

SPUNTI PER UNA RISCOPERTA DELLA COLPA
PER ASSUNZIONE *

Daniele Piva



SOMMARIO 1. La strada in salita di un'imputazione straordinaria. — 2. Una forma di precolpevolezza tra *facere* e *non facere*. — 3. Casistica: in pratica e in teoria. — 4. Cenni conclusivi a rischi, rimedi e prospettive.

1. La strada in salita di un'imputazione straordinaria

Parlare di colpa per assunzione sembra quasi un'assunzione di colpa, ove in essa si ravvisi il fondamento di imputazioni anticipate capaci di far tremare i polsi, chiamando in gioco principi fondamentali del calibro del *nullum crimen sine lege* e del *nulla poena sine culpa*. E, in effetti, presa alla lettera, l'estrema deriva è proprio quella di una responsabilità per la condotta di vita (*Lebensführungsschuld*) o persino o per l'atteggiamento interiore (*Charakterschuld*), le cui radici affondano nella natura ipotetica di un giudizio basato non più sull'effettivo processo motivazionale del soggetto al momento della commissione del fatto, bensì su quello che avrebbe potuto svolgersi *ex ante* secondo quanto richiesto dall'ordinamento.

Sarà forse questo il motivo per cui ogni sua ricostruzione appare decisamente in salita e per lo più contrassegnata dalla logica, neppure troppo celata, dell'*excusatio non petita, accusatio manifesta*.

Basti pensare, al riguardo, allo sforzo profuso dalla dottrina tedesca per attribuire fondamento legale alle diverse ipotesi di *Übernahmeverschulden* o *Übernahmefahrlässigkeit*¹, in deroga al principio secondo cui l'elemento soggettivo rilevante è solo quello corrispondente al momento della commissione del fatto (*Koinzidenzprinzip*)², e alla analoga elaborazione, in tema di *actio libera in causa*, di modelli di

* Il contributo è destinato agli Studi in onore di Lucio Monaco, a cura di Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher, Gabriele Marra, Claus Roxin, Alfonso M. Stile, Klaus Volk.

¹ Su cui v., per tutti, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck, 2006, spec. 949 s., 1076, 1105.

² Per un simile inquadramento v. H.J. BEHRENDT, *Affekt und Vorverschulden. Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Differenzierung von Struktur und Funktion menschlicher Selbststeuerung*, No-

disciplina incentrati ora sulla condotta *praecedens* (*Methode der Umgehung*) ora su quella *subsequens* (*Methode der Reduktion*)³.

Ma che si punti sull'anticipazione della condotta descritta nella fattispecie incriminatrice (*Vorverlegungs- o Ausdehnungs-modell*)⁴ come del suo nucleo materiale di illiceità (*Unrechtsmodell*)⁵ ovvero sulla previsione di una fattispecie *ad hoc* di colposa produzione di tale stato (*Tatbestandsmodell*) rispetto alla quale il comportamento tenuto *ex post* si ponga come condizione obiettiva di punibilità⁶, tutt'al più causalmente derivata⁷, si tratta di un'imputazione comunque "straordinaria" con oggetto (*Gegenstand*) diverso dal fondamento (*Grund*), essendo sì punito l'autore per il fatto obiettivamente commesso, ma solo in relazione alla possibilità di evitare *ex ante* la situazione di discolta (*Shuld o Ausnahme-modell*)⁸.

2. Una forma di precolpevolezza tra *facere* e *non facere*

Il concetto di riferimento, come noto, è quello della precolpevolezza (*Vorverschulden*)⁹ atto a indicare un giudizio *ante factum* incentrato su situazioni che, se

mos-Verlagsgesellschaft, 1983, 77; G. JEROUSCHECK, *Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht*, in *Jus*, 2001, 417 ss.

³ Per un'ampia ricognizione, volendo, J. HRUSCHKA, *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldenfähigkeit des Täters*, in *SchwZStr* 90, 1974, 311 ss.

⁴ Così, nel tempo, C. ROXIN, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in *Festschrift für K. Lackner*, de Gruyter, 1997, 311 ss.; H. J. HIRSCH, *Zur actio libera in causa*, in *Festschrift für H. Nishihara*, Nomos-Verlag-Ges, 1998, 97 ss.; B. HARDTUNG, *Zur Actio libera in causa*, in *Festschrift für H. Nishihara*, ivi, 105 ss.; R. ZENKER, *Actio libera in causa. Ein Paradoxon als öffentlicher Strafanspruch in einem vom Schuldprinzip geprägten Rechtsstaat*, Lit, 2003, 104-107.

⁵ E. SCHMIDHÄUSER, *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Vandenhoeck und Ruprecht, 1992, 29 ss.

⁶ Cfr., solo tra i più recenti, M. HETTINGER, *Die Vorverschulden*, in *Schuld*, a cura di FISCHERHOVEN, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2017, 189 ss., 198 s; S. MORGE, *Die actio libera in causa im Rahmen des 21 StGB. Eine rechtsdogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Fälle selbstverschuldeter Trunkenheit im Übrigen*, Kovač, 2015, 214-248; J. RENZIOWSKI, *Die Verschärfung des § 323a StGB – Preisgabe des Schuldprinzips?*, in *ZStW*, 2000, 476 ss.

⁷ Sul punto insiste, particolarmente, I. PUPPE, *Grundzüge der actio libera in causa*, in *Jus*, 1980, 346 ss.

⁸ Insuperabile rimane sul punto J. HRUSCHKA, *Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit – BGHSt 21, 318*, in *Jus*, 1968, 544 ss.; ID., *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, in *ZStW*, 1984, 661 ss.; ID., *Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten*, in *JZ*, 1997, 24 ss.

⁹ Tra i massimi studiosi, U. NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker und Humblot, 1985, 1; U. ZIEGERT, *Vor-*

rimosse o evitate dal soggetto, gli avrebbero consentito di orientarsi come richiesto dall'ordinamento¹⁰.

Ma più che dall'inquadramento teorico è, a nostro avviso, dalla precisa individuazione del precomportamento rilevante (*Vorverhalten*) che occorre muovere per saggiare, senza eccessivo pregiudizio, la reale portata della colpa per assunzione, dovendosi anzitutto stabilire se essa si fondi sulla violazione di un obbligo negativo o positivo.

Al riguardo, a noi sembra che, per ragioni connesse tanto al giudizio di tipicità quanto a quello di colpevolezza, debba protendersi per la seconda soluzione.

In primo luogo, perché la violazione dell'obbligo di astensione segna già il superamento della soglia del rischio consentito e, con essa, il perfezionamento del tipo colposo, non essendovi pertanto, neppure a livello concettuale, alcuno spazio per un arretramento del giudizio ad un comportamento precedente¹¹.

In secondo luogo, perché una colpa per mancata astensione non sembra rispondere a pieno alla pretesa comportamentale dell'ordinamento che non vieta *tout court* di intraprendere determinate attività – il cui esercizio può, al contrario, rientrare nello svolgimento della personalità (art. 2 Cost.) o di singole libertà costituzionalmente stabilite (artt. 13, 16 o 41 Cost.) – ma si impone solo di fare *ex ante* quanto necessario per mettersi in condizione, *ex post*, di rispettarne le regole cautelari di svolgimento in modo da assicurarsi, così, la stessa legittimazione ad agire¹².

satz, Schuld und Vorverschulden. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, Duncker und Humblot, 1987, 273.

In Italia, specialmente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, 454 s; *amplius* R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Giappichelli, 2005, 177-180 e 203-205; E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. VINCIGUERRA-F. DASSANO, Editoriale scientifica, 2010, 513 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Giappichelli, 2011, 39; N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012, 103 ss.; cenni anche in D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, 601 (spec. nota 328). In passato, tra gli studi monografici, solo G. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, 203; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 291 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997, 341.

¹⁰ In questi termini R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 194; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, cit., 103 ss., spec. 109 ss.

¹¹ Colloca invece il precomportamento in una fase pretipica contrassegnata, già di per sé, da un superamento riconoscibile del rischio consentito antecedente all'inizio della realizzazione della fattispecie colposa, V. MILITELLO, *Modelli di responsabilità penale per incapacità procurata e principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. STILE, Jovene, 1989, 496 ss.

¹² In questi termini E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, cit., 514 ss.

In quest'ottica, l'obbligo di astensione costituisce, semmai, un *quid posterius* diretto non a tutti ma solo a chi, a monte, abbia violato tale obbligo preventivo che pertanto si conferma come oggetto della misura oggettiva della colpa¹³: il giudizio di negligenza si basa, infatti, non tanto sull'astensione del comportamento pericoloso, quanto sulla difformità di un dato comportamento dalla pretesa comportamentale dell'ordinamento¹⁴.

Da questo punto di vista, la colpa per assunzione si caratterizza, dunque, per la violazione di obblighi di *facere*, per lo più di adeguata informazione (*Erkundungspflicht*)¹⁵, che si attualizzano, però, solo in corrispondenza dell'eventuale effettivo svolgimento delle attività cui la predetta informazione si riferisce. Se, allora, si sposta l'attenzione sull'*actio praecedens*, senza obiettivizzarla in quella *subsequens*, sembra possibile circoscrivere l'oggetto del rimprovero colposo isolando i momenti significativi dell'omissione rilevante in modo da garantire un collegamento tra giudizio di colpevolezza e fatto tipico, attraverso la selezione di quei fattori di individuazione in grado di fondare il giudizio di riconoscibilità della regola cautelare su base strettamente personale.

3. Casistica: in pratica e in teoria

A dispetto della sua problematicità concettuale, la casistica interessata dalla colpa per assunzione è la più ampia e varia.

Si va da chi consapevolmente intraprenda un'attività senza i titoli necessari o comunque senza esserne all'altezza fisico-intellettuale ovvero in conseguenza di un errore su norma penale (*Verbotsirrtum*) a chi, più in generale, si ponga in una condizione di impossibilità di adeguarsi ad una pretesa comportamentale giuridicamente predefinita¹⁶.

Particolare riferimento si opera, in giurisprudenza, alla figura del medico spe-

¹³ In questo senso v. R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 147 ss. e 204; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, cit., 107-109.

¹⁴ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 235 s.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss., spec. 113; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2018, 149; E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, cit., 514 ss.

¹⁵ Così C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 1076.

¹⁶ Esempi dapprima in G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 293 e poi in E. MEZZETTI, *La colpa per assunzione*, cit., 518-522.

cializzando il quale risulti aver cagionato eventi dannosi nell'esercizio di attività non di mera esecuzione ma caratterizzate da, sia pur limitati, margini di autonomia, pur non essendo in grado di compierle secondo il livello di diligenza richiesto¹⁷.

Ma è soprattutto a livello teorico, nel più ampio richiamo alla categoria della precolpevolezza, che la colpa per assunzione sembra poter sviluppare il suo massimo potenziale. Il pensiero corre, per tutti, alla colpa di organizzazione dell'ente collettivo (*Organisationsverschulden*) nella quale – secondo la tesi notoriamente emersa nell'ambito del dibattito in corso nella dottrina d'Oltralpe sul significato del § 30 della legge tedesca sulle violazioni amministrative (*Ordnungswidrigkeitengesetz*)¹⁸ ma poi ripresa anche in quello insorto in Italia all'indomani dell'emanazione del d.lgs. 231/2001¹⁹ – trova causa l'illecito individuale, secondo uno schema assimilabile a quello dell'*actio libera in causa*. Ma anche in questo caso non può tacersi dell'esigenza di non esaurire il giudizio nella *preventive fault* in sé, prescindendo da quel preciso collegamento col reato commesso *ex post* che definisce lo stesso livello del rischio consentito nell'attività; né, tantomeno, oggettivizzare il rimprovero per violazione di un'aspettativa generalizzata (*generalisierte Erwartung*) dell'ordinamento.

Di recente, si è anche avuto modo di evocare lo schema della colpa per assunzione con riguardo alla valutazione della possibile incidenza delle cd. componenti impulsive della condotta²⁰, sulla base della mancata attivazione *ex ante* di quel potere-dovere di *resistenza* idoneo a evitare la realizzazione del reato *ex post*, mutuando dalla distinzione tra *obbligazione* e *dovere* giuridico (entrambi di comando o divieto) come applicata dalla dottrina tedesca in tema di *actio libera in causa*²¹: se, infatti, la prima costituisce norma secondaria non immediatamente sanzionata ma derivante dal secondo alla cui inosservanza l'ordinamento risponde, la mancata resistenza ad un impulso criminoso potrebbe inquadrarsi come violazione di quel particolare obbligo di mantenersi in condizioni tali da poter assolvere al precetto penale che impe-

¹⁷ Cfr., ad esempio, Cass., sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 6981, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215, in *Cass. pen.*, 1/2011, 191 ss.; Cass., sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, *ivi*, 11/2009, 4298 ss.

¹⁸ Cfr. K. TIEDEMANN, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1169 ss.

¹⁹ Cfr. C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 167 ss.

²⁰ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta: tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, *Jovene*, 2020, 423 ss.

²¹ U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, *Klostermann*, 1989, 24 ss., spec. 65 ss. e 130.

disce al soggetto di invocare scuse (*Verschulden gegen sich selbst*) nell'ambito di un'imputazione fondata sulla surrogazione del deficit di colpevolezza con la responsabilità per la sua assenza. Per dirla con Roxin²², una sorta di "imprudenza per il diritto" (*Rechtsfahrlässigkeit*) e non "per il fatto" (*Tatfahrlässigkeit*) che, tuttavia, risulta in questo caso epurata dal rischio di un regresso all'infinito *in malam partem* giacché funzionale non tanto a rendere punibile chi viceversa non lo sarebbe quanto piuttosto per valorizzare componenti impulsive i cui effetti tenderebbero altrimenti a rimanere confinati al piano della commisurazione di quella stessa pena incentrata sull'idea dello "scopo" cui il prof. Monaco, cui tali scritti sono dedicati, ha dedicato ampi spazi nelle sue ricerche²³.

4. Cenni conclusivi a rischi, rimedi e prospettive

Per quanto faccia fatica a conciliarsi coi dogmi tradizionali della colpevolezza, la colpa per assunzione si presta, invero, ad esprimere un coefficiente soggettivo riferito a un momento prossimo ma comunque antecedente a quello in cui si realizza la condotta, idealmente riconducibile al processo motivazionale che conduce ad agire, rimanendo impregiudicati i delicatissimi problemi di prova. L'importante è che l'imputazione del precomportamento non risulti astratta non potendosi, per definizione, fondare su una qualsiasi mancanza *ex ante* una responsabilità *in re ipsa* per il *post*. Rischio, questo, sin qui particolarmente avvertito nelle tradizionali ipotesi di colpa per assunzione che riguardano settori dell'ordinamento ampiamente regolati e nelle quali il momento oggettivo della colpa, consistente nell'inizio da parte del soggetto dell'attività senza i requisiti richiesti, può pertanto facilmente sovrapporsi a quello soggettivo che rinvia alla concreta possibilità di rendersi conto della sua inadeguatezza. E al riguardo, si è qui accennato al fatto che, in particolare, un'adeguata ricostruzione della materialità del precomportamento fondata sulla violazione di un *facere*, sia pur prodromica rispetto a quella del *non facere*, può contribuire a personalizzare il giudizio di responsabilità.

Si è visto, poi, come neppure possa escludersi un ricorso *in bonam partem* a questo schema d'imputazione ove, in corrispondenza di un momento immediatamente antecedente a quello della realizzazione della condotta criminosa, si venga ad

²² C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., spec. 949 s.

²³ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

imporre un giudizio di esigibilità relativamente al controllo di determinati fattori, come quelli impulsivi, la cui rilevanza sembra tuttora limitata al piano del *quantum* e mai dell'*an* della pena. Così concepito, il modello della colpa per assunzione potrebbe peraltro contribuire a una modernizzazione del giudizio e, nel contempo, a una sua apertura alle migliori acquisizioni delle (neuro)scienze di riferimento che ci consegnano ormai un essere umano fatto anche, se non in prevalenza, di impulsi *irresistibili* e azioni *incoscienti* rispetto alle quali anche una colpa *ex ante*, da valutare in concreto senza continuare implicitamente ad ammetterla *ex se*, parrebbe costituire uno di quei tanti e possibili ponti tra l'*essere* e il *dover essere* che, per il suo stesso fondamento di razionalità, il diritto è chiamato a costruire e non a sbarrare.

Insomma, per concludere come si è iniziato, può ritenersi che, al netto di comprensibili scetticismi, ove proiettata nell'ambito di un accertamento in grado di garantire la conformità dei suoi contenuti al principio di personalità mediante adeguata combinazione dell'omissione (*ex ante*) e dell'azione (*ex post*), la colpa per assunzione possa e non debba comportare, dal punto di vista giuridico, alcuna assunzione di colpa.

Volendo mutuare, infine, da quanto affermato dal Prof. Monaco a proposito del recesso dal delitto tentato, potrà pure essere, cioè, “una figlia che dà un sacco di preoccupazioni”²⁴ ma non per questo da ripudiare *in toto*: si tratta solo di chiarirne l'oggetto e i criteri di giudizio, possibilmente senza rassegnazione o indifferenza.

²⁴ L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, Anno XLVII, 1978-79, Nuova Serie A, N. 31, 219.