la possibilità di non dichiarare la colpa come meno grave, anche se il risultato delle lesioni è conseguenza di un'infrazione di quelle classificate come gravi dell'art. 76 LTSV, tenuto conto della tenuità del fatto, della minore intensità del rischio creato, della minore prevedibilità del risultato o della maggiore diligenza". Così, voce *Imprudencia punible*, in www.guiasjuridicas.woltercluwert.es

¹²⁹ L. R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 cp*, cit., p. 148.

¹³⁰ Così E. FRÍAS MARTÍNEZ, *Artículo 142*, en A. ROMA VALDÉS, (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, p. 273.

- 2) Identificare la colpa meno grave con i casi più gravi di colpa lieve (...) valutando le conseguenti ripercussioni sul diritto transitorio incentrato sulla possibilità di applicazione retroattiva della nuova categoria di colpa, più vantaggiosa per il convenuto nei casi precedentemente classificati come colpa lieve che debbono essere oggetto di cognizione in sede civile¹³¹;
- 3) Identificare la colpa meno grave con i casi meno gravi di colpa grave. Anche questa tesi comporta conseguenze sul regime transitorio incentrato non solo sulla possibilità di applicazione retroattiva della nuova categoria più vantaggiosa per il convenuto nei casi precedentemente classificati come colpa grave e che potrebbero ora rientrare nella categoria meno grave, ma altresì sulla circostanza che “tutti” i casi di colpa lieve sono state depenalizzati dalla L.O. 1/2015¹³²;
- 4) Identificare la colpa meno grave con un grado di colpa “intermedia” tra il grave e il lieve, che coprirebbe i casi meno gravi della prima e quelli più gravi della seconda, con ripercussioni analoghe nel regime transitorio, in quanto la nuova categoria potrebbe essere più vantaggiosa per il convenuto¹³³.

Prima di analizzare le singole tesi proposte, giova ricordare ancora una volta come la categoria della colpa meno grave sia relativa soltanto alle fattispecie degli artt. 142, comma 2, e 152, comma 2, c.p. ovvero l'omicidio e le lesioni che fanno riferimento gli artt. 147, comma 1, 149 e 150 c.p.

A bene vedere, però, come sottolinea la dottrina, “l'interpretazione data alla nuova formula legislativa [della colpa meno grave n.d.t.] potrebbe anche influenzare la colpa grave, quando il significato e la portata della prima viene modificata

¹³¹ Di questo avviso, A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia*, cit., pp. 36-38; J. L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho penal*, cit., pp. 217-218; J. MUÑOZ RUIZ, *Delitos contra la vida y la integridad física*, in L. MORILLAS CUEVA, (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, pp. 348 y 365; C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Del homicidio y sus formas* (arts. 138 y ss.), en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 488.

¹³² Così A. DOVAL PAIS, *Homicidios y lesiones*, cit., pp. 7-8, il quale afferma che si tratta di una subspecie di colpa grave.

¹³³ F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Dolo, imprudencia y error*, en AA.VV. *Memento práctico. Penal 2017*, Madrid, 2016, pp. 292-293. Dell'idea che la colpa meno grave si collochi in un assetto intermedio fra la grave e la lieve, ma senza poter dire in quale caso protenda per l'una o per l'altra, J. C. CARBONELL MATEU, *Homicidio y sus formas (I): homicidio*, en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2016, p. 55. Per una ricognizione sulla giurisprudenza postriforma L. R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 c.p.*, p. 148. Ivi si afferma come un primo dato di vero interesse risieda nel fatto che la giurisprudenza, soprattutto nei primi anni successivi alla riforma, non sembra aver prescelto un unico criterio ermeneutico per individuare la colpa meno grave. Così, ad esempio, si citano le sentenze della Sala Provincial di Madrid del 7 dicembre 2015 n. 789 e del 4 settembre 2015 n. 561 le quali indentificano, senza alcuna argomentazione, almeno formalmente, la colpa meno grave con quella lieve. Per contro, la Sentenza dell'Audiencia Provincial di Madrid, del 19 ottobre 2015, e l'Audiencia Provincial di Mérida, del 16 luglio 2016, n. 199, statuiscano invece che la colpa meno grave non può essere intesa come colpa lieve. Le sentenze del Juzgado Penal di Pamplona del 24 settembre 2015, n. 279 e di Valladolid del 2 marzo 2016, n. 226, fanno riferimento a una triplice classificazione della colpa in cui quella meno grave si collocherebbe a metà fra colpa grave e colpa lieve.

per dare sostanza alla seconda. La questione non è quindi banale o irrilevante, in quanto potrebbe incidere su tutte le fattispecie punite a titolo di colpa grave e in particolare sugli articoli 142, 146, 152, 267, 317, 331, 344, 347, 347, 358, 367, 367, 391, 467.2 e 532 del codice penale¹³⁴.

Venendo nel merito delle singole tesi, muoviamo dalla prima, ricordando come autorevole dottrina ritenga che il legislatore abbia operato solo un “cambio di etichetta”, conferendo il rango di colpa meno grave a quei comportamenti che prima erano puniti a titolo di colpa lieve¹³⁵.

La tesi non pare potersi accogliere per una pluralità di ragioni, fra le quali assumono un rilievo primario quelle espresse dalla stessa L.O. 1/2015. La stessa legge, infatti, parla di un principio di *intervención mínima* al quale deve adeguarsi il rimprovero colposo e dal quale deriva l'estromissione della colpa lieve dalla tipicità penale.

Lungi dal costituire scelta dettata da contingenti esigenze di neutralizzare un ormai insostenibile sovraccarico giudiziario, l'anelito rivolto alla depenalizzazione della colpa lieve affonda le proprie radici in una consolidata e annosa riflessione giurisprudenziale.

Lo si ricorda sottolineando come “il fatto che la responsabilità penale per colpa sia viziata da un importante coefficiente di casualità significa che la repressione penale dei reati colposi, almeno per quanto riguarda la colpa lieve, è stata costantemente in discussione” (...) In caso di colpa lieve, che caratterizza la condotta di “cittadini comuni” appare relativamente condivisa la conclusione secondo la quale il diritto penale è privo di effetti significativi sia in termini di prevenzione generale che di prevenzione speciale (tanto di risocializzazione come di intimidazione individuale). In altre parole, il presupposto è che per il diritto penale certe condotte fallaci poste in essere dai cittadini sono inevitabili¹³⁶.

Rimandiamo per ragioni sistematiche ad un momento successivo l'analisi della seconda tesi.

Quanto alla terza ipotesi ricostruttiva, essa annovera fra le sue file non poche critiche ma per converso, l'appoggio di autorevole dottrina.

Quanto alle voci contrarie, esse affondano nella convinzione che già dalla lettura del preambolo alla L.O. 1/2015 si comprende in modo chiaro come la riforma della responsabilità colposa debba aver luogo solo per la colpa lieve mentre la colpa grave rimane definita nei suoi presupposti ontologici e nella sua latitudine applicativa. In altre parole, la riforma del 2015 avrebbe inciso solo sulla colpa lieve, da un lato depenalizzandola ma, dall'altro, non negando che alcune ipotesi

¹³⁴ A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 29.

¹³⁵ E. RAMÓN RIBAS, in G. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, cit. p. 119, sottolinea come vi sia stato un cambiamento meramente terminologico in ragione del quale la colpa meno grave continua ad equivalere alla colpa lieve in modo tale che questa permane nel Codice penale riformato nei medesimi termini di prima.

¹³⁶ A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 30.

della stessa, per il contesto nel quale si sviluppano in concreto, possono comunque rimanere nell'alveo della rilevanza penale.

A queste voci si contrappone quella dottrina la quale ritiene che, proprio in ragione dell'intento di depenalizzazione e di *intervención mínima*, i casi di minor entità riconosciuti sono quelli nascenti da una degradazione della colpa grave in colpa meno grave, in un processo di "derivazione da maggiore a minore, questo sì, all'interno dei parametri che configurano la gravità"¹³⁷. Nel clima di incertezza che impera, appare tuttavia possibile allo stesso autore che possano essere tenuti in considerazione comunque degli aspetti rilevanti della precedente configurazione della colpa lieve, attesa la trasformazione di un considerevole numero di contravvenzioni in *delitos leves*, come già sottolineato nel corso di queste riflessioni.

La quarta impostazione ermeneutica evidenzia come la colpa meno grave sarebbe costituita dalle ipotesi più gravi della colpa lieve e dalle ipotesi meno gravi di colpa grave¹³⁸.

La tesi potrebbe essere anche accolta se tuttavia la prassi giurisprudenziale spagnola non ci avesse abituati a valutazioni coincidenti (in termini di grado della colpa) per condotte colpose spesso molto difformi. Forse, si potrebbe pensare "che la nuova formulazione legislativa dell'imprudenza richieda un maggiore sforzo da parte del giudice per applicare l'imprudenza meno grave ai casi più rilevanti della precedente colpa lieve e, al tempo stesso, impedisca che i casi di colpa grave vengano indebitamente giudicati come contravvenzioni, essendo, in ogni caso, qualificati come reati (minori)"¹³⁹.

Questo potrebbe costituire l'antidoto a prassi giurisdizionali sciatte le quali in precedenza derubricavano la colpa grave in colpa lieve solo per non dover sostenere il peso di motivazioni che certo apparivano meno onerose con riferimento alle contravvenzioni. Pur tuttavia, neppure la tesi della duplice natura della colpa meno grave sembra potersi accogliere in ragione di una maggior certezza che deve caratterizzare l'interpretazione delle nuove fattispecie degli artt. 142 e 152 c.p., le quali non avrebbero avuto ragione di esistere se aprioristicamente collocate a metà strada fra due volti già noti del rimprovero colposo.

Ed ecco quindi che trova spazio la seconda tesi, alla quale la dottrina maggioritaria ritiene di aderire, seppur con argomentazioni di diverso tenore.

In primo luogo, si è sottolineato come la *ratio* della riforma, alla quale si collega l'interpretazione che deve darsi alla colpa grave, debba essere rinvenuta nella contraddizione che anima il preambolo alla L.O. 1/2015. Inizialmente, infatti, si afferma come sia "opportuno riorientare verso la giurisdizione civile gli

¹³⁷ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal*, cit., p. 824.

¹³⁸ J. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La imprudencia: el concepto de imprudencia menos grave*, Ponencia, Fiscalía General del Estado, 2015, pp. 11-12 (disponibile in www.fiscal.es).

¹³⁹ A. DOVAL PAÍS, *El nuevo régimen penal de las imprudencias menos graves*, in G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, cit., p. 338 sottolinea che la prima implicazione della riforma è la degradazione di alcuni comportamenti precedentemente ritenuti gravi e puniti con la pena detentiva in comportamenti meno gravi puniti con la multa.

attuali reati di omicidio e lesioni per colpa lieve” significando quindi che tutti i casi di colpa lieve debbono essere condotti verso l’atipicità penale. Pur tuttavia, il legislatore prosegue indicando che la nuova categorizzazione della colpa “permetterà di riconoscere i casi (alcuni) di lieve negligenza che dovrebbero essere esclusi dal Codice penale”. Da ciò discenderebbe che non tutti, ma solo i casi più gravi di colpa lieve permangono nella loro rilevanza penale e ciò sarebbe possibile attraverso la creazione della categoria della colpa meno grave. Non vi è dunque un parallelismo fra colpa lieve e colpa meno grave ma quest’ultima consentirebbe il permanere nell’alveo della penale rilevanza delle ipotesi più gravi di colpa lieve¹⁴⁰.

Un ulteriore argomento che anima questa tesi impinge nel dato letterale: l’indicazione *meno grave* presuppone la valutazione in ordine ad un livello di offensività e di colpevolezza che, non partecipando della colpa grave, va comunque a costituire un livello degno di maggiore riprovazione rispetto alla colpa lieve¹⁴¹.

Inoltre, a suffragio della tesi in esame potrebbe essere portata anche una argomentazione che riguarda l’apparato sanzionatorio, i cui limiti edittali risultano decisamente più severi per la colpa meno grave. I nuovi reati di omicidio e lesioni personali colpose per negligenza meno grave sono puniti con una multa da 3 a 18 mesi e da 3 mesi a un anno, rispettivamente¹⁴². Il limite massimo della pena della privazione della patente di guida per il reato di omicidio – commesso con colpa meno grave – è addirittura esteso da 12 a 18 mesi.

Questo aumento della forbice edittale dimostra che la colpa meno grave rappresenta una categoria autonoma di rimprovero penale, dotata di una propria tipicità, la quale si nutre pur tuttavia delle valutazioni in ordine alla gravità della violazione del *deber de cuidado* (fra gli altri criteri) senza che però questo comporti il suo assurgere al *genus* della colpa grave che, come detto, la riforma del 2015 ha ritenuto di mantenere invariato anche nelle sue ipotesi applicative.¹⁴³

¹⁴⁰ L. R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 cp*, p. 144.

¹⁴¹ Così, J. L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho penal*, cit., pp. 217-218, il quale evidenzia come la categoria della colpa meno grave si caratterizzi per un notevole aumento di pena e per questo essa si collochi in un ambito di operatività più ridotta rispetto alla colpa lieve, ovvero nei casi più gravi di quest’ultima. Dello stesso parere, M. JAÉN VALLEJO – A. L. PERRINO PÉREZ, *La reforma penal de 2015 (Análisis de las principales re formas introducidas en el Código penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid, 2015, p. 206; J. L. MANZANARES SAMINOGO, *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. La Ley*. Madrid, 2015, p. 162.

¹⁴² In precedenza, reati di omicidio e lesioni commessi con colpa lieve erano puniti, rispettivamente, con una multa da 1 a 2 mesi e da 10 a 30 giorni.

¹⁴³ In realtà, come sostenuto da J. CUELLO CONTRERAS e B. MAPELLI CAFFARENA, la motivazione principale del legislatore riformista è stata quella di sopprimere il Libro III del Codice penale, che ha poi portato, come una sorta di effetto collaterale, alla necessaria scomparsa della colpa lieve. Tuttavia, l’opposizione degli operatori del diritto, della dottrina e delle associazioni delle vittime alla completa depenalizzazione di tutte le ipotesi di omicidio e lesioni commesse con colpa lieve, ha spinto il legislatore a reinserire alcuni di questi casi nel Codice penale, ma ovviamente non nel Libro III – la cui scomparsa sembrava non negoziabile – ma nel Libro II, che disciplina i delitti e le relative pene. Così

In altre parole, il Codice penale, così come disegnato dalla riforma del 2015, esclude dalle sue disposizioni punitive i comportamenti colposi di minor tenore, ma continua a perseguire come reati sia i casi più gravi sia quelli che, senza essere gravi, presentano una certa rilevanza che va oltre la mera negligenza¹⁴⁴.

Nell'intento di offrire un quadro di maggiore chiarezza è intervenuta la Fiscalía attraverso l'elaborazione di un *Dictamen* il quale si riferisce alle sole ipotesi di colpa relative alla circolazione stradale ma che contribuisce comunque a far chiarezza nel delicato processo di ascrizione di una ipotesi alla *species* della colpa grave o meno grave¹⁴⁵.

Quanto a quest'ultima, il *Dictamen* afferma che essa possa configurarsi quando l'agente pone in essere una condotta sintomatica di una violazione di un certo rilievo dei doveri cautelari. Tale condotta non deve tradursi in una semplice violazione della cautela ma, parimenti, non deve neppure raggiungere il grado di disvalore richiesto ai fini del giudizio di gravità.

Meno grave è quella valutazione che coincide con il caso in cui "la violazione della regola cautelare normativamente prevista, ancorché rilevante, non raggiunge sufficiente gravità, o quando valutate le circostanze esterne concorrenti o il comportamento della vittima, si rende obbligatoria la dequotazione del rimprovero"¹⁴⁶. Come sottolineato dalla dottrina, questa operazione ermeneutica richiede allo stesso tempo la valutazione tanto del comportamento realizzato quanto dell'entità dell'obbligo di diligenza violato¹⁴⁷.

Quanto alla colpa lieve, estranea al fuoco del rimprovero penale, il *Dictamen* stabilisce che essa deve riservarsi alle violazioni delle cautele prive di un'importanza (come la mera negligenza, l'incuria o le distrazioni momentanee, che sono più tipiche della negligenza inconsapevole) o alle violazioni dei doveri di diligenza i quali non sottendono un interesse pubblico rilevante da tutelare.

Il *Dictamen* si propone, inoltre, di offrire altresì le definizioni delle tre declinazioni della colpa riconosciute dall'ordinamento spagnolo:

- 1) la colpa grave si identifica con la violazione di regole elementari di cautela o obblighi di prudenza che sono esigibili da qualsiasi persona, finanche al meno attento dei soggetti;
- 2) la colpa meno grave si identifica con l'inosservanza di una media o normale diligenza, ovvero con la violazione delle regole di cautela rispettate dal cittadino medio;

J. CUELLO CONTRERAS – B. MAPELLI CAFFARENA, *Curso de derecho penal. Parte general*, 2015, p. 194 e A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 37.

¹⁴⁴ A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 37.

¹⁴⁵ FISCAL DE SALA COORDINADOR DE SEGURIDAD VIAL, *Dictamen 2/2016*, disponibile, fra l'altro, su www.seguridadpublica.es.

¹⁴⁶ *Dictamen 2/2016*, cit. p. 22-23.

¹⁴⁷ L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de derecho penal*, cit., p. 822.

3) la colpa lieve si riferisce all'omissione di doveri di scarsa rilevanza che vengono rispettati dai soggetti più diligenti, costituendo poco più di una semplice disattenzione¹⁴⁸.

Il contributo di chiarezza offerto dal *Dictamen* valica le soglie della responsabilità per la circolazione stradale e costituisce un valido parametro interpretativo volto a garantire una maggiore tassatività nella determinazione del grado della colpa insito nella condotta dell'agente¹⁴⁹.

4.3. Lezioni spagnole

La riforma introdotta dalla L.O. 1/2015 presenta dei notevoli pregi i quali si appuntano, principalmente, nell'estromissione dal fuoco della responsabilità penale della colpa lieve.

Se è pur vero che alcune condotte depenalizzate, punite come contravvenzioni a titolo di colpa lieve, potrebbero assumere un nuovo rilievo penale, perché comunque sanzionate come *delitos leves*, il messaggio del legislatore è chiaro ed incisivo¹⁵⁰.

Il diritto penale deve riservare il suo intervento nei soli casi nei quali il coefficiente di offensività della condotta colposa e la sua colpevolezza superino quella soglia di riprovazione adeguata ad una risposta, come quella penale, che dovrebbe costituire *extrema ratio*.

Come ricorda la dottrina, “nell'ambito della colpa punibile, possiamo concludere che c'è stata effettivamente una significativa riduzione dei comportamenti perseguibili penalmente. Infatti, la scomparsa della colpa lieve operata dalla riforma del codice penale del 2015 implica la sottrazione dall'area del penalmente rilevante di alcuni comportamenti imprudenti che presentano conseguenze dirette sulla vita e la salute delle persone. In particolare, sono state depenalizzate le lesioni di cui all'art. 147, comma 2, c.p. commesse per colpa (sia grave che lieve) e le

¹⁴⁸ L. R. MORO, *La configuración de la imprudencia como «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 c.p.*, p. 159.

¹⁴⁹ Il *Dictamen* enuncia inoltre i parametri indicati al fine di effettuare una adeguata gradazione della gravità del delitto colposo i quali si riferiscono a: 1. Il rilievo dei doveri di prevenzione e cautela indicati dalla *Ley de Seguridad Vial*; 2. L'attenzione verso la disapprovazione giuridico amministrativa della condotta, ovvero come questa sia sanzionata nella legge di *Seguridad Vial*; 3. Inoltre, deve porsi attenzione all'entità del rischio generato; 4. Infine, il *Dictamen* raccomanda di esaminare se la morte o le lesioni derivano causalmente dal rischio illecito generato dal conducente oppure se siano intervenuti altri fattori esterni incidenti. Quali indici concreti di individuazione del grado della colpa, il *Dictamen* indica: 1. Il sorpasso; 2. Eccesso di velocità; 3. Le manovre di marcia indietro; 4. Il comportamento serbato al segnale di stop o davanti al semaforo rosso; 5. La precedenza; 6. Condizione di luce o altre condizioni tecniche del veicolo; 7. Distrazioni; 8. Stanchezza, fatica o sonno; 9. Presenza di soggetti passivi vulnerabili.

¹⁵⁰ D'altra parte, questo obiettivo sembra non essere stato raggiunto o realizzato, poiché una parte significativa dei reati è stata trasferita all'area dei reati minori. Così A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 42.

lesioni di cui all'art. 149 e 150 c.p., commesse per colpa lieve, ed infine l'omicidio commesso per colpa lieve. Ancora una volta, si tratta di una decisione legislativa che rientra in una più ampia linea politico-criminale che cerca di depenalizzare la colpa lieve e, allo stesso tempo, di inasprire la risposta punitiva ad atti di negligenza più gravi¹⁵¹.

Questa conquista di civiltà giuridica e umana è certo di esempio per il nostro ordinamento, anche se le complesse problematiche sin qui analizzate ci dicono che la transizione verso un modello di colpa riservato ad un rimprovero concretamente grave non è ancora completa¹⁵².

La tutela dei beni della vita e dell'incolumità personale, realizzata anche attraverso la nuova figura di colpa meno grave, lascia aperti molti interrogativi non solo sulla capacità di individuare i confini esatti che delimitano la tipicità delle singole ipotesi colpose, ma altresì sull'opportunità di consegnare ancora una volta alla giurisprudenza lo scettro decisionale.

A questo compito non si è sottratto il massimo consesso della giurisprudenza spagnola il quale afferma che "la colpa meno grave non può essere equiparata alla vecchia colpa lieve. D'altra parte, anche la nuova colpa meno grave non è pienamente integrata nella colpa grave, e non si nutre dei comportamenti più blandi della colpa, ma costituisce una nuova categoria concettuale. La nuova modulazione di questo livello di colpa penale contempla una sfumatura differenziante di gradi o livelli di gravità; la violazione del dovere di diligenza è identica in entrambi, mentre la differenza risiede nell'intensità o nella rilevanza. La colpa lieve, penalmente atipica, si riferisce, invece, per esclusione delle altre due categorie, alla violazione dei doveri di diligenza di entità o rilievo insufficiente e di maggiore difformità rispetto alla colpa grave (...). La colpa meno grave può essere definita come la creazione di un rischio di natura minore, rispetto a quella grave, (...) come la violazione del dovere medio di diligenza determinato in considerazione dell'attività posta in essere la quale costituisce fattore causale determinante, unico o con altri, rispetto al risultato prodotto, in modo tale che si possa affermare che la creazione del rischio è imputabile all'agente, sia per la sua condotta professionale, sia per la sua azione o omissione in un'attività socialmente e legalmente consentita che potrebbe causare un risultato dannoso (...). Pertanto, la colpa meno grave deve essere posta al limite superiore di quei comportamenti che in precedenza erano considerati minori e che il legislatore ha espressamente voluto depenalizzare, riscontrando casi che per la minore importanza e rilevanza del dovere di diligenza violato, secondo i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dalla giurisprudenza in materia, e ai quali si è fatto riferimento in precedenza, possono essere considerati meno gravi"¹⁵³.

¹⁵¹ Così A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 42.

¹⁵² Siamo peraltro consapevoli di non aver trattato in questo contributo la questione, che ci avrebbe portato troppo fuori tema, della *autoria* e partecipazione nel delitto colposo quando questo si presenti come plurisoggettivo. Per la trattazione del tema, si rimanda a G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, 2012, p. 112 ss.

¹⁵³ Sentenza Tribunal Supremo (Sala 1a), 11 dicembre 2017, n. 805 (Ar. 67420).

L'importanza di determinare il grado della colpa in relazione al caso concreto potrebbe privare della possibilità di codificare dei criteri validi *ex ante* in grado di orientare prima il cittadino e poi l'interprete nella valutazione del comportamento da tenere.

Pur tuttavia, si è condivisibilmente ribadito che quando il soggetto agisce senza adottare quella minima prudenza o cura richiesta a qualsiasi cittadino e così commette diverse gravissime violazioni della regola cautelare, il pregiudizio arrecato assurge al livello della colpa grave. Al contrario, la semplice leggerezza che qualsiasi persona, anche la più diligente, potrebbe commettere, con la nuova normativa rimarrebbe al di fuori della sfera della tipicità penale.

Infine, l'area della colpa meno grave sarebbe riservata ai casi che vanno al di là della semplice negligenza ma che parimenti non comportano un grave difetto di diligenza, cioè a quei casi che sono al limite fra la colpa lieve e la colpa grave.¹⁵⁴

Ci si consenta poi una notazione finale in ordine a quella che il legislatore spagnolo chiama *imprudencia profesional*, prevista anch'essa agli artt. 142 e 152 c.p.

La previsione della categoria come tale, inserita nel contesto della disciplina dell'omicidio colposo e delle lesioni colpose, è certo di ispirazione per coloro i quali anelano alla creazione di fattispecie *ad hoc* che possano conferire uno statuto peculiare della colpa legata all'esercizio di determinate professioni rischiose¹⁵⁵.

Pur tuttavia la norma manca di alcuni requisiti fondamentali per assurgere al modello al quale aspireremmo nel nostro ordinamento. Infatti, la disposizione non solo non prevede una specifica declinazione per quelle ipotesi maggiormente peculiari e bisognose di regolamentazione *ad hoc*, come sono le attività professionali nelle quali si è chiamati a gestire un rischio esogeno, ma altresì prevede una mera pena accessoria dell'inabilitazione dall'esercizio di una professione, ufficio o incarico per un periodo che varia a seconda del delitto commesso¹⁵⁶.

¹⁵⁴ A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, cit., p. 41.

¹⁵⁵ Per una disamina sulla colpa professionale nell'ordinamento penale spagnolo, D. CASTRONUOVO, *Salute e sicurezza sul lavoro. Un breve studio di diritto penale comparato ed europeo*, in L. FOFFANI (a cura di) *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 216.

¹⁵⁶ I. RAMOS TAPIA, *La imprudencia*, cit., p. 124. Per vero, da più parti si è sottolineato come sia necessario operare una distinzione fra *imprudencia profesional* e l'imprudenza del professionista. Come si è sottolineato "la *imprudencia profesional* ... infatti, non si configura semplicemente per il fatto che un professionista tiene una condotta con *imprudencia*: non ogni *imprudencia* del professionista, insomma, dà luogo ad una *imprudencia profesional*. Se così non fosse ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva in relazione al *quantum respondeatur*, giacché interverrebbe un aggravamento sanzionatorio per la sola circostanza che il soggetto agente rientri in una determinata categoria professionale. In altre parole, la qualificazione professionale del soggetto che pone in essere la condotta colposa è una condizione necessaria, ma non sufficiente al fine di qualificare la *imprudencia* come *profesional*, essendo invece necessario un ulteriore elemento, ossia il mancato rispetto delle regole cautelari proprie della categoria professionale di appartenenza, come, ad esempio, delle *leges artis* sanitarie da parte di un medico". Così p. F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, cit., p. 914.

Nonostante i limiti intrinseci, la fattispecie costituisce comunque uno strumento utile ad arricchire la riflessione in ordine alle direttrici programmatiche che potranno essere percorse in un ormai improcrastinabile sforzo selettivo del rimprovero colposo.

5. *Linee programmatiche per una limitazione della rilevanza penale alla sola colpa grave*

Abbiamo visto come l'ordinamento spagnolo, negli ultimi anni, stia compiendo un percorso volto da un lato, ad escludere dal perimetro dell'incriminazione le forme più lievi di colpa e, dall'altro, ad arricchire di tassatività le maglie di un rimprovero per sua natura sfuggente.

Abbiamo constatato, tuttavia, come gli sforzi del legislatore e della giurisprudenza spagnola siano ancora suscettibili di ulteriore sviluppo, atteso non soltanto il permanere della punibilità di alcune ipotesi di omicidio e lesioni a titolo di colpa meno grave, ma altresì le incertezze che si appuntano tanto su quest'ultimo concetto, quanto su quello di colpa grave.

Del pari, abbiamo evidenziato come il nostro ordinamento, nell'individuare, pur in via interpretativa, la colpa grave, quale limite del rimprovero penale riservato all'operatore sanitario, lasci aperti molti interrogativi sulla possibilità di far assurgere i parametri costitutivi del grado del rimprovero a paradigma di tipicità.

Non ci sono dubbi, però, che le scelte legislative e il correlato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi negli ordinamenti italiano e spagnolo possano costituire un riferimento prezioso nella accesa discussione sulla opportunità di riservare la tipicità del rimprovero penale colposo alla sola colpa grave o, più verosimilmente, di circoscrivere ad essa la risposta repressiva riservata a talune categorie di soggetti deputati alla gestione del rischio.

La necessità di riscrivere lo statuto del rimprovero colposo nel nostro ordinamento, valorizzando il requisito della colpa grave ed estromettendo dall'area della rilevanza penale la colpa lieve, nasce da istanze di una rinnovata *umanità e razionalità* di un diritto penale non più cieco davanti alle esigenze della modernità¹⁵⁷.

Il dibattito, come noto, è serratissimo ed origina da alcune delle più dolorose vicende giudiziarie degli ultimi anni¹⁵⁸.

Non è qui possibile analizzare le disfunzionalità delle singole decisioni ma siamo in grado di ridurre a sistema alcuni dei profili più comuni di questo mancato dialogo fra scienza e giurisprudenza. Queste pronunce, adottando un approccio

¹⁵⁷ L'ispirazione nasce da F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità del Diritto penale*, Padova, 2008.

¹⁵⁸ Fra le molte ricordiamo la sentenza che ha annullato con rinvio l'assoluzione pronunciata nei confronti del sindaco di Sarno: Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in *DeJure*. Si veda inoltre la sentenza che ha condannato due sindaci succedutisi nell'incarico a Ventotene per la morte di due studentesse a seguito del distacco di un costone di roccia: Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, in *DeJure*.

squisitamente accusatorio all'errore (*rectius*, alla scelta che ha poi condotto al generarsi di un danno), postulano un concetto di prevedibilità dell'evento poi occorso completamente avulso dalla struttura ortodossa del rimprovero colposo, perché consegnato nelle mani del principio di precauzione alla luce del quale tutto si poteva sapere e fare per impedire l'evento.

La postulata onniscienza ed onnipotenza di taluni soggetti deputati alla gestione del rischio conduce, come noto, a sovrapporre il rimprovero colposo alla mera sussistenza della posizione di garanzia, della titolarità dell'obbligo di proteggere il bene giuridico, la quale appare oggi come condizione prodromica all'assunzione di responsabilità di tipo oggettivo.

In un contesto dove l'evolversi delle conoscenze e la ricerca che vi si accompagna vengono ritenuti mero elemento presuntivo della capacità di fronteggiare ogni fenomeno, anche la scelta legittima, che però cagiona un danno, non è considerata quale adempimento di un dovere in condizioni oggettive di incertezza, bensì l'atto riprovevole di chi *sapeva e poteva* ma ha comunque commesso un errore colpevole.

Come è possibile prendere atto di questa frattura fra legalità e società, fra risposta penale e scelta di strumenti veramente efficaci per fronteggiare il rischio i quali, spesso, non sono adottati a causa dei possibili risvolti in termini di responsabilità?

La risposta è astrattamente semplice: riscrivendo, appunto, uno statuto del rimprovero penale nel nostro ordinamento, che privilegi la sola repressione di condotte sorrette da colpa grave.

Certo, si tratta di operazione di non poco momento.

Si possono, tuttavia, ipotizzare qui alcune soluzioni suscettibili di essere analizzate alla luce di una prima semplice ma pregnante distinzione fra opzioni che prevedono un intervento del legislatore ed opzioni che non la prevedono.

1. Muovendo dalle prime, occorre operare una ulteriore classificazione che distingua gli interventi destinati ad imprimere una novella nella parte generale del Diritto penale da scelte che involgano la parte speciale e che siano destinate ad incidere in via generale sulla stessa o sui singoli reati di volta in volta individuati.

Infine, una opzione legislativa potrebbe risiedere altresì nella creazione di fattispecie *ad hoc* che tengano conto della particolare condizione di doverosità dell'intervento salvifico in condizioni di emergenza che ricade sui soggetti gravati da una posizione di garanzia.

Ma veniamo ora nel merito delle singole ipotesi.

a. In prima istanza, ed in modo invero ambizioso, il legislatore potrebbe intervenire sulla parte generale del Diritto penale e dunque, direttamente, sull'art. 43 del Codice, riformulando il secondo comma come segue: il delitto "è colposo o contro l'intenzione, quando l'evento anche se preveduto non è voluto e si verifica a causa di una *grave* negligenza impudenza o imperizia ovvero per *grave* inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline". Dalla scelta discenderebbe la netta limitazione della rilevanza penale alla sola inosservanza della cautela generica e

specifica che assuma una connotazione grave. Un tale paradigma di incriminazione troverebbe automatica applicazione anche alle fattispecie di parte speciale.

Naturalmente, molte sono le obiezioni che possono muoversi ad una tale ricostruzione, prima fra tutte quelle della difficoltà di immaginare riforme di questo tenore in un momento di tanto scarsa maturità politica del nostro legislatore. Parimenti, si potrebbe rilevare come una riforma di tal genere non tenga conto di un fattore centrale, ovvero che l'art. 43 disegna l'essenza del rimprovero colposo ed è insuscettibile di declinazioni volte a limitarne la tipicità, soprattutto quando esse siano perpetrate attraverso l'utilizzo di un canone eterogeneo quale quello della *gravità*.

A simili critiche, si potrebbe rispondere offrendo soluzioni alternative o complementari, comunque destinate a circoscrivere la tipicità del rimprovero colposo alla sole ipotesi diverse dalla colpa lieve.

b. Così, altra e diversa opzione potrebbe risiedere in un intervento legislativo che abbia ad oggetto la parte speciale del diritto penale e che si realizzi attraverso una scelta improntata o al modello suggerito dal legislatore spagnolo o al modello introdotto dall'art. 590 *sexies*.

b.1 Quanto alla prima ipotesi, conformemente alle scelte operate dall'ordinamento spagnolo, al legislatore potrebbe essere permesso di intervenire nei singoli Capi nei quali si articolano i Titoli del Codice, prevedendo singole fattispecie *ad hoc* destinate ad estendere il rimprovero a titolo di colpa grave all'intero novero delle incriminazioni ivi contenute. Un esempio paradigmatico è offerto dall'art. 331 c.p. il quale, collocato alla fine del Capitolo III del *Código Penal*, posto a presidio dei delitti contro le risorse naturali e l'ambiente, dispone che "i fatti previsti da questo capitolo saranno sanzionati, se del caso, con la pena di grado inferiore, nelle singole fattispecie, quando siano commesse con colpa grave". Parimenti, sempre sul modello prescelto dall'ordinamento spagnolo, il legislatore nazionale potrebbe riservare alle fattispecie di lesioni e di omicidio uno statuto peculiare, caratterizzato da un rimprovero che intercetti un grado meno grave di violazione della cautela, nell'intento di una più ampia tutela di beni primari quali la vita e l'incolumità personale.

Un intervento così modulato porrebbe al riparo la riforma da possibili dubbi di costituzionalità ed anzi, la collocherebbe in linea di continuità con le istanze sovranazionali di matrice europea le quali espressamente circoscrivono il rimprovero colposo alla sola colpa grave (pur lasciando libero il legislatore nazionale di scegliere il grado di tutela che questi ritenga consono)¹⁵⁹.

b.2. Quanto alla seconda ipotesi, conformemente alle scelte già effettuate in passato dal nostro legislatore, questi potrebbe decidere di tornare a formulare singole norme di parte speciale volte ad estendere ad altri settori del rischio le prescrizioni riservate all'operatore sanitario.

¹⁵⁹ Uno dei più significativi esempi è certamente la previsione contenuta nella Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente la quale, come abbiamo già ricordato, parla di "grave negligenza" come parametro imposto per sanzionare a titolo di colpa le condotte ivi indicate.

In questo caso sarebbe per vero auspicabile che il nuovo precetto tenesse in debita considerazione due fra i profili di maggiore criticità che hanno interessato l'art. 590 sexies. Ci riferiamo tanto alla necessità di una espressa menzione della colpa grave quale limite di tipicità del rimprovero, quanto all'opportunità di riformulare una valutazione di diverso e più chiaro tenore in ordine al ruolo delle linee guida e dei protocolli che dovrebbero essere considerati, ad avviso di chi scrive, discipline integratrici del precetto penale *tout court*, senza che questa valutazione possa essere demandata all'interprete. Con ciò non volendo parimenti negare che, se il caso specifico lo impone in ragione delle sue peculiarità, il garante sia comunque tenuto a discostarsi da tali paradigmi.

c. Infine, l'intervento del legislatore potrebbe realizzarsi attraverso una previsione legislativa per così dire *trasversale*, che tenga conto delle modalità di relazione fra soggetto e rischio, destinata ad operare nei casi nei quali il soggetto sia gravato da un dovere di intervento a fronte di una situazione di criticità esogena ed imminente alla quale deve fare fronte. Una decriminalizzazione della colpa lieve in casi di tal genere, realizzata verosimilmente attraverso una norma che incida sulle fattispecie di omicidio e lesioni colpose e legata ad una valutazione di minore colpevolezza, risponderebbe a canoni di assoluta razionalità del rimprovero, invocati soprattutto dai soggetti chiamati oggi a fronteggiare i rischi naturali in condizioni di assoluta incertezza scientifica¹⁶⁰.

2. Venendo ora a trattare della diversa scelta di non introdurre modifiche nell'assetto normativo, è ben possibile ipotizzare un duplice percorso volto a riservare il rimprovero penale alle sole ipotesi di colpa grave. In entrambi i casi, l'operazione ermeneutica è riservata alla giurisprudenza che può muoversi su un piano di tipicità o di colpevolezza del rimprovero.

a. Una dequotazione della colpa lieve potrebbe realizzarsi attraverso il superamento dello scetticismo che aleggia attorno al ruolo delle linee guida e dei protocolli i quali potrebbero essere considerati, ove possibile, quali *discipline* destinate ad integrare il rimprovero colposo *tout court*¹⁶¹.

La valorizzazione di un sapere che aspira a codificarsi in strumenti flessibili, sempre aggiornati e facilmente adattabili alla miglior scienza ed esperienza del

¹⁶⁰ In via di mera ipotesi si potrebbe pensare, inoltre, di adottare una soluzione vicina all'esperienza del diritto penale spagnolo nel contesto del quale, per aversi *imprudencia profesional*, la violazione della regola cautelare professionale deve assumere una rilevanza tale da far apparire la condotta dell'agente incompatibile con il ruolo professionale esercitato. Si tratterebbe, dunque, di una violazione connotata da un coefficiente di gravità probabilmente ancor più stringente di quello richiesto dalla colpa grave, senza però che questa scada in un contegno abnorme.

¹⁶¹ *Ex plurimis*, sul ruolo e rango delle linee guida e protocolli D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI, *Medicina e diritto penale*, cit., p. 268; F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fa colpa e regola cautelare*, cit., p. 1297; ID., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 246. In questo senso anche, C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità del medico. Tipicità e determinatezza del nuovo art. 590 sexies c.p.*, cit., p. 211.

momento storico, costituisce l'elemento cardine non solo di una tanto auspicata tipicità penale ma, altresì, di una valutazione della colpa che tenga in adeguata considerazione il contesto nel quale maturano le decisioni¹⁶².

Il cammino metodologico è tracciato dalle parole di un autorevole magistrato il quale suggerisce: “studiate quali sono i protocolli in uso nelle esperienze straniere più accreditate, confortatevi con esse e costruite un vostro modello, un vostro protocollo che non sia frutto di una mera, soggettiva astrazione, dell'invenzione, ma che si confronti anche dialetticamente, criticamente, con le esperienze, con i professionisti che anche in altri contesti si sono cimentati con questo delicato problema. Cioè noi abbiamo l'esigenza, nel grande mare del sapere scientifico, di individuare il sapere scientifico accreditato, corroborato, cioè sostenuto dalla comunità degli studiosi indipendenti”¹⁶³.

A ben vedere, un solido impianto di regole cautelari scritte, sulle quali poter misurare il tenore dell'atteggiamento antidoveroso del soggetto, può assumere rilievo anche in ordine non già ad una valutazione in termini di atipicità del rimprovero, come peraltro potrebbe avvenire, ma di particolare tenuità del fatto che conduca alla non punibilità dello stesso¹⁶⁴.

In particolare, dal momento che l'assenza di uno statuto adeguato del rimprovero a carico dei soggetti chiamati a governare il rischio consente, oggi, il permane-

¹⁶² Peraltro, le contingenze del momento storico, caratterizzato dal uno stringente dibattito in ordine alle responsabilità delle diverse categorie professionali per il possibile contagio da Covid 19, hanno mancato l'opportunità di ridisegnare i corretti confini del ruolo delle linee guida a protocolli. Ancor peggio, forse, tale contingenza ha partorito norme caratterizzate da una profonda incoerenza e da altrettanti insuperabili limiti applicativi, come quella dell'art. 29 bis del D.L. n. 23/2020 (cosiddetto Decreto liquidità) come convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, il quale prevede che “ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del Codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. In via di primo commento si veda C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 15 giugno 2020 nonché, se ci si consente, C. VALBONESI – B. GIORDANO, *Riconoscimento dell'indennizzo da parte di INAIL per infortunio legato al Covid 19: niente di nuovo sotto il sole*, in *RSPPItalia*, giugno 2020. Per tutti, sui rapporti fra pandemia e responsabilità colposa F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2020.

¹⁶³ R. BLAIOTTA, *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, in in AA.VV. *La Protezione civile nella società del rischio*, cit. p. 149.

¹⁶⁴ Sul tema della particolare tenuità del fatto, *ex plurimis*, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al Dir.*, 2015, n. 15, p. 19; G. DE FRANCESCO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Criminalia*, 2015, p. 199; V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Diritto e giurispr.*, 2015, p. 24; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 659.

re di un rimprovero a titolo di colpa lieve, è fondamentale ipotizzare una soluzione interpretativa suscettibile di neutralizzarlo e di riconsegnare una pur minima serenità a chi è chiamato ad agire in situazioni di criticità.

Così, nei casi nei quali sussista la tipicità del fatto, ma “per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo”, esaminato alla luce dei parametri dell’art. 133 c.p., esso risulti di particolare tenuità, si ritiene possa operare la previsione dell’art. 131 *bis* c.p.

Peraltro, il richiamo espresso al parametro ermeneutico dell’art. 133, comma 1, che involge, per l’appunto, non solo la “modalità dell’azione” e la “gravità del danno e del pericolo”, ma proprio il “grado della colpa”, conferisce espressamente la possibilità di rendere non punibile il fatto commesso con colpa lieve e colloca pienamente questa soluzione nell’ampio e forse inesauribile dibattito sulla repressione del comportamento colposo nell’era della postmodernità.

b. Infine, in questi nostri tempi dominati da una incertezza sistemica utilizzata peraltro in funzione accusatoria, un vero cambiamento di passo sarebbe rappresentato dal definitivo approdo ad una giurisprudenza che accolga pienamente nell’alveo sistemico del diritto penale il canone espresso dall’art. 2236 c.c. La valutazione in termini di colpevolezza che esso esprime, sulla quale ci siamo peraltro soffermati nel corso della trattazione, rappresenta la strada maestra per introdurre una limitazione del rimprovero che, in peculiari contesti, dovrebbe limitarsi alla sola colpa grave.

Una soluzione di questo tenore restituirebbe *serenità* ai soggetti deputati alla gestione tanto dei rischi naturali, quanto soprattutto dei rischi sanitari, chiamati oggi ad operare in un contesto storico nel quale è possibile preconizzare quella nefasta saldatura fra posizione di garanzia e colpevolezza, foriera di un ritorno a forme neppure tanto occulte di responsabilità oggettiva.

Del resto, è noto a tutti: *mala tempora currunt*.