

VITTORIO DE FRANCESCO

SULLA MISURA SOGGETTIVA DELLA COLPA *

* Questo lavoro fa parte di una più ampia ricerca che l'autore sta compiendo nella Repubblica Federale di Germania quale borsista della *Alexander von Humboldt-Stiftung*.

SOMMARIO: 1. L'accertamento della colpa tra oggettivismo e soggettivismo. — 2. Di una pretesa «arbitrarietà» del criterio soggettivo. — 3. Il limite logico all'individualizzazione del giudizio. — 4. Misura della colpa e grado di generalizzazione del giudizio. — 5. Il principio dell'aspettativa sociale nella tesi oggettivistica. — 6. Il principio di personalizzazione del rimprovero di colpa nella tesi soggettivistica: significato e limiti. — 7. La colpa nella concezione etica della colpevolezza. — 8. Il carattere *analogico* del giudizio di colpevolezza: a proposito di un rilievo degli oggettivisti. — 9. Misura della colpa e prevenzione generale. — 10. Dalla concezione *etica* alla concezione *sociale* della colpevolezza. — 11. La misura della colpa tra colpevolezza e prevenzione.

1. «Può un'azione essere qualificata colposa solo quando l'agente avrebbe dovuto prevedere ed evitare l'evento ed avrebbe inoltre potuto prevederlo ed evitarlo tenuto conto delle sue personali conoscenze e capacità? Oppure l'agente va punito già quando un uomo normale o ideale, posto nella situazione dell'agente stesso, sarebbe stato in grado di evitare l'evento? Misura *soggettiva* o *individuale* — misura *oggettiva* o *generale*: così suonano le formule in cui viene solitamente racchiuso tale quesito» ⁽¹⁾.

Con queste parole Mannheim riassumeva, in apertura del suo famoso lavoro del 1912, i termini di uno dei problemi centrali nel panorama dell'elaborazione dottrinale del delitto colposo — un interrogativo che, un anno dopo, Baumgarten definiva addirittura «il più difficile tra tutti i quesiti pratici sollevati dalla problematica della colpa» ⁽²⁾.

A distanza di oltre sessant'anni, la centralità della questione riguardante «il limite inferiore della colpa, la delimitazione della colpa dal caso» ⁽³⁾, è rimasta inalterata nella dottrina

⁽¹⁾ MANNHEIM *Der Masstab der Fahrlässigkeit*, 1912, 1.

⁽²⁾ BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis*, 1913, 122.

⁽³⁾ Così MANNHEIM, *op. loc. cit.*

moderna — e per una ragione molto semplice: al di fuori di una risposta esauriente ed univoca alla domanda posta da Mannheim ⁽⁴⁾ resterebbero in buona parte vani gli enormi passi in avanti compiuti nello studio delle fattispecie colpose ⁽⁵⁾.

Come si sa, grazie agli approfondimenti concettuali realizzati dall'inizio del secolo, la dottrina della colpa può oggi vantare per lo meno due meriti indiscussi: da un lato quello di aver finalmente sciolto il tradizionale 'matrimonio forzoso' dell'illecito colposo con l'illecito doloso ⁽⁶⁾; dall'altro, quello di aver reso meno incerta la linea di demarcazione tra la 'colpa' e i criteri più «primitivi» ⁽⁷⁾ di imputazione penale, quali la responsabilità oggettiva e il 'versari in re illicita'. La portata di tali risultati — li si consideri per il contributo offerto alla comprensione delle note caratteristiche dei delitti colposi o piuttosto per l'apporto dato alla realizzazione di un principio fondamentale della nostra civiltà, quello di colpevolezza — la portata di tali risultati, dicevamo, non ha certamente bisogno di essere illustrata in questa sede. Importante è invece ricordare come essi siano stati conseguiti ponendo in risalto il momento normativo per eccellenza ⁽⁸⁾ dell'illecito colposo — ossia la violazione dell'obbligo di diligenza ⁽⁹⁾ — nel ricostruirne le peculiarità strutturali attor-

⁽⁴⁾ Va detto comunque che MANNHEIM non fu certamente il primo a sollevare il problema della misura oggettiva o soggettiva della colpa, del quale era già consapevole la dottrina penalistica del primo ottocento: cfr. ad es. VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen über das culpöse Verbrechen*, 1804, spec. 110 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., per tutti, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, 1974, 13.

⁽⁶⁾ Su questo aspetto si veda soprattutto il lucido quadro dottrinale tracciato da MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, 1971, spec. 98 ss., 136 ss., 188 ss., ed ivi le citazioni essenziali.

⁽⁷⁾ La definizione è di LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, 1900, 143.

⁽⁸⁾ Una puntuale analisi circa i rapporti tra il momento normativo del delitto colposo ed il problema della misura della colpa si trova già in SCHUMACHER, *Um das Wesen der strafrechtlichen Schuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken*, 1927, 83 ss.

⁽⁹⁾ Fondamentale, in proposito, è lo studio di ENGISCH, *Untersuchungen über*

no ai pur antichi criteri paradigmatici della prevedibilità (o rappresentabilità) ed evitabilità (o prevenibilità) ⁽¹⁰⁾.

Ed è proprio a questo punto che s'innesta il problema della *misura* — oggettiva o soggettiva, generale o individuale — della colpa. «Negligentemente — osservava Exner — agisce chi provoca una lesione giuridica che egli poteva e doveva evitare. Nel 'poter evitare' e nel 'dover evitare' sta il problema del limite inferiore della colpa, perché le azioni inevitabili non sono imputabili all'agente. Ma quello di 'evitare' è, di per sé, un concetto relativo, che acquista contenuto diverso a seconda del soggetto cui viene riferito» ⁽¹¹⁾. D'altra parte, «evitabili in senso giuridico sono soltanto le conseguenze prevedibili del comportamento, solo a queste si riferisce il divieto legislativo»: «homo tantum potest, quantum scit». «L'evitabilità è quindi condizionata dalla prevedibilità», in quanto un «evento antiggiuridico è evitabile solo quando l'eventualità del suo verificarsi ed il modo di impedirlo sono riconoscibili» ⁽¹²⁾.

Come ogni giudizio sulla possibilità di un comportamento che avrebbe potuto e dovuto verificarsi ma non si è in concreto verificato, quello sulla prevedibilità ed evitabilità implica insomma necessariamente la scelta del *punto di vista* da cui va operato il giudizio stesso ⁽¹³⁾.

Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (ristampa anastatica del 1964), spec. 306 ss.

⁽¹⁰⁾ Al riguardo si veda soprattutto la lucida impostazione di M. GALLO, *Colpa penale* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 624 ss. Non deve comunque fuorviare il fatto che nella dottrina moderna non tutti ricostruiscano esplicitamente la struttura del delitto colposo sulla base di questi due criteri. Nella sostanza, non si intende nulla di diverso quando essi vengono più o meno implicitamente 'assorbiti' già all'interno dell'obbligo di diligenza (cfr. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*³, A.T., 1978, 467 ss.). Per una panoramica delle antiche teorie sul fondamento della colpa impennate sui criteri della prevedibilità e prevenibilità, cfr. ALTAVILLA, *La colpa. Il reato colposo. Riflessi civilistici analisi psicologica*, 1950, 46 ss.; e, di recente, PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss.

⁽¹¹⁾ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, 179.

⁽¹²⁾ EXNER, *op. cit.*, 137 s.

⁽¹³⁾ Così MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, 1965, 181. Si vedano già gli acuti rilievi di PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, 1952, 61 ss.

L'accertamento della prevedibilità, ad esempio, richiede una prognosi postuma riconducibile alla logica di un giudizio probabilistico con cui va verificato un nesso di adeguatezza causale (*ex ante*) tra il comportamento del soggetto ed il realizzarsi dell'evento tipico ⁽¹⁴⁾. Affinché l'evento sia prevedibile, o — se si vuole — affinché la pericolosità del comportamento sia rappresentabile, occorre che il risultato tipico appaia *ex ante* come conseguenza «probabile» o almeno «ragionevolmente possibile» della condotta del soggetto ⁽¹⁵⁾. Ma ogni giudizio probabilistico — ce lo insegna la logica — ha «carattere relativo», dato che «si può assegnare una certa probabilità solo in base alle prove disponibili a chi voglia calcolarla». In altre parole, «da ogni concezione che faccia della probabilità una misura della razionalità della credenza, bisogna senz'altro attendersi questa relatività, perché le credenze di un individuo ragionevole mutano in rapporto allo stato delle sue conoscenze» ⁽¹⁶⁾.

Per meglio chiarire questo discorso sarà forse opportuno avere a disposizione un esempio concreto: la contadina che si reca per la prima volta in città e non sa che le porte della metropolitana si chiudono automaticamente, non può ovviamente prevedere il rischio cui espone il proprio nipotino se non provvede a tenerlo alla dovuta distanza dalle porte stesse ⁽¹⁷⁾. Ecco allora proporsi la domanda: come andrà valutato il comportamento della donna nel caso in cui si produca un evento dannoso per l'incolumità del bambino?

La prevedibilità del risultato tipico a danno di quest'ultimo — insomma la rappresentabilità del pericolo cui egli viene esposto — può essere considerata tanto in riferimento alle cognizioni

⁽¹⁴⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit, 283 ss.

⁽¹⁵⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 284.

⁽¹⁶⁾ Così COPI, *Introduction to Logic*, 1961, trad. it. a cura di STRINGA, *Introduzione alla logica*, 1976, 536 s.

⁽¹⁷⁾ L'esempio è tratto da SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht², A.T., Lehrbuch*, 1975, 444.

specifiche di cui è fornita, ad esempio, la maggior parte degli uomini, quanto sulla scorta delle più limitate esperienze di cui, in proposito, è fornito l'agente concreto. Dal primo punto di vista, si dovrà assegnare alla situazione un'alta potenzialità lesiva: sulla base del contatto quotidiano che l'uomo comune ha con i mezzi di trasporto, è facile infatti pronosticare come altamente probabile il verificarsi di un evento lesivo a danno del bambino qualora questi non venga tenuto alla debita distanza dalle porte della vettura. Ad una conclusione diametralmente opposta perverrà invece il giudizio operato sulla misura delle conoscenze concretamente a disposizione di una persona che sale per la prima volta su una vettura della metropolitana.

Ed è facile accorgersi che entrambe le valutazioni sono egualmente attendibili sotto il profilo della logica del giudizio probabilistico, giacché — come si afferma — «qualsiasi previsione può avere diverse probabilità in contesti diversi, cioè relativamente a prove diverse» ⁽¹⁸⁾. Con le seguenti, opposte conseguenze sul piano pratico: alla stregua dell'un punto di vista, si dovrà affermare la prevedibilità dell'evento e, quindi, la colpa della donna; mentre in forza dell'altro si dovrà ritenere l'evento stesso imprevedibile e pertanto escludere la rilevanza penale del fatto.

Un discorso assai simile si può ripetere per quanto concerne più specificamente l'altro elemento strutturale della colpa, ossia l'evitabilità (prevenibilità). Per convincersene concretamente basterà riflettere su uno dei tanti casi pratici prospettati dall'esperienza giurisprudenziale: per esempio sul fatto di chi compie un'esercitazione di guida nel rispetto di tutte le precauzioni imposte al riguardo dal codice stradale (presenza al suo fianco di persona munita di patente, scelta di luoghi poco frequentati, ecc.) ⁽¹⁹⁾. Ebbene, sulla base di quale parametro si dovrà valuta-

⁽¹⁸⁾ *COPPI, op. loc. cit.*

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. 20 gennaio 1971, *Cass. pen. mass. ann.*, 1972, 735, 1001; Cass. 6 dicembre 1971, *ivi*, 1983, 2930.

re l'eventuale responsabilità dell'allievo che, venutosi a trovare improvvisamente e senza sua colpa in una situazione di emergenza, non riesca per inesperienza ad eseguire correttamente la manovra di fortuna necessaria, procurando così il ferimento di una terza persona? Si dovrà forse fare riferimento all'esperienza, alla prontezza di riflessi, alle doti di freddezza e di calcolo proprie dell'automobilista medio, che sarebbe stato certamente in grado di compiere regolarmente la manovra, e quindi affermare la colpa dell'allievo? O si dovrà piuttosto tener conto delle più ridotte capacità da questi effettivamente possedute, escludendone così la responsabilità penale?

Pur nella sua schematicità forse eccessiva ⁽²⁰⁾, questa contrapposizione di punti di vista serve ad introdurre in termini di concretezza il problema della misura della colpa.

Da un lato, c'è chi propone un parametro oggettivo, generalizzante, la cui oggettività sta nell'affermata conformità alle esigenze di generalizzazione e di certezza proprie dell'ordinamento penale ⁽²¹⁾. L'affermazione della colpa non si fonderebbe perciò sul presupposto che l'evento sia «prevedibile in ogni singolo caso, per ogni singolo autore», ma richiederebbe più semplicemente che «l'evento sia *di regola* prevedibile», alla stregua di un criterio ricavabile «dall'osservazione di ciò che accade nella maggior parte dei casi» ⁽²²⁾. Il metro di giudizio sarebbe insomma dato dalla diligenza e dall'accortezza «dell'uomo medio, del *bonus pater familias*» ⁽²³⁾, o comunque andrebbe stabilito creando

⁽²⁰⁾ È bene osservare fin da ora, infatti, che la contrapposizione tra i sostenitori della misura oggettiva e quelli della misura soggettiva si presenta, almeno sotto certi aspetti, meno drastica di quanto potrebbe apparire dalla impostazione tradizionale del problema. Sul punto si tornerà comunque in seguito nel corso del § 4.

⁽²¹⁾ VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, Bd. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, 1907, 448.

⁽²²⁾ HOLD VON FERNECK, *Die Idee der Schuld*, 1911, 53.

⁽²³⁾ BAUMGARTEN, *op. cit.*, 123.

un prototipo di uomo, più o meno diligente ⁽²⁴⁾, le cui doti di accortezza e le cui capacità andrebbero generalizzate e confrontate con il caso di specie da giudicare ⁽²⁵⁾. Ciò significa che occorrerebbe fare astrazione «dall'esame della personalità individuale», per lasciar posto ad un giudizio «'obiettivo' e 'spersonalizzato'» ⁽²⁶⁾.

Come osservava già Exner, in quest'ordine di idee non ci si chiede se l'evento lesivo avrebbe potuto essere previsto ed evitato dall'*agente concreto*, quanto piuttosto se esso avrebbe potuto essere previsto ed evitato «da un modello astratto di uomo, posto nelle stesse circostanze» ⁽²⁷⁾. La responsabilità per colpa viene così a poggiare sul fatto puro e semplice che «qualcosa è dovuto, ma, in contrasto con la norma, non si è verificato», prescindendo completamente dalla considerazione del «potere individuale» del singolo agente ⁽²⁸⁾. In definitiva è il «potere altrui» ad offrire la misura che decide del «dovere» dell'*agente concreto* ⁽²⁹⁾; «è un potere generalizzato a fungere da presupposto dell'imputazione penale del fatto» ⁽³⁰⁾.

Proprio su quest'aspetto s'incentra criticamente il rilievo di fondo avanzato dalla contrapposta posizione dottrinale. Secondo il criterio oggettivo — osservava ad esempio Binding — il giudi-

⁽²⁴⁾ Come si vedrà meglio in seguito, il grado di diligenza e di accortezza che i vari 'oggettivisti' hanno via via attribuito all'«uomo medio» presenta oscillazioni a volta anche notevoli (cfr. in proposito i §§ 2 e 4).

⁽²⁵⁾ KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, in *Festgabe für K. Güterbock*, 1910, 25 (dell'estratto).

⁽²⁶⁾ In tal senso FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts*, in *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter (Festschrift zum Zentenarium des schweizerischen Juristenvereins)*, 1961, 269 ss., 321 ss., 326. In senso analogo SALM, *Das vollendete Verbrechen, Erster Teil, Ueber Fahrlässigkeit und Kausalität, Zweiter Halbband, Einzelprobleme*, 1967, 22 ss.

⁽²⁷⁾ EXNER, *op. cit.*, 180.

⁽²⁸⁾ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 1923 (ristampa anastatica del 1960), 136.

⁽²⁹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 43.

⁽³⁰⁾ KOHLRAUSCH, *op. cit.*, 26.

zio di colpa suonerebbe più o meno in questi termini: «tu devi astenerti dall'illecito non nella misura in cui tu stesso lo puoi, bensì nella misura in cui un altro diverso da te lo avrebbe potuto e lo avrebbe fatto» ⁽³¹⁾. Ma un simile criterio contrasta con il principio fondamentale per cui «nessuno può fare più di quanto è in suo potere» ⁽³²⁾; utilizzarlo nell'accertamento della colpa equivarrebbe a «rimproverare qualcuno per non aver reso possibile l'impossibile» ⁽³³⁾. Di un '*dover*' *prevedere ed evitare* si può quindi correttamente parlare solo in presenza di un effettivo '*potere*' *individuale* ⁽³⁴⁾. Di qui l'esigenza di una misura soggettiva, ritagliata sulla peculiare individualità dell'agente, considerando tanto le sue caratteristiche fisiche (ad esempio eventuali difetti di vista, di udito o altre invalidità) ⁽³⁵⁾, quanto le sue qualità intellettuali, come il patrimonio di conoscenze, il bagaglio di esperienze, l'intelligenza, la capacità di reazione e di giudizio, la memoria, ecc. ⁽³⁶⁾.

2. La dottrina della colpa, dunque, può oggi vantare a buon diritto di non meritare più il proverbiale giudizio scettico di Binding — :il delitto colposo è un «figliastro» della scienza penalistica ⁽³⁷⁾ — solo a patto che dimostri di aver acquisito sufficiente chiarezza circa il quesito della misura valutativa occorrente per accertare in concreto la rappresentabilità e la prevenibilità. Come viene ribadito, simili criteri rappresentano infatti sol-

⁽³¹⁾ BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtswidrige Handlung und die Arten des Delikts*, IV Band, *Die Fahrlässigkeit*, 1919, 520 s.

⁽³²⁾ BINDING, *op. cit.*, 520.

⁽³³⁾ EXNER, *op. cit.*, 137.

⁽³⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*², 1976, 223 ss.; EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁵⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 420.

⁽³⁶⁾ ENGISCH, *Untersuchungen* cit., 420 ss.; ARTH KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., 227.

⁽³⁷⁾ Ricordato, tra gli altri, da EXNER, *op. cit.*, nell'Introduzione e da SCHÜNE-MANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristenzeitung*, 1975, 435.

tanto «lo scheletro delle regole preventive la cui inosservanza attira la qualifica» di negligenza, giacché «una qualifica che voglia rispecchiare gli sviluppi della condotta prevedibili e prevenibili a priori finisce, per forza di cose, col relativizzarsi» ⁽³⁸⁾.

Nel proporci di mettere a fuoco alcuni aspetti — a nostro avviso essenziali — di tale tematica, non a caso abbiamo preso le mosse da Mannheim. E non tanto — o non solo — perché a tale Autore va attribuito il merito di aver per primo tracciato organicamente le linee direttive su cui deve svilupparsi ogni indagine sulla misura della colpa ⁽³⁹⁾. Quanto piuttosto — o anche — perché proprio a Mannheim risale un'obiezione preliminare circa la stessa sostenibilità logica e praticabilità concreta della posizione soggettivistica: un'obiezione che ancor oggi rappresenta — soprattutto nel quadro della nostra esperienza giuridica ⁽⁴⁰⁾ — il principale motivo critico adoperato da chi avversa il criterio soggettivo ed il cui esame si pone inizialmente come condizione necessaria per la corretta impostazione del problema.

«A riflettere fino in fondo sulla concezione soggettiva della colpa — affermava Mannheim — ci si accorge che essa contiene un'insanabile contraddizione». Le capacità individuali dell'autore, infatti, le quali dovrebbero offrire la misura di giudizio, sono valutabili solo attraverso indizi oggettivi, e precisamente attraverso i loro «frutti», vale a dire attraverso il «comportamento esteriore» dell'agente, dal quale soltanto è possibile ricavare conclusioni in riferimento alla sua individualità». Ma per avere un «quadro sufficientemente attendibile» bisognerà ovviamente prendere in considerazione «tutte le azioni del soggetto delle quali siamo a conoscenza e tali da permettere illazioni in riferimen-

⁽³⁸⁾ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 180 s.

⁽³⁹⁾ Per un giudizio analogo sull'importanza del lavoro di Mannheim, si cfr. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, 1928, 90; nonché ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 427 e PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, 1954, 140.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. soprattutto MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 183 s.; *Il reato come 'azione'*, cit., 209 ss.

to alla costituzione del loro autore. Non si può, ad esempio, scegliere arbitrariamente solo alcune delle azioni a disposizione, per ricostruire sulla loro base un quadro delle capacità intellettive dell'autore. È anzi indispensabile che non si astragga da nessuna azione della quale si sia a conoscenza; giacché proprio questa potrebbe essere particolarmente sintomatica in merito alla intelligenza del soggetto. Di qualsiasi azione non si può aprioristicamente ritenere che essa rimanga al di sotto del potere dell'autore, perché anch'essa offre un punto di riferimento per misurare concretamente un tale potere. Ed è proprio a questo punto che la misura soggettiva fallisce; essa, infatti, deve trascurare per lo meno un'azione, e precisamente quella da giudicare in concreto. Supponiamo che quanto noi sappiamo del soggetto ce lo descriva come un uomo che nel caso in esame sarebbe stato in grado di prevedere l'evento impiegando al meglio le sue capacità. Con quale diritto possiamo affermare che proprio le azioni precedenti portassero effettivamente ad espressione la sua individualità e che proprio quelle dimostrassero il suo grado di intelligenza? Non si potrà mai escludere, invero, che nelle precedenti occasioni egli non abbia affatto agito con maggiore accortezza e che sia stata solo una coincidenza fortunosa a vernirgli in aiuto, una coincidenza che adesso non si è verificata. Non vi è dunque alcuna ragione per ricostruire la individualità del soggetto trascurando arbitrariamente anche uno soltanto dei molteplici indizi che sono a disposizione a tale scopo. Ma un tale arbitrio la teoria soggettiva deve eleggere a principio proprio riguardo al fatto da giudicare in concreto. Se vuole evitarlo, se vuole sfuggire al rimprovero di arbitrarietà e prendere in considerazione pure il comportamento in esame, ecco che essa diviene logicamente impossibile: perché pretende di giudicare qualcosa secondo una misura contenuta nella cosa stessa da giudicare. In tal modo, la teoria soggettiva misura un uomo secondo il suo stesso metro e rinnova così l'immagine di Münchhausen che cerca di tirarsi

fuori dall'acquitrinio afferrandosi per i capelli» ⁽⁴¹⁾.

La misura soggettiva, dunque, sembrerebbe fatalmente destinata al fallimento, non potendo sfuggire al rimprovero *alternativo* o di arbitrarietà o di impossibilità logica.

Ma quanto c'è di esatto nel ragionamento di Mannheim? Cerchiamo di stabilirlo, anzitutto, con riguardo al primo termine dell'alternativa: l'arbitrarietà della misura soggettiva deriverebbe dal dubbio — sollevato proprio dall'azione oggetto di giudizio — che le capacità del soggetto non siano quelle indiziate dalle sue azioni precedenti, insomma dalla impossibilità di formulare in *termini di certezza* un giudizio sull'effettivo *potere* dell'agente di prevedere ed evitare l'evento lesivo.

Contro una tale argomentazione, è stato già da tempo replicato che «il diritto è fatto per la vita e che noi nella vita misuriamo ad ogni istante le prestazioni degli uomini non solo secondo il loro valore oggettivo, ma anche alla stregua del rapporto in cui esse si trovano con le capacità del loro autore» ⁽⁴²⁾. «È un dato di fatto — si è aggiunto — che noi giorno per giorno valutiamo se un uomo ha o meno capacità di giudizio, se ha buona o cattiva memoria, se gli si può riconoscere o meno un determinato bagaglio di esperienze; e, proprio su queste basi, giudichiamo se una sua erronea valutazione vada attribuita ad un difetto di accortezza o ad una mancanza di capacità» ⁽⁴³⁾.

Un giudizio sul «potere concreto» dell'agente è insomma sempre formulabile sulla scorta dell'«esperienza comune» ⁽⁴⁴⁾, quella stessa esperienza comune la quale, ad esempio, ci insegna che chi nulla sa dell'ossido di carbonio non ne può conoscere le proprietà velenose ⁽⁴⁵⁾; o ci dice — per riprendere i nostri casi

⁽⁴¹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 41 s.

⁽⁴²⁾ KRIEGSMANN, *Recensione a Mannheim, Der Massstab der Fahrlässigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 34, 1913, 759.

⁽⁴³⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 438 s.

⁽⁴⁴⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 417. Cfr. ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 228 s.

⁽⁴⁵⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit. 420 s.

pratici già prospettati in apertura di questo lavoro ⁽⁴⁶⁾ — che chi non ha mai viaggiato su un mezzo pubblico di trasporto sarà ben difficilmente in grado di percepire il pericolo insito nel chiudersi automatico delle porte: allo stesso modo non si può ragionevolmente pretendere che chi compie un'esercitazione di guida per conseguire la patente abbia la stessa capacità di reazione al pericolo e la stessa esperienza di un guidatore provetto.

Certo, proprio perché fondato sull'esperienza comune, l'accertamento non sarà mai sorretto da un'asserzione in termini di *certezza oggettiva*: esso poggerà piuttosto su un *giudizio di verosimiglianza*. In tal senso, già Engisch ⁽⁴⁷⁾ aveva parlato di una valutazione a struttura probabilistica: al più noi siamo in grado di stabilire che «molto probabilmente» l'agente aveva effettivamente la possibilità di rappresentarsi ed evitare la realizzazione del fatto tipico. Volendo usare il linguaggio della logica, si può dire che la valutazione delle personali capacità dell'agente si traduce nella formulazione di un'*ipotesi* fornita di un certo grado di probabilità (di conferma) — un'ipotesi che può, quindi, rivelarsi sufficientemente ragionevole e plausibile, senza tuttavia essere suscettibile di una *prova definitiva* ⁽⁴⁸⁾.

Ma basta ciò per affermare l'arbitrarietà del criterio soggettivo? La risposta — è ovvio — non può essere che negativa.

A ben guardare, infatti, il concetto di arbitrarietà cui faceva riferimento Mannheim si contrappone ad un'idea di certezza soltanto utopistica, perché si tratta di una certezza che la prassi del diritto non è assolutamente in grado di raggiungere. Era

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *supra* il § 1.

⁽⁴⁷⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 417.

⁽⁴⁸⁾ È questa la caratteristica propria degli argomenti induttivi: «Nell'induzione non possiamo essere certi che le conclusioni saranno sempre vere, se le premesse sono vere, pur potendo fare del nostro meglio per renderle vere nel maggior numero di casi possibile»: SALMON, *Logic*, 1963, trad. it. a cura di DI BERNARDO, *Logica elementare*, 1969, 76 ss., 107 ss.

una pretesa della cultura positivistica quella di racchiudere l'esperienza giuridica in una serie di «certezze deduttive», tali da garantire la «purezza scientifica» del diritto. Nel sottolineare come il convincimento del giudice si formi *sempre* attorno e con l'aiuto di una serie di giudizi di verosimiglianza, la dottrina contemporanea ha posto in risalto come l'aspirazione verso ogni «certezza oggettiva» rimanga irrealizzabile per la relatività stessa dell'esperienza giuridica quale esperienza del finito ⁽⁴⁹⁾.

Chi, ancor oggi, sulle orme di Mannheim ritiene di fare frettolosamente giustizia del criterio soggettivo attraverso il rimprovero di arbitrarietà, dimentica troppo facilmente l'insegnamento profondo che ci proviene dall'affermazione: la logica della prova — come la logica stessa del diritto — è una logica di probabilità! ⁽⁵⁰⁾

Non è certamente il caso di dilungarsi sui più recenti studi sulla prova, i quali ci avvertono di tener distinta la «certezza soggettiva» — l'unica raggiungibile dal giudice — dalla «certezza oggettiva» in merito al dato da provare, la cui «verità» è dimostrabile solo in termini probabilistici ⁽⁵¹⁾.

E che dire, ad esempio, del capitolo della causalità, dove la esperienza giuridica può verificare ancor più tangibilmente che ogni ricerca empirica deve inevitabilmente operare con la logica probabilistica? ⁽⁵²⁾ Qualsiasi studioso di leggi naturali testimonierà che tutte le sue conoscenze — anche quelle fornite del più alto grado di conferma — non possono mai abbandonare il terre-

⁽⁴⁹⁾ Sul giudizio di verosimiglianza come giudizio di valore, cfr. M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, 1964, spec. 135 ss.

⁽⁵⁰⁾ CARDOZO, *The Growth of the Law*, 1924, trad. ted. a cura di THIELE-FREDERDORF, *Lebendiges Recht*, 1949, 35 ss.

⁽⁵¹⁾ FINCKE, *Die Gewissheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1973, 266 ss.

⁽⁵²⁾ Sui rapporti tra il concetto scientifico e quello giuridico di causalità è fondamentale il recente approfondito lavoro di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento tra azione ed evento*, 1975, *passim*. Vedine anche le implicazioni in tema di tentativo, messe in luce già da SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1959, 149.

no della probabilità ⁽⁵³⁾. Sulla base di questa premessa è stato dimostrato il carattere necessariamente probabilistico della spiegazione casuale operata dal giudice nell'imputare le conseguenze lesive di un fatto tipico: «l'evento lesivo può essere oggettivamente addebitato all'agente quando si può dire che l'asserzione: 'senza il comportamento dell'agente l'evento non si sarebbe verificato' è altamente probabile o ragionevolmente credibile» ⁽⁵⁴⁾.

In breve: contro il proverbiale ottimismo dei positivisti non si può fare a meno di ricordare le parole di Arthur Kaufmann: «ogni qual volta si esprime un giudizio di colpevolezza, non si può mai avere la piena garanzia di aver deciso esattamente»; e ciò perché «ogni nostra conoscenza ci può offrire soltanto una maggiore o minore probabilità, mai la certezza. Chi non si accontenta deve fare in modo di scoprire un altro mondo, diverso dal nostro, [...] che è il mondo degli uomini» ⁽⁵⁵⁾.

Ricondotta alle sue reali dimensioni la portata del rimprovero di arbitrarietà mosso contro la misura soggettiva, non possono tuttavia essere messe seriamente in discussione le difficoltà che comporta la valutazione delle personali capacità e conoscenze possedute dall'agente. Come è stato rilevato, nella prassi occorrerà una «delicata interpretazione di indizi», e le difficoltà saranno tanto maggiori quanto più sfumati saranno i contorni della situazione concreta e quanto più differenziate, eterogenee e numerose saranno le singole implicazioni che vi confluiscono ⁽⁵⁶⁾. Resta perciò da verificare se la misura oggettiva non si lasci magari preferire sotto il profilo di una maggiore praticabilità concreta.

⁽⁵³⁾ FINCKE, *op. cit.*, 267. Si veda però la distinzione tra probabilità logica e probabilità statistica in SALMON, *Logica elementare*, cit., 98 s.

⁽⁵⁴⁾ STELLA, *op. cit.*, 316.

⁽⁵⁵⁾ *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in *Juristenzeitung* 1967, 553 ss., 560 (ora in appendice alla 2ª ed. dello *Schuldprinzip*, cit., 263 ss.).

⁽⁵⁶⁾ JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Deutsche Landesreferate zum IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (Teheran 1974)* 1974, 21. Cfr. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, cit., 194.

Anche a questo riguardo, per altro, la risposta non può essere che negativa. Qualunque sia il punto di riferimento per la generalizzazione, la tesi oggettivistica nulla può replicare al rilievo già di Hirschberg: stabilire univocamente un modello di uomo diligente offre il fianco a perplessità certamente non minori rispetto a quelle che possono avanzarsi contro la tesi soggettivistica ⁽⁵⁷⁾.

Le possibilità di generalizzazione sono in principio due. In primo luogo, si può assumere a misura di giudizio la diligenza che nel caso concreto avrebbe impiegato un uomo ideale particolarmente accorto, magari dotato della maggiore accortezza ed attenzione possibili ⁽⁵⁸⁾. Ma un simile criterio — come riconosce anche Mannheim — non è certamente praticabile: occorrerebbe davvero una eccezionale dose di «coraggio per richiedere un così alto grado di diligenza. Se andassero punite tutte le persone che non impiegano una tale diligenza in ogni atto della loro vita, chi resterebbe al sicuro dalla galera?» ⁽⁵⁹⁾.

Per ridurre a livelli meno «disumani» ⁽⁶⁰⁾ la diligenza dovuta, gli oggettivisti sono soliti percorrere un'altra strada, facendo riferimento alle caratteristiche dell'uomo comune ⁽⁶¹⁾, per esempio attraverso la nota formula del «*bonus pater familias*» ⁽⁶²⁾

⁽⁵⁷⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, cit., 90 s. Cfr. ENGELMANN, *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Schuldlehre*, in *Festschrift für Traeger*, 1926, 47 (dell'estratto).

⁽⁵⁸⁾ Per una tale impostazione cfr. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1900, 171 ss.; *Der Zufall im Recht*, 1896, 44 ss.

⁽⁵⁹⁾ MANNHEIM, *Der Massstab*, cit., 44.

⁽⁶⁰⁾ L'espressione è di DEUTSCH *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung*, 1963, 127.

⁽⁶¹⁾ WAHLBERG, *Das Mass und der mitilere Mensch im Strafrecht*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1878, 530 ss.

⁽⁶²⁾ BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., 123. Quest'ultima formula è stata comunque intesa in maniera alquanto più rigoristica da VON BAR, *Zur Lehre von der Culpā und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen Anderer*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1877, 26 ss.

o, più spesso, attraverso l'altra dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*»⁽⁶³⁾. Esamineremo più oltre qual è precisamente il significato di tali parametri ed in qual senso essi differiscano⁽⁶⁴⁾. A questo punto, qualunque sia il criterio di generalizzazione che si consideri, ci interessa soltanto far valere il rilievo di Engisch: «l'uomo medio di una determinata classe professionale» — e l'argomento è facilmente adattabile anche al criterio del «*bonus pater familias*» — «può essere riconosciuto unicamente considerando tutti gli appartenenti alla classe stessa, cui peraltro appartiene pure l'autore del fatto concreto»⁽⁶⁵⁾. Ecco allora che la critica di Mannheim contro la tesi soggettiva si rivolta contro quella oggettiva: «ricomprendere anche l'agente concreto nella base di giudizio sarebbe logicamente assurdo, escluderlo arbitrario»⁽⁶⁶⁾. Se infatti si tratta di vedere «ciò che avrebbe presumibilmente fatto l'uomo medio appartenente alla medesima categoria professionale, bisogna allora riferirsi a ciò che gli appartenenti a tale classe hanno effettivamente fatto in circostanze simili»: «al che si oppone proprio il comportamento tenuto dall'agente» — appunto *homo eiusdem professionis et condicionis* — «nel caso concreto»⁽⁶⁷⁾. Se invece si vuole «ritenere decisivo il giudizio personale del collega: 'anch'io mi sarei comportato così', 'io mi sarei comportato diversamente'», si trascura che «nelle varie categorie professionali esistono livelli differenti di capacità e di conoscenze»: non è forse vero che vi sono «domestici stupidi e domestici svegli, insegnanti con buona e cattiva

(63) È questo il criterio accolto da MANNHEIM, *op. cit.*, 46 ss. Nella dottrina italiana, in senso analogo, si veda GALLO, *Colpa penale*, cit., 640; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 193 ss.; CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, 1955, 120, anche per ulteriori richiami bibliografici.

(64) Cfr. *infra* il § 4.

(65) *Untersuchungen*, cit., 438.

(66) *Untersuchungen*, loc. ult. cit.

(67) *Op. loc. ult. cit.*

memoria, professori di filosofia con ricche e con scarse conoscenze?» ⁽⁶⁸⁾.

Per cui non resta che un'ultima strada: calcolare — come osservava scetticamente Binding — una sorta di media matematica dalla molteplicità dei casi pensabili ⁽⁶⁹⁾. Ed a parte il rilievo che una simile operazione non potrebbe che compiersi con «estrema superficialità» ⁽⁷⁰⁾, per ridurre al minimo il margine di approssimazione e di arbitrarietà nella formazione della base di giudizio occorrerebbe una vera e propria «osservazione di massa» ⁽⁷¹⁾, prendendo in esame tutti, o quasi tutti, gli individui appartenenti alla classe cui si fa riferimento ⁽⁷²⁾: un'indagine, questa, che — non è nemmeno il caso di dirlo — nessun fautore della misura oggettiva ha finora avuto il coraggio di indicare espressamente tra i comipti dello studioso o del pratico interessato ai problemi del delitto colposo.

Di modo che la tesi oggettivistica si rivela, al pari di quella soggettivistica, destinata a rassegnarsi, per così dire, «di fronte alla limitatezza del patrimonio delle conoscenze umane» ⁽⁷³⁾, dovendosi accontentare anch'essa di operare con semplici giudizi di verosimiglianza — certo ben lontani dal garantire la certezza oggettiva del risultato applicativo e quindi incapaci per definizione di eliminare ogni sospetto di quella arbitrarietà tanto temuta da Mannheim.

Una prima conclusione interlocutoria, quindi, non dovrebbe risultare difficile da condividere: non appena si abbandona il terreno dell'esperienza comune, non appena si dimentica che — ci si consenta un altro richiamo ad Arthur Kaufmann — nel

⁽⁶⁸⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁹⁾ *Normen*, Bd. IV, cit., 519.

⁽⁷⁰⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁷¹⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁷²⁾ Come osservava già LITTEN, *Lo Codi und seine Stellung in der Entwicklungsgeschichte des Culpa-Problems*, in *Mélanges Fitting*, II, 1908, 626. Cfr. ENGELSCH, *Untersuchungen*, cit., 438.

⁽⁷³⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, cit., 90 s.

«nostro mondo», il «mondo degli uomini» è ineliminabile il «rischio che ogni decisione implica» ⁽⁷⁴⁾, la tesi soggettivistica si presta facilmente ad essere ridotta *ad absurdum* attraverso un ragionamento in fondo non molto dissimile da quello di Mannheim.

3. Verificata la inconsistenza del sospetto di arbitrarietà avanzato contro la teoria soggettivistica, occorre adesso prendere in esame l'altro rilievo di Mannheim, quello riguardante la «impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare (*das Messen nach eigenem Maß*)» ⁽⁷⁵⁾. Ma, è ovvio, non per interrogarsi nuovamente sulla praticabilità concreta del criterio individualizzante. La risposta positiva appena data a tale interrogativo non può più essere intaccata dal fatto che si dimostri *logicamente necessario prescindere dalle capacità rivelate dal soggetto con l'azione concreta oggetto di giudizio*. L'intero ragionamento di Mannheim, infatti, essendo fondato sul rimprovero *alternativo* o di arbitrarietà o di impossibilità logica, cade con la dimostrazione, appena fornita, che *non è arbitrario* stabilire le capacità personali dell'agente facendo astrazione dall'azione in esame.

A questo punto si tratta piuttosto di prendere semplicemente coscienza di un preciso limite che la logica ed il buon senso pongono all'individualizzazione dell'accertamento della colpa, e, su questa base, di stabilire la vera sostanza del contrasto tra oggettivisti e soggettivisti.

C'è un fatto che occorre subito mettere in chiaro: se la misura soggettiva viene intesa nel senso che si debba tener conto di *tutte* le caratteristiche individuali dell'agente, non c'è allora dubbio che essa diverrebbe logicamente impossibile. Di ciò bisogna dare atto a Mannheim. Una misura valutativa, è stato osser-

⁽⁷⁴⁾ *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte*, cit., 560.

⁽⁷⁵⁾ Questa è l'espressione di MANNHEIM, *op. cit.*, 41 s.

vato, deve trovarsi al di fuori dell'oggetto da misurare ⁽⁷⁶⁾, laddove la valorizzazione di *tutte* le caratteristiche dell'agente — nessuna esclusa: quindi anche di *tutte* quelle che si esprimono con l'azione in esame ⁽⁷⁷⁾ — implica che l'oggetto stesso da misurare — e cioè l'individualità dell'agente quale viene rivelata anche dall'azione concreta — entri nel giudizio «come fattore essenziale della misura che si adotta» ⁽⁷⁸⁾. Con la conseguenza che il criterio soggettivo porterebbe ineluttabilmente a sentenze sempre assolutorie ⁽⁷⁹⁾. Perché anche quando si sia accertato che le capacità e le conoscenze manifestate dall'agente con le sue azioni precedenti indiziano il *potere* dell'agente stesso di rappresentarsi ed evitare la realizzazione del fatto tipico, quelle espresse da quest'ultima azione finirebbero, in un modo o nell'altro, per testimoniare che egli non poteva in concreto comportarsi diversamente da come si è comportato ⁽⁸⁰⁾. Verrebbe meno, insomma, qualsiasi punto di riferimento obiettivo per la valutazione normativa: «l'opinione dell'ordinamento — in base alla quale bisognerebbe formulare il giudizio che l'agente 'poteva' prevedere e prevenire il realizzarsi della fattispecie — combacerebbe, fatalmente, con l'opinione dell'agente: [...] l'ordinamento direbbe dell'agente, come l'agente di se stesso, che la tensione nervosa l'emozione la stanchezza che lo ha attanagliato, la stoltezza e l'ignoranza che ne offuscavano la conoscenza, gli impedivano, come gli hanno impedito, di evitare e di rendersi conto che stava realizzando un fatto delittuoso» ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁶⁾ MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 210.

⁽⁷⁷⁾ Si vedano sul punto i precisi rilievi di BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale dell'Università di Pavia*, 1960-61, 114 ss.

⁽⁷⁸⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 210.

⁽⁷⁹⁾ Così, acutamente, MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 183; in sostanza, anche GALLO, *Colpa penale*, cit., 639. Si cfr. inoltre, di recente, MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 297.

⁽⁸⁰⁾ I criteri della «rappresentabilità» e della «prevenibilità» perderebbero così ogni «funzionalità»: BRICOLA, *op. loc. cit.*

⁽⁸¹⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 184.

Ad esempio, quando dalle precedenti operazioni eseguite da un famoso chirurgo si inferiscono le sue eccezionali capacità tecniche, a fondare il giudizio di colpa non basterebbe nemmeno stabilire che nel caso di specie egli è stato imperdonabilmente disaccorto, restando di molto al di sotto dello standard proprio di un normale chirurgo. L'assoluzione del soggetto risulterebbe anzi inevitabile in forza di una riflessione del genere: l'azione concreta ci dice che il soggetto, pur dotato di grandi capacità, non è in grado di impiegarle sempre adeguatamente, giacché — ce lo dimostra proprio il fatto in esame — egli è incapace di operare sempre con la stessa accortezza: «se ha ucciso un uomo — concludeva Kohlrausch — ciò vuol dire insomma che egli alla 'stregua delle sue condizioni personali' non poteva fare altrimenti» ⁽⁸²⁾.

Qui sta dunque il «vizio logico» ⁽⁸³⁾ in cui rischia di cadere la misura soggettiva della colpa: «se non si fa astrazione da *almeno una* delle circostanze soggettive che hanno accompagnato la realizzazione del fatto, non è pensabile alcuna regola di condotta che prescriva all'agente concreto di comportarsi diversamente da come ha agito» ⁽⁸⁴⁾.

Nelle aspirazioni di Mannheim — e di chi tutt'oggi si richiama al suo pensiero ⁽⁸⁵⁾ — tale argomento dovrebbe fornire la confutazione definitiva della tesi soggettivistica: per eludere il vizio di impossibilità logica, essa dovrebbe infatti prescindere dall'azione in esame, cadendo così nel vizio di arbitrarietà ⁽⁸⁶⁾.

Quest'obiettivo finale, lo si è già detto, viene fallito in pie-

⁽⁸²⁾ KOHLRAUSCH, *Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung)*, in *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches*, Bd. I, A.T., 1910, 212. Cfr. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 449; GALLO, *Colpa penale*, cit., 635.

⁽⁸³⁾ Da cui mette efficacemente in guardia anche GALLO, *Colpa penale*, cit., 639.

⁽⁸⁴⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 184.

⁽⁸⁵⁾ Soprattutto MARINUCCI, *La colpa*, cit., 181 ss.; *Il reato come 'azione'*, cit., 209 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *supra* il § 2.

no. Infatti anche se bisogna convenire con Mannheim sulla «necessità logica» che il criterio soggettivo astragga, in un certo qual modo, dall'azione in esame, ciò non ne dimostra per nulla l'impraticabilità concreta: come si è visto, non è affatto arbitrario stabilire un quadro delle caratteristiche personali dell'agente facendo astrazione dal comportamento oggetto di giudizio. E se proprio di arbitrarietà si vuole parlare (peraltro a torto), il criterio oggettivo — anche questo lo si è già visto ⁽⁸⁷⁾ — non si rivela certamente, sotto tale profilo, più affidabile di quello soggettivo ⁽⁸⁸⁾.

Vero è che, contrariamente alle intenzioni, le argomentazioni di Mannheim finirono col fornire ai soggettivisti lo spunto per importanti chiarimenti concettuali: in particolare, arricchendo di preziosi approfondimenti la disputa sulle condizioni dell'evento dalle quali occorre fare astrazione nell'operare il rimprovero di colpa e contribuendo, contemporaneamente, a far emergere una insospettata analogia strutturale fra il criterio soggettivo e quello oggettivo ⁽⁸⁹⁾.

4. «Quando noi ci chiediamo se qualcuno poteva prevedere o rappresentarsi qualcosa, acquistano rilievo diversi elementi: le circostanze esterne, l'accortezza del soggetto, le sue capacità fisiche ed intellettive. Se, nel porre la domanda, noi consideriamo tutti questi elementi, allora la risposta non può che suonare: egli non poteva rappresentarsi ciò che non si è rappresentato. Ma, così posta, la domanda è assolutamente priva di senso. Occorre pertanto fare astrazione almeno da uno di tali elementi» ⁽⁹⁰⁾.

Con queste parole viene espresso un punto di vista su cui sono d'accordo, ed indiscriminatamente, tutti i soggettivisti: di

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *supra* il § 2.

⁽⁸⁸⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, cit., 90. Vanno ancor oltre ENGELMANN, *op. loc. cit.* ed ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 438 s.

⁽⁸⁹⁾ Al riguardo, puntuali i rilievi di HIRSCHBERG, *op. loc. cit.*

⁽⁹⁰⁾ LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, in *Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für L. Ennecerus*, 1913, 45 (dell'estratto).

una possibilità individuale di rappresentarsi ed evitare la realizzazione del fatto tipico «si può discutere solo se si prescinde da almeno una delle condizioni necessarie per il suo verificarsi» ⁽⁹¹⁾.

Si pensi ancora alla prevedibilità dell'evento: «quando sono date tutte le condizioni affinché l'evento venga effettivamente previsto» — «le circostanze esteriori, un determinato patrimonio conoscitivo ed una determinata capacità di giudizio, un certo grado di interesse del soggetto a che l'evento si verifichi o non si verifichi» — «allora c'è anche la rappresentazione». «Questo è un dato di fatto psicologico» — osservava Exner ⁽⁹²⁾: «di un 'potere' non si può parlare. Altrettanto sicuro è che la rappresentazione, quando manca in concreto, manca necessariamente; di un 'potere' non c'è da parlare nemmeno a questo proposito». «Ciò che io vedo in questo momento'» — continuava Exner ⁽⁹³⁾ citando due famosi oggettivisti — «'io devo vederlo; ciò che non vedo, non posso vederlo' ⁽⁹⁴⁾. 'Quel che non ha previsto, secondo il metro della sua individualità l'agente non poteva neanche prevederlo'» ⁽⁹⁵⁾.

È su un altro punto che verte il contrasto tra le due posizioni dottrinali: e precisamente sulle circostanze concrete dalle quali bisogna fare astrazione per operare il rimprovero di colpa.

Al riguardo è interessante notare come la stessa impostazione oggettivistica assuma coloriture a volte anche notevolmente diverse, in corrispondenza degli orientamenti tutt'altro che uniformi che ad essa vengono solitamente ricondotti.

C'è stato anzitutto chi ha proposto un parametro del tutto generalizzante, ricavabile dalla diligenza che nel caso di specie avrebbe impiegato un unico modello ideale di uomo, ad esempio

⁽⁹¹⁾ Così ad es. EXNER, *Das Wesen*, cit., 183 s.; ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 410 ss.

⁽⁹²⁾ EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹³⁾ EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹⁴⁾ VON ALMENDINGEN, *Untersuchungen über das culpose Verbrechen*, cit., 55.

⁽⁹⁵⁾ VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 449.

l'«uomo accortissimo» ⁽⁹⁶⁾, l'«uomo accorto» ⁽⁹⁷⁾, l'«*homo diligens*» ⁽⁹⁸⁾. Nonostante i livelli spesso diversi di diligenza che si intendono esprimere con queste ed altre simili formule, il criterio della colpa viene comunque fissato in maniera pressoché indifferenziata: si tratterebbe sempre e soltanto di vedere se l'agente si sia in concreto comportato così come si sarebbe al suo posto comportato quell'unico modello ideale di persona ⁽⁹⁹⁾. Nella stessa prospettiva si collocano quelle posizioni che, abbassando ancora lo standard della diligenza dovuta, fissano il limite inferiore della colpa nell'accortezza propria dell'«uomo medio» o dell'«uomo comune» ⁽¹⁰⁰⁾. Un ulteriore dato caratteristico di tutti questi orientamenti è che l'accento viene posto sulle sole circostanze esteriori del fatto, facendo perciò ricadere il problema della colpa in quello della causalità materiale ⁽¹⁰¹⁾: decisive sarebbero infatti le «regole della vita» ⁽¹⁰²⁾ e le «regole dell'esperienza», che ci informano sulle possibili conseguenze dannose delle nostre azioni ⁽¹⁰³⁾. L'unico criterio di concretizzazione del giudizio sarebbe insomma offerto dalla considerazione dell'eventuale anomalia delle circostanze oggettive, e indipendenti dalla persona dell'agente ⁽¹⁰⁴⁾, che abbiano impedito all'agente stesso di rappresentarsi e prevedere il decorso delle cose ⁽¹⁰⁵⁾.

Una misura tanto generalizzante non poteva però adattarsi alle innumerevoli articolazioni della vita sociale ed alle sempre

⁽⁹⁶⁾ Così RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe*, cit., 171 ss.; *Der Zufall im Recht*, cit., 44 ss.

⁽⁹⁷⁾ WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht. Vorlesungen*, 1881, 164.

⁽⁹⁸⁾ WÄCHTER, *op. loc. cit.*; cfr. VON BAR, *Zur Lehre von der Culpa*, cit., 26 ss.

⁽⁹⁹⁾ WÄCHTER, *op. loc. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ WAHLBERG, *Das Mass und der mittlere Mensch*, cit., 530 ss.

⁽¹⁰¹⁾ VON BAR, *Zur Lehre von der Culpa*, cit., 26.

⁽¹⁰²⁾ VON BAR, *op. ult. cit.*, 32.

⁽¹⁰³⁾ WAHLBERG, *op. cit.*, 533 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Testualmente VON BAR, *op. ult. cit.*, 27.

⁽¹⁰⁵⁾ WAHLBERG, *op. cit.*, 533.

più numerose differenziazioni tra «tipi sociali» imposte dall'innalzarsi del grado di civilizzazione ⁽¹⁰⁶⁾.

Chiedersi che cosa possa prevedere e di quali capacità sia provvisto l'uomo modello o l'uomo medio «avrebbe senso in un'epoca primitiva, in cui le conoscenze e le doti dei singoli cittadini si trovassero ad un livello sufficientemente uniforme. In un popolo di contadini, di pastori e di cacciatori, è senz'altro possibile stabilire una misura tipica di capacità intellettive, fissare un livello medio tra i due estremi; così come è possibile determinare con una certa precisione quel che ci si può attendere da un membro di una simile società. Ma come stanno le cose quando si innalza il grado di cultura, il grado di civilizzazione? Qui la misura media, nella sua accezione generalizzante, fallisce perché è praticamente irreperibile» ⁽¹⁰⁷⁾. Proprio questa considerazione ha indotto altri — tra cui lo stesso Mannheim — a «meglio precisare» il criterio oggettivo ⁽¹⁰⁸⁾, adeguandolo alle particolari conoscenze che l'uomo acquista per la sua «posizione nella vita», per la sua «collocazione nella società», per la sua «attività professionale» ⁽¹⁰⁹⁾. Di qui il criterio «dell'uomo medio della cerchia sociale di cui l'agente è riconosciuto membro» ⁽¹¹⁰⁾ o l'altro, sostanzialmente analogo, dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*» ⁽¹¹¹⁾.

Quali sono gli specifici contenuti di tali formule? E quali intenti si perseguono con esse?

Lasciamo parlare ancora Mannheim: «la diligenza dovuta varia in funzione delle circostanze ed ha una portata diversa a seconda che si riferisca al signor X quando, per favorire la

⁽¹⁰⁶⁾ LITTEN, *Lo Codi*, cit., 627.

⁽¹⁰⁷⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 45.

⁽¹⁰⁸⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 46.

⁽¹⁰⁹⁾ TESAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens. Ein Beitrag zur Wertungslehre im Strafrecht*, 1907, 218.

⁽¹¹⁰⁾ TESAR, *op. loc. cit.*

⁽¹¹¹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 46 ss.

digestione, va a passeggio su una pubblica strada, o piuttosto al capotecnico di una acciaieria nell'atto in cui sorveglia una colata d'acciaio necessaria per costruire una canna di cannone. Nella determinazione dell'obbligo di diligenza cui è tenuto quest'ultimo bisogna prendere le mosse dell'attenzione media che deve impiegare un bravo capotecnico: *homo eiusdem professionis*. Se però questo capotecnico, dopo il lavoro, fa la sua 'passeggiata per digerire', allora non potremo più richiedergli la medesima esasperata attenzione che egli è obbligato a prestare nell'acciaieria; ma dovremo piuttosto accontentarci della accortezza propria dell'uomo attento che fa la sua passeggiata, dunque dell'accortezza propria di un *homo eiusdem condicionis*» ⁽¹¹²⁾.

Sotto quest'ultimo profilo, poi, il criterio abbisognerebbe di ulteriori specificazioni, riguardanti l'ambiente sociale cui appartiene il soggetto. Questo il caso giudiziario con cui Mannheim ⁽¹¹³⁾ chiarisce il suo discorso: seguendo il consiglio di alcune donne del piccolo villaggio in cui viveva, la moglie di un vaccaio si convinse di poter guarire il proprio bambino malato di scrofolosi rinchiudendolo nel forno e, così facendo, ne provocò la morte per asfissia. Nel villaggio in cui la donna era cresciuta e vissuta, era effettivamente diffusa la credenza che determinate malattie infantili fossero guaribili chiudendo appunto i bambini nel forno. Ebbene, anche in tal caso il punto di vista oggettivo andrebbe «attentamente precisato», per evitare che ne conseguano applicazioni contrastanti con il senso di giustizia ⁽¹¹⁴⁾. L'assoluzione della madre — ad avviso di Mannheim assolutamente indiscutibile — non deriverebbe dall'applicazione di una misura soggettiva, quanto piuttosto dalla seguente considerazione, puramente *oggettiva*: dal fatto che «la donna divideva la sua superstizione con molte altre persone, avendo agito così come avrebbe

⁽¹¹²⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 47.

⁽¹¹³⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 49 s.

⁽¹¹⁴⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 50.

agito la maggior parte dei membri del gruppo sociale cui ella apparteneva per nascita, educazione, modo di pensare, formazione culturale». Non si tratterebbe, quindi, di considerare «un'incapacità *personale* di prevedere l'evento» quanto piuttosto di tener conto del fatto che essa «condivideva con altri una simile incapacità» ⁽¹¹⁵⁾.

È facile, allora, rispondere alle nostre domande: con il criterio dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*» si vuole ridurre il livello di generalizzazione dal punto di vista oggettivo, per adeguarlo alle molteplici articolazioni della vita collettiva allargando il numero delle circostanze concrete di cui occorre tener conto nell'operare il giudizio di colpa ⁽¹¹⁶⁾.

Innanzitutto, regolando la misura sul genere di attività professionale esercitata dall'agente: la portata del dovere di diligenza andrà così commisurata differentemente a seconda che si tratti di valutare l'attività del medico, del commerciante, del capotecnico, dell'operaio, ecc. ⁽¹¹⁷⁾.

In secondo luogo, rapportandola al «ruolo» che l'agente viene concretamente ad assumere in funzione del settore della vita di relazione in cui opera nel caso di specie ⁽¹¹⁸⁾: così, ad esempio, da chi esercita un mestiere che richiede una particolare attenzione non si può esigere che agisca nelle stesse condizioni di tensione nervosa anche quando opera al di fuori della sua attività professionale (si pensi al capotecnico dell'acciaieria che fa la sua passeggiata) ⁽¹¹⁹⁾. D'altra parte, pure chi esercita una professione tale da non comportare particolari responsabilità si trova continuamente in situazioni che lo obbligano ad agire con una certa accortezza: basta infatti uscire di casa per diventare pedoni o automobilisti ed essere quindi obbligati ad agire come

⁽¹¹⁵⁾ MANNHEIM, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁶⁾ LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., 9.

⁽¹¹⁷⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 46 s. Cfr. già LIEPMANN, *Einleitung*, cit., 147 s.

⁽¹¹⁸⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 194 ss.; GALLO, *Colpa penale*, cit., 640.

⁽¹¹⁹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 47.

un accorto utente della strada; basta iniziare la scalata di una montagna per porsi nella condizione di doverne affrontare i rischi sul modello di abilità di un esperto alpinista; e così via ⁽¹²⁰⁾.

Inoltre, adattandola alle particolari conoscenze che è ragionevole presumere in ogni uomo a seconda della sua posizione ed estrazione sociale ⁽¹²¹⁾. Ciò implica la considerazione della congruenza o meno di determinate azioni con alcune regole di condotta valide nel gruppo sociale cui appartiene il soggetto: si ripensi al caso della donna che provoca la morte del proprio bambino seguendo una credenza superstiziosa diffusa nel villaggio in cui vive ⁽¹²²⁾.

Infine, valorizzando il diverso bagaglio di esperienze e di capacità, e le conseguenti diverse responsabilità, che si acquistano pur nell'ambito di una stessa categoria professionale ⁽¹²³⁾: «anche all'interno di singole discipline, il principio della specializzazione ha ormai preso il sopravvento» — osservava già Mannheim ⁽¹²⁴⁾ —; «il medico ha da lungo tempo ceduto il passo allo 'specialista' e lo stesso 'specialista in chirurgia' è ormai sostituito — per fare solo un esempio — dallo 'specialista in chirurgia ortopedica'» ⁽¹²⁵⁾. Come è stato affermato «si delinea così una scala di attitudini e di cognizioni, che può valere, innanzitutto, a qualificare in modo assai diverso uno stesso comportamento professionale. L'errata diagnosi, la difettosa terapia, o l'errata operazione, che per il coscienzioso e modesto internista può rappresentare solo un fatale infortunio, per lo specialista o per il cattedratico scelto intuitu personae, potrà costituire, invece, un'autentica imperizia: diverso è il loro punto di vista, come diversa è l'altezza dalla quale essi potevano valutare e affrontare

⁽¹²⁰⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 201.

⁽¹²¹⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 49 s.; cfr. GALLO, *Colpa penale*, cit., 640.

⁽¹²²⁾ MANNHEIM, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹²³⁾ LIEPMANN *Einleitung*, cit., 147 s.; LITTEN, *Lo Codi*, cit., 627.

⁽¹²⁴⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 45.

⁽¹²⁵⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 45 s.

uno stesso fatto morboso, e diversa perciò l'attitudine a prevedere e prevenire i possibili sviluppi lesivi» ⁽¹²⁶⁾. In tal senso — si osserva — le capacità individuali dell'agente possono a volte dar luogo ad un innalzamento della misura della diligenza dovuta, senza che con ciò il criterio di giudizio perda la sua obiettività ⁽¹²⁷⁾.

Ristretto in tal modo il numero delle circostanze concrete (delle condizioni dell'evento) da cui fare astrazione — ridotto insomma il livello di generalizzazione del criterio oggettivo attraverso il riferimento a gruppi, classi, sottoclassi di uomini — diviene quasi scontato il rilievo dei soggettivisti: «Che cosa significano queste differenziazioni? Con esse si vuole forse intendere che bisogna prendere in considerazione tutti gli elementi in un modo o nell'altro rilevanti? Ma, così facendo, noi finiremo per avere non solo classi di medici e di operai, bensì anche di uomini miopi, di persone cui manca il pollice della mano destra, ecc. Perché sulla base di ogni caratteristica comune a più persone è possibile costruire una classe, né si può certamente ritenere che quelle appena ricordate siano irrilevanti ai fini del giudizio di colpa» ⁽¹²⁸⁾.

In effetti, questo punto non poteva passare inosservato, neppure per i più tenaci sostenitori della tesi oggettivistica. E ben si spiega come, raccogliendo alcune affermazioni già di von Bar ⁽¹²⁹⁾, gli oggettivisti avvertono la necessità di limitare ulteriormente il livello di generalizzazione della misura da essi propugnata, dando altresì rilevanza a determinate caratteristiche fisiche del singolo agente: ad esempio l'età, la miopia, la sordità, la cecità o altre menomazioni ⁽¹³⁰⁾.

Ed ecco l'ennesima replica dei soggettivisti: una volta che

⁽¹²⁶⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 198 s. Cfr. CRESPI, *op. cit.*, 121.

⁽¹²⁷⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 195. Cfr. DEUTSCH, *op. cit.*, 143.

⁽¹²⁸⁾ Così LEONHARD, *op. cit.*, 9. Cfr. ENGISCH, *op. cit.*, 439.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 451.

⁽¹³⁰⁾ MANNHEIM, *op. cit.*, 24 s. Cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 185; *Il reato come 'azione'*, cit., 160.

si sia iniziato ad operare differenziazioni a seconda della categoria professionale, della cerchia sociale e delle caratteristiche fisiche dell'agente, diviene impossibile porre un limite ad un simile processo di concretizzazione. «Sarebbe anzi del tutto arbitrario fermarsi a considerare solo determinati raggruppamenti»: «se si inizia a costruire gruppi, allora bisogna continuare a farlo in riferimento a tutte le caratteristiche che possono essere rilevanti e che siano comuni a più uomini» ⁽¹³¹⁾, ad esempio in riferimento al patrimonio di conoscenze e di esperienze, alla capacità di giudizio, alla memoria, alla forza di concentrazione, alla rapidità di pensiero, ecc. ⁽¹³²⁾. Ed «in questo modo si giunge necessariamente a tener conto di tutte le caratteristiche della persona, dunque alla concezione soggettivistica» ⁽¹³³⁾.

C'è un'unica riserva che si fa valere: che si ricordi di fare astrazione da un aspetto da cui è assolutamente indispensabile fare astrazione, e precisamente dalla leggerezza e dalla negligenza dimostrate dall'agente nel caso di specie, proprio da quella caratteristica che, se inserita nel giudizio, renderebbe la misura soggettiva «logicamente impossibile» ⁽¹³⁴⁾. Insomma: se per le «capacità dell'agente vale una misura soggettiva, per la diligenza deve valere invece una misura oggettiva» ⁽¹³⁵⁾.

Si tratta della condizione imprescindibile per conservare la praticabilità concreta del criterio individualizzante. Una condizione che nello stesso tempo ci dimostra come anche la misura soggettiva corrisponda in fondo ad un punto di vista oggettivo, in quanto anche essa contiene quel margine di generalizzazione indispensabile per poter operare il giudizio di colpa ⁽¹³⁶⁾. Quan-

⁽¹³¹⁾ LEONHARD, *op. cit.*, 13. Cfr. ENGISCH, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³²⁾ Tra i tanti ENGISCH, *op. cit.*, 420 ss.

⁽¹³³⁾ Così LEONHARD, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³⁴⁾ ENGISCH, *op. cit.*, 416. Cfr. EXNER, *Das Wesen*, cit., 183 s. Si vedano inoltre i rilievi di JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 1965, 21.

⁽¹³⁵⁾ LEONHARD, *op. cit.*, 19.

⁽¹³⁶⁾ Come osserva ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 229. Cfr. BURGSTÄLER, *op. cit.*, 189.

do si astraie dalla negligenza dimostrata nel caso di specie, si finisce col dire che, impiegando l'appropriata accortezza, «un'altra persona, su presupposti e di fronte a circostanze essenzialmente eguali, avrebbe effettivamente preveduto ed evitato l'evento» ⁽¹³⁷⁾. Non si tratta, dunque, di prendere in esame «l'individualità dell'agente nella totalità delle sue caratteristiche» ⁽¹³⁸⁾, di considerarlo «*così come è*, anche con *tutte* le sue caratteristiche morali ed intellettive», ma soltanto di allargare la base di giudizio dalle qualità fisiche fino a quelle intellettive, per considerare il soggetto, quindi, pur sempre in una «determinata sezione» della sua «costituzione individuale» ⁽¹³⁹⁾. Restano comunque fuori dal processo di concretizzazione le qualità per così dire «moralì» rivelate dall'agente nel caso concreto: «la indifferenza, la trascuratezza o la leggerezza» dimostrate nei confronti dei beni dell'ordinamento ⁽¹⁴⁰⁾, insomma la sua «*Gesinnung*» nei confronti degli interessi tutelati ⁽¹⁴¹⁾. La colpa sussiste quando, «in presenza delle circostanze date, la pericolosità dell'azione sarebbe stata riconosciuta da una persona sì fornita delle capacità intellettive dell'agente, ma orientata conformemente alle pretese dell'ordinamento giuridico» ⁽¹⁴²⁾.

Pure nel quadro della misura soggettiva, in definitiva, si viene ad operare un confronto tra l'agente concreto ed un *tipo ideale* di uomo: con l'unica differenza, rispetto alla misura oggettiva, che quest'ultimo non è un «uomo qualunque», «un soggetto indeterminato», ma un «'qualcuno determinato', e precisamente un uomo del genere dell'autore», fornito di quasi tutte le doti e di quasi tutti i difetti di cui è fornito l'agente concreto ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹³⁷⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³⁸⁾ EXNER, *op. cit.*, 184. Cfr. BURGSTALLER, *op. cit.*, 189.

⁽¹³⁹⁾ EXNER, *op. loc. cit.*

⁽¹⁴⁰⁾ BURGSTALLER, *op. cit.*, 190.

⁽¹⁴¹⁾ EXNER, *op. cit.*, 185. Cfr. JESCHECK, *op. ult. cit.*, 21.

⁽¹⁴²⁾ EXNER, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴³⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*; BURGSTALLER, *op. loc. ult. cit.*

Per cui, andando alla radice delle cose, la misura del potere dell'autore concreto è pur sempre il potere di un altro ⁽¹⁴⁴⁾.

È facile allora accorgersi che i termini della disputa tra oggettivisti e soggettivisti risultano notevolmente sdrammatizzati. Entrambi i punti di vista, infatti, implicano una generalizzazione: l'unica diversità concerne il grado della generalizzazione stessa ⁽¹⁴⁵⁾, insomma la scelta delle circostanze, oggettive e soggettive, che devono rientrare nella (o restare al di fuori della) base di giudizio per la determinazione del 'potere' dell'agente concreto ⁽¹⁴⁶⁾.

Di ciò, per la verità, non si era mostrato del tutto inconsapevole nemmeno Mannheim, almeno quando — mettendo per un attimo da parte le sottili argomentazioni che avrebbero dovuto dimostrare l'impraticabilità del criterio individualizzante — si chiedeva se «la misura oggettiva non fosse meno oggettiva — e la soggettiva meno soggettiva — di quanto apparisse a prima vista» ⁽¹⁴⁷⁾. Un'ammissione inevitabile, questa, non appena si considera che — allora come oggi — la portata del dissenso riguarda le sole capacità *intellettive* dell'agente concreto: e nemmeno tutte, se è vero che anche ad esse gli oggettivisti attribuiscono rilevanza quando servono a caratterizzare il soggetto quale appartenente ad un determinato «gruppo sociale» ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁵⁾ HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, cit., 90. Cfr. MANNHEIM, *op. cit.*, 3.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 426.

⁽¹⁴⁷⁾ MANNHEIM, *op. loc. ult. cit.* Cfr. WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, 1960, 21 s.

⁽¹⁴⁸⁾ Se non sono mutati i termini della disputa, è tuttavia diversa, oggi come oggi, la consistenza degli opposti schieramenti. Nella dottrina di lingua tedesca, infatti, tranne rare eccezioni (si cfr. ad es. FREY, *Die Reobjektivierung des Strafrechts*, cit., 310 ss.; LOTHEISSEN, *Die Problematik der strafrechtlichen Repression bei Verkehrsunfällen*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1970, 1 ss.; WIMMER, *Vereinfachungen im allgemeinen Strafrecht bei der Bestrafung von Verkehrsübertretungen*, in *Deutsches Autorecht*, 1960, 245 ss.; Id., *Ueber unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, 1753 ss.; HÖRBURGER, *Zum Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs*, in *Zeitsch-*

5. Quali, da un punto di vista sostanziale, le esigenze che esprime la tesi oggettivistica attestandosi su un livello di maggiore generalizzazione?

«Corrisponde all'idea stessa del diritto» «l'uniformità della valutazione malgrado la diversità delle attitudini e capacità umane» ⁽¹⁴⁹⁾: attorno a quest'idea centrale, cui si ispira fin dalle origini il criterio oggettivo ⁽¹⁵⁰⁾, si sono andate via via affermando, nella prassi ⁽¹⁵¹⁾ e nella teoria ⁽¹⁵²⁾, le varie forme di più moderata generalizzazione appena esaminate. Per la sua «tendenza alla obiettività», «fine del diritto è stabilire misure che facciano astrazione, nei limiti del possibile, da ciò che è meramente subiettivo, cioè norme oggettivamente valide. Il diritto, pertanto, fissa in un primo momento le sue pretese nei confronti dei singoli cittadini come se essi costituissero una massa omogenea

rift für Verkehrsrecht, 1973, 97 ss.; SALM, *Das vollendete Verbrechen. Erster Teil. Ueber Fahrlässigkeit und Kausalität. Erster Halbband. Der Tatbestand des Fahrlässigen Erfolgsdeliktes*, 1963, 69 ss., 92 ss., 110 ss., 117 ss.; *Id.*, *Zweiter Halbband, Einzelprobleme*, cit., 22 ss., 70 ss.) la posizione soggettivistica è pressoché incontrastata. Ciò su cui invece si discute è se la misura soggettiva vada applicata già per determinare la diligenza dovuta oggettivamente, e cioè già per stabilire la tipicità del fatto colposo, o se piuttosto debba essere presa in considerazione quale 'seconda misura' della colpa in sede di esame della colpevolezza individuale (per i richiami dottrinali si rinvia a JESCHECK, *Lehrbuch*³, cit., 466 ss.). Differente è invece la situazione nel quadro del nostro ordinamento, dove i pochi (relativamente) recenti contributi in materia di colpa (quelli più volte ricordati di MARINUCCI e di GALLO) sono nettamente orientati a favore della misura oggettiva, accogliendo nella sostanza il criterio dell'*«homo eiusdem professionis et condicionis»*. Nella più recente letteratura manualistica, si cfr., in senso conforme, MANTOVANI, *Diritto penale*, loc. cit.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p.g., 1976, 291; nonché, ma con qualche perplessità, BETTIOL, *Diritto penale*, p.g., 1976, 448. Un accenno al problema anche in NUVOLONE, *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Studi, vol. I, 1969, 466. Interessanti i riferimenti alla dottrina italiana dell'800 contenuti in PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 840 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ LIEPMANN, *Einleitung* cit., 144.

⁽¹⁵⁰⁾ Con particolare chiarezza WAHLBERG, *op. cit.*, 530 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Relativamente all'esperienza tedesca si veda la ricca casistica giurisprudenziale contenuta in DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., 129 ss.

⁽¹⁵²⁾ Per un ampio panorama della dottrina anche civilistica, cfr. WIETHÖLTER, *op. cit.*, 21 ss.

con qualità omogenee. Tuttavia, poiché una simile generalizzazione urta contro la realtà della vita, l'applicazione incondizionata di un principio del genere porterebbe ad evidenti ingiustizie e quindi proprio alla negazione dell'idea di giustizia, in forza della quale il diritto deve astrarre dal meramente soggettivo». Di qui la vasta gamma di differenziazioni che è necessario operare a seconda «delle varie posizioni di obbligo in cui il singolo viene di volta in volta a trovarsi» ⁽¹⁵³⁾, insomma la «diversa diligenza» richiesta in ragione della «posizione che il singolo viene ad assumere nella vita sociale e dell'importanza dei suoi compiti» ⁽¹⁵⁴⁾.

La funzione generalizzante e regolativa ⁽¹⁵⁵⁾ del diritto traccerebbe però un limite preciso a questo processo di concretizzazione: la «misura della diligenza pretesa dall'ordinamento va comunque determinata *obiettivamente*, secondo ciò che è necessario per gli scopi della vita sociale» ⁽¹⁵⁶⁾. Ed è un limite che coincide con la fondamentale idea regolativa che circola all'interno della teoria della colpa — il principio di affidamento: «fino a prova contraria, ognuno deve poter fidare sul fatto che nella vita di relazione ogni altro agisca con la diligenza propria del normale appartenente alla cerchia di rapporti di cui di volta in volta si tratta» ⁽¹⁵⁷⁾. Ciò «significa che lo standard di certi gruppi, cioè la diligenza di un ordinario appartenente ad un certo circolo di rapporti, ha importanza anche per gli altri partecipanti alla vita di relazione»: solo la garanzia del rispetto dello standard di certi comportamenti, infatti, consente agli altri consociati di «orientare e regolare il loro comportamento in base alle caratteristiche

⁽¹⁵³⁾ LIEPMANN, *op. cit.*, 144 s.

⁽¹⁵⁴⁾ LIEPMANN, *op. cit.*, 147 s.

⁽¹⁵⁵⁾ VON BAR, *Zur Lehre von dem Causalzusammenhange*, cit., 34 s.

⁽¹⁵⁶⁾ LIEPMANN, *op. cit.*, 147.

⁽¹⁵⁷⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 140. Osservava già WAHLBERG, *op. cit.*, 534, che «il diritto deve restar fermo alla *finzione* dell'uomo medio, perché senza di essa non vi sarebbe alcuna certezza nei rapporti sociali».

tipiche del gruppo» ⁽¹⁵⁸⁾.

È su questa base che si spiega tanto la determinazione di misure diverse di diligenza in corrispondenza dei vari gruppi professionali, quanto le ulteriori differenziazioni tra standard di capacità che si operano già all'interno di uno stesso gruppo: ad esempio, il possessore di un'automobile che affidi il suo veicolo alle cure di un tecnico, deve poter fidare che le riparazioni allo apparato frenante verranno effettuate a regola d'arte; chi va dal medico generico deve poter contare sul possesso, da parte del sanitario, di capacità normali per un medico generico, così come chi va da uno specialista potrà attendersi una prestazione sanitaria consona al livello che ci si può aspettare da un ordinario cultore specializzato in un dato campo della clinica o della chirurgia ⁽¹⁵⁹⁾.

Allo stesso modo si spiega la rilevanza attribuita alla «posizione sociale» che acquista il soggetto quando si inserisce in un campo di azione diverso dalla propria attività professionale: da chi dispone tegole sul tetto, anche se si tratta del padrone di casa, ci si deve poter attendere che egli si conformi alle specifiche regole di diligenza che valgono per questo genere di attività, per cui egli sarà giudicato col metro del normale operaio specializzato, esperto ed accorto; da chi inforca la bicicletta o calza gli sci, si richiede per le stesse ragioni l'impiego di quelle abilità e di quelle attitudini a prevedere e a prevenire gli eventi lesivi, che saprebbe dimostrare un accorto ciclista o un esperto sciatore ⁽¹⁶⁰⁾.

Né molto diversa è la ragione per cui si valorizzano alcune caratteristiche o difetti fisici. Un automobilista che percorre una strada di grande comunicazione conterà su un possibile diverso comportamento del pedone che scorge sul ciglio della strada, a

⁽¹⁵⁸⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 148 s.

⁽¹⁵⁹⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 199. Cfr. CRESPI, *op. cit.*, 121.

⁽¹⁶⁰⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 202.

seconda che sia un adulto che passeggia o un bambino che gioca. Solo nel secondo caso, infatti, egli dovrà regolare la propria condotta prendendo in conto l'eventualità di un repentino attraversamento ⁽¹⁶¹⁾. Ancora, l'automobilista che si accinge a superare una vettura fornita di specchietto retrovisore su entrambi i lati può rendersi conto che il guidatore è verosimilmente menomato nell'udito, per cui non avrebbe senso fare una qualsiasi segnalazione acustica ⁽¹⁶²⁾.

Quel che è importante, insomma, è che la determinazione dello standard di comportamento — della diligenza dovuta — avvenga sempre nel rispetto di due caratteristiche fondamentali: «una certa schematizzazione» ed una «possibile riconoscibilità» ⁽¹⁶³⁾. Altrimenti, resterebbe preclusa agli stessi partecipanti alla vita di relazione la possibilità di «regolare il proprio comportamento sul metro della tipicità di gruppo» ⁽¹⁶⁴⁾.

Vi sono peraltro particolari situazioni che sembrerebbero, in certa misura, sottrarsi alla logica di un simile principio regolatore, anche se — come si avverte pure da parte degli oggettivisti — sarebbe assurdo non tenerne conto ai fini del giudizio di colpa. Si pensi, ad esempio, alla perdita repentina di capacità, dovuta ad un improvviso malore o al cosiddetto «momento di terrore» ⁽¹⁶⁵⁾. La rilevanza normativa di tali circostanze — è stato detto — può essere tuttavia fondata sul fatto che il confronto tra l'agente concreto e l'agente modello viene operato assumendo come termine di relazione non un uomo astratto che sia *sempre in possesso delle necessarie capacità*, bensì un uomo che *non è immune da improvvise perdite di capacità* del genere appunto in esame ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶¹⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 140.

⁽¹⁶²⁾ MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 161 in nota.

⁽¹⁶³⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 140 s.

⁽¹⁶⁴⁾ DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁵⁾ GALLO, *Colpa penale*, cit., 640; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 204. Cfr. DEUTSCH, *op. cit.*, 138 s.

⁽¹⁶⁶⁾ DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.* È appena il caso di avvertire che ai fini

Se, in tal senso, la perdita improvvisa di capacità non contrasta con la figura del 'normale appartenente al gruppo', lo stesso non può certamente dirsi per quelle carenze attinenti alla sfera intellettuale le quali siano dovute ad uno stato di incapacità costante ⁽¹⁶⁷⁾. Le deficienze riguardanti tale sfera, infatti, «impediscono, a priori, che si ipotizzi un qualunque 'modello' di agente capace di riconoscere i pericoli da sventare» ⁽¹⁶⁸⁾: così, ad esempio, «chi si pone alla guida di un autoveicolo — anche se non è convenientemente addestrato, e persino se non è in possesso della necessaria abilitazione — dovrà sempre comportarsi come un esperto ed accorto automobilista»: quel che conta, invero, è il fatto che una persona abbia agito come «'membro' di un determinato gruppo sociale» ⁽¹⁶⁹⁾.

Alla pari dell'inesperienza, resterebbero quindi irrilevanti: il livello di intelligenza, l'ignoranza, le carenze intellettive dovute a difetti di socializzazione, ecc. ⁽¹⁷⁰⁾. Ogni altra soluzione «rappresenterebbe un privilegio per l'ottusità e la pigrizia mentale» ⁽¹⁷¹⁾. Il rimprovero viene quindi a colpire la personalità dell'agente così come è o così come si è formata ⁽¹⁷²⁾. Il che — osservava Liepmann — corrisponde al compito primario del diritto

pratici rappresenta un problema alquanto secondario, il quale non può essere approfondito in questa sede, quello della qualificazione dommatica di tali circostanze come limiti al giudizio d'illiceità o piuttosto come cause di esclusione della colpevolezza (sul punto si veda comunque, nella dottrina italiana, MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 219 ss.). In generale, sul progressivo affermarsi del carattere oggettivo del momento normativo dell'illecito colposo, si veda il lucido quadro dottrinale tracciato da SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 1955, 131 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Su questa categoria di caratteristiche personali, cfr. i rilievi di DEUTSCH, *op. cit.*, 93 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 160 in nota.

⁽¹⁶⁹⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 194.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. MANNHEIM, *op. cit.*, 44 ss.; MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, loc. ult. cit. Si vedano inoltre i rilievi di WIMMER, *Ueber unzulässige Vertiefung*, cit., 1756 ss.

⁽¹⁷¹⁾ MĚŘICKÁ, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung*, 1903, 172.

⁽¹⁷²⁾ HOLD VON FERNECK, *Die Idee der Schuld*, cit., 26 ss.

to, che sta nel «formare ed educare la personalità dei singoli cittadini in vista dei suoi propri scopi e non nel porsi viceversa al servizio della loro individualità» ⁽¹⁷³⁾.

Il principio di affidamento e le sue applicazioni, dunque, stanno ad «attestare come le norme di diligenza e di perizia da osservare in ogni situazione concreta, vengano e vadano costruite, in ogni caso, [...] dal punto di vista dei 'modelli' di sapere e di potere che si lasciano estrarre dai diversi campi di azione e di vita in cui operano gli uomini» ⁽¹⁷⁴⁾.

Questa stessa considerazione ci aiuta infine a comprendere il senso della ulteriore limitazione apportata da Mannheim al criterio dell'«*homo eiusdem professionis et condicionis*» attraverso il caso della madre che seguendo una credenza superstiziosa provoca la morte del figlio malato. La negazione della colpa — osservava testualmente Mannheim — dipende qui dal fatto che l'imputata «condivideva la sua superstizione con molte altre persone, avendo agito come avrebbero agito i membri del gruppo sociale cui essa apparteneva per nascita, educazione, modo di pensare, formazione culturale». Il criterio di giudizio, dunque, resta fondamentalmente oggettivo, tant'è vero che la soluzione dovrebbe esser diversa — aggiungeva Mannheim — nell'ipotesi in cui la superstizione della donna si fosse proposta di fronte al gruppo sociale come una nota esclusivamente «personale» dell'agente ⁽¹⁷⁵⁾. Anche qui, in definitiva, ciò che acquista rilevanza è lo stato delle capacità intellettive di chi agisce in rapporto al suo grado di socializzazione all'ambiente, la congruenza dell'azione con una regola di comportamento, seppure dettata dal ristretto gruppo sociale di estrazione: insomma la corrispondenza (o

⁽¹⁷³⁾ LIEPMANN, *Einleitung*, cit., 146.

⁽¹⁷⁴⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 200.

⁽¹⁷⁵⁾ Per tale ipotesi MANNHEIM (*op. cit.*, 50) prospetta la possibilità alternativa della punibilità a titolo di dolo oppure di proscioglimento per incapacità di intendere e di volere (si vedano sul punto le osservazioni di ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 440).

meno) dell'azione ad un'aspettativa da parte di un settore della vita di relazione.

6. Cerchiamo, adesso, di stabilire brevemente le implicazioni pratiche di tale posizione dottrinale in ordine agli esempi concreti da cui ha preso le mosse la nostra esposizione ⁽¹⁷⁶⁾.

Si pensi anzitutto al caso di un automobilista inesperto, che ha da poco conseguito la patente o che compie un'esercitazione alla guida in possesso di foglio rosa: pur osservando tutte le cautele imposte dalla sua inesperienza, il soggetto viene senza sua colpa a trovarsi in una situazione di emergenza e provoca un incidente con conseguenze lesive per altri, in quanto, a causa della sua insufficiente perizia, non riesce a compiere la corretta manovra di fortuna senz'altro effettuabile da un normale automobilista. Il criterio che sembrerebbe qui trovare applicazione è il seguente: la determinazione del livello di diligenza deve avvenire in riferimento «al gruppo di maggior significato sociale» ⁽¹⁷⁷⁾. L'alternativa fra il gruppo dei 'normali automobilisti' e il gruppo 'degli automobilisti inesperti' o degli 'automobilisti che si esercitano alla guida' va, quindi, risolta a favore del primo: «il guidatore inesperto non gode di regola degli eventuali vantaggi che potrebbero derivargli dalla sua minore esperienza» ⁽¹⁷⁸⁾, in quanto — come si ribadisce — «chi si pone alla guida di un autoveicolo — anche se non è convenientemente addestrato, e persino se non è in possesso della necessaria abilitazione — dovrà comportarsi come un esperto e accorto automobilista» ⁽¹⁷⁹⁾.

L'«attesa» di comportamento da parte del gruppo prevalente rende insomma irrilevante l'«incapacità personale» (o, se si vuole, la «ridotta capacità» congrua allo standard del gruppo soccombente) del soggetto agente.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. *supra* il § 1.

⁽¹⁷⁷⁾ DEUTSCH, *op. cit.*, 142.

⁽¹⁷⁸⁾ DEUTSCH, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁹⁾ MARINUCCI, *La colpa*, cit., 194.

Un'interferenza fra gruppi è ben pensabile anche nel secondo esempio: un'anziana contadina che si reca in città in compagnia del nipotino non sa che le porte della metropolitana si chiudono automaticamente; per cui non provvede a tenere il bambino alla debita distanza dalle porte stesse che, chiudendosi, procurano a quest'ultimo una lesione personale. Se ci si riferisce al gruppo 'utenti di mezzi pubblici di trasporto', la soluzione non può suonare, evidentemente, che nel senso della punibilità, giacché l'azione contrasta con l'attesa di comportamento commisurata al livello proprio del gruppo stesso. Il giudizio di colpevolezza verrebbe quindi a segnare lo stato di ignoranza o, meglio, la scarsa esperienza della donna in uno specifico campo della vita associata, in altri termini una carenza di socializzazione in rapporto alla 'civiltà della tecnica'.

L'ipotesi, tuttavia, presenta notevoli analogie con il caso della contadina superstiziosa di Mannheim ⁽¹⁸⁰⁾; sarà quindi opportuno esaminarla anche sotto il profilo del 'gruppo di estrazione sociale'. In quest'ultima prospettiva, e seguendo i criteri enunciati da Mannheim, occorrerà distinguere: se lo stato delle conoscenze della donna trova un qualche riscontro nel livello del gruppo di appartenenza, si dovrà negare la responsabilità per colpa; in caso contrario la si dovrà invece affermare. La conseguenza, dunque, è anche qui che «la devianza dal normale viene considerata un difetto» rilevante per il diritto penale ⁽¹⁸¹⁾, che la pena deve colpire un difetto di socializzazione rispetto alla cerchia di appartenenza. Ciò che decide è sempre l'«attesa» da parte di un gruppo sociale in relazione al proprio standard normale.

Nel proporsi di evitare simili conseguenze applicative attraverso una maggiore concretizzazione del giudizio sulla colpa, la tesi soggettivistica non intende certamente negare l'irrinunciabile significato regolativo che compete al principio di affidamen-

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. *supra* il § 5.

⁽¹⁸¹⁾ Come affermava già TESAR, *Die symptomatische Bedeutung*, cit., 218.

to ⁽¹⁸²⁾. Come dimostra, d'altra parte, l'intero capitolo dommatico che va sotto il nome di «*Uebernahmever schulden*»: il rimprovero di colpa può fondarsi già sul puro e semplice fatto che l'agente abbia intrapreso un'azione o un'attività senza avere le necessarie conoscenze e capacità. In tal caso, a nulla varrebbe addurre a propria scusa l'«impossibilità personale» di evitare o di prevedere la commissione del fatto tipico ⁽¹⁸³⁾.

La preoccupazione dei soggettivisti è piuttosto quella di realizzare fino in fondo il principio di personalizzazione dell'addebito di colpa ⁽¹⁸⁴⁾, giungendo così a superare il criterio dell'aspettativa del gruppo nei soli casi in cui l'agente si sia trovato senza sua colpa nella situazione immediatamente precedente alla realizzazione del fatto tipico o non fosse comunque personalmente in grado di rendersi conto che stava per intraprendere un'azione superiore alle proprie possibilità ⁽¹⁸⁵⁾ (limitazioni, tra parentesi, molto relative, in quanto non è scritto da nessuna parte che colpa civile e colpa penale debbano necessariamente coincidere) ^(185 bis).

Anche in tal senso, comunque, l'indagine non dovrebbe andare oltre la sfera delle capacità *intellettive* dell'individuo: in ogni caso — si afferma in quest'ordine di idee — il giudizio di colpa deve prescindere dalle doti «*morali*» dell'agente, e precisamente dalla «sconsideratezza, dalla indifferenza, dalla leggerezza o superficialità» che egli abbia dimostrato concretamente ed alle quali sia ricollegabile la realizzazione del fatto tipico o magari

⁽¹⁸²⁾ Si veda ad es. la vigorosa riaffermazione del valore di questo principio da parte di un soggettivista per eccellenza qual è WELZEL (*Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, 1961, 18).

⁽¹⁸³⁾ JESCHECK, *Lehrbuch*³, cit., 469s., 482. Cfr. BURGSTALLER, *op. cit.*, 192.

⁽¹⁸⁴⁾ JESCHECK, *Aufbau*, cit., 20 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ LEONHARD, *Fahrlässigkeit*, cit., 56; JESCHECK, *Lehrbuch*³, cit., 482. In tal senso, non ci sembra che nell'idea dell'«*Uebernahmever schulden*» si nascondano necessariamente una molteplicità di presunzioni assolute, tali da rendere questa figura dommatica una vera e propria «croce» per tutti i fautori della tesi soggettivistica (come ritiene invece MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 211 in nota).

^(185 bis) Cfr. sul punto già i precisi rilievi di EXNER, *op. cit.*, 190 s.

già l'aver intrapreso una determinata azione superiore alle sue possibilità ⁽¹⁸⁶⁾.

La disputa tra 'oggettivisti' e 'soggettivisti' è stata così riportata ai suoi termini reali: essa si incentra sulla rilevanza o meno delle *capacità intellettive* in possesso dell'agente le quali non siano riconducibili ad un modello di sapere estraibile da uno dei diversi campi di azione e di vita in cui operano gli uomini. Si tratta, quindi, di un problema di maggiore o minore generalizzazione (se si vuole di minore o maggiore concretizzazione) del giudizio — un problema strettamente connesso alla portata ed ai limiti che si riconoscono al principio regolativo dell'aspettativa sociale in ordine al rispetto di determinati standard di comportamento.

Parlare, quindi, di «arbitrarietà» o di «impossibilità logica» della misura soggettiva ⁽¹⁸⁷⁾ non porta alcun contributo di chiarezza nel discorso. Tanto meno serve eccepire che le personali capacità intellettive non sono riconducibili ad alcun «modello sociale» d'agente ⁽¹⁸⁸⁾: perché ciò che viene contestato dai soggettivisti è proprio l'opportunità di parlare di un «modello sociale» invece che di un «modello umano» dotato delle capacità intellettive in possesso dell'agente concreto ⁽¹⁸⁹⁾.

D'altro canto, a chi propugna l'esigenza di personalizzare fino in fondo — fino ai limiti della possibilità logica, cioè fino al «modello umano» dotato di quelle determinate capacità intellettive — l'addebito di colpa, non basta rimproverare agli oggettivisti che sarebbe logicamente ingiustificato interrompere a «mezza strada» il processo di concretizzazione ⁽¹⁹⁰⁾. In tal modo, infatti, il dibattito finisce ancora una volta per perdere di vista

⁽¹⁸⁶⁾ JESCHECK, *Aufbau*, cit. 21; *Lehrbuch*³, loc. ult. cit. Cfr. BURGSTALLER, *op. cit.*, 190 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ Nel senso di MANNHEIM (cfr. *supra* i §§ 2 e 3).

⁽¹⁸⁸⁾ MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 160 in nota.

⁽¹⁸⁹⁾ In tal senso si veda ad es. ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 223 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ Così invece ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 439.

il suo nucleo centrale, che sta tutto nelle premesse — troppo spesso tacite — del discorso: ossia nelle 'ragioni sostanziali' che consigliano o sconsigliano di sanzionare attraverso il diritto penale un certo tipo di 'devianza dalla norma'.

Come si vede, allora, sarebbe assolutamente inutile continuare a discutere con gli strumenti più squisitamente tecnici del ragionamento giuridico. Chiaritane la vera sostanza, il contrasto tra oggettivisti e soggettivisti si rivela essenzialmente di natura giuspolitica ⁽¹⁹¹⁾, coinvolgendo i problemi di fondo del diritto penale: primo fra tutti, quello riguardante i contenuti e la funzione del principio di colpevolezza ⁽¹⁹²⁾.

7. Nella sua accezione più tradizionale, l'idea della colpevolezza affonda le radici nell'ordine etico ⁽¹⁹³⁾ o — come si preferisce da alcuni — nell'ordine etico-sociale perché segna il comportamento dell'uomo nei confronti degli altri ⁽¹⁹⁴⁾. Di «colpevolezza» — afferma ad esempio Arthur Kaufmann — si può parlare solo nel senso di «colpevolezza morale» ⁽¹⁹⁵⁾.

Ora, il carattere *etico* della colpevolezza è — per definizione: proprio in quanto *etico* — riferito «all'uomo nel suo essere peculiare: come persona individuale: a ciò che egli stesso *potrebbe* e *dovrebbe* alla stregua delle sue possibilità e dei suoi limiti» ⁽¹⁹⁶⁾. Ed appunto questa impronta «personalistica» della colpevolezza richiede che a suo fondamento sia posto un «*persönliches*

⁽¹⁹¹⁾ Si cfr. WIETHÖLTER, *op. cit.*, 45; nonché HIRSCHBERG, *op. cit.*, 90 s.

⁽¹⁹²⁾ Così, esattamente, HIRSCHBERG, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁹³⁾ Cfr. in proposito il limpido quadro storico tracciato da BADER, *Schuld — Verantwortung — Sühne als rechtshistorisches Problem*, in *Schuld Verantwortung Strafe im Lichte der Theologie Jurisprudenz Medizin und Philosophie* (a cura di FREY), 1964, 61 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Così ad es. SCHULTZ, *Die moralische Schuld im Strassenverkehr — aus der Sicht der Juristen*, in *Die moralische Schuld im Strassenverkehr*, 1969, 7.

⁽¹⁹⁵⁾ *Schuldprinzip*, cit., 128.

⁽¹⁹⁶⁾ MAIHOFFER, *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Th. Rittler*, 1957, 154. Nel pensiero di MAIHOFFER si nota comunque un'evoluzione verso un approccio più attento alle implicazioni più marcatamen-

dafür können»⁽¹⁹⁷⁾: dunque un criterio di giudizio che consideri il soggetto nel suo peculiare modo di essere come individuo. Il rimprovero presuppone il 'potere' individuale⁽¹⁹⁸⁾, e con il potere viene meno anche la colpevolezza⁽¹⁹⁹⁾. «La colpevolezza è un rimprovero individuale-personale: *tu* avresti potuto e dovuto agire altrimenti». «Nell'ambito della 'moralità', e quindi della colpevolezza, ognuno è chiamato a rispondere in quanto *se stesso*»⁽²⁰⁰⁾.

Proprio sul rapporto tra 'potere' e 'dovere' s'incentra il problema della misura della colpa⁽²⁰¹⁾. Se è vero che nessuno è in grado di fare più di quanto è in suo potere, il criterio generalizzante propugnato dagli oggettivisti entra necessariamente in conflitto con il carattere personalistico della colpevolezza⁽²⁰²⁾, giacché pretende di stabilire il dovere individuale sulla base del potere altrui⁽²⁰³⁾. Ed in questo modo — è stato detto — «la teoria oggettiva nega proprio la natura etica della colpevolezza»⁽²⁰⁴⁾.

Chi rivendica il fondamento etico della responsabilità penale sembra dunque necessariamente costretto a sostenere incondizionatamente la tesi soggettivistica: al di fuori di un'estrema individualizzazione del giudizio di colpa, si finisce col rinunciare al principio di colpevolezza o comunque col limitarne inaccettabil-

te sociali del concetto di colpevolezza (si veda ad es. *Menschenbild und Strafrechtsreform. Das philosophische Problem der Strafe*, in *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*, Universitätstage 1964, 5 ss.).

⁽¹⁹⁷⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 128 s.

⁽¹⁹⁸⁾ Così già VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A. T., 1908, 568.

⁽¹⁹⁹⁾ Emblematica in tal senso la posizione di FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919*, 1922, 11.

⁽²⁰⁰⁾ MAIHOFFER, *Unrechtsvorwurf*, cit., 154 s.

⁽²⁰¹⁾ In tal senso si cfr. già MANNHEIM, *op. cit.*, 8.

⁽²⁰²⁾ ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 432.

⁽²⁰³⁾ Cfr. già EXNER, *op. cit.*, 180 ss.

⁽²⁰⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 226.

mente la portata ⁽²⁰⁵⁾.

Si pensi ad uno qualsiasi dei nostri esempi, magari a quello della contadina che utilizza per la prima volta un mezzo pubblico di trasporto e nulla sa della chiusura automatica delle porte, cagionando così una lesione al proprio nipotino. Come si è già detto ⁽²⁰⁶⁾, la riferibilità soggettiva dell'evento non sarebbe qui ricollegabile ad altro che all'ignoranza o all'inesperienza della donna in uno specifico settore della vita associata. La colpevolezza morale, quindi, potrebbe essere affermata soltanto facendo ricorso ad una delle sue accezioni più equivocate, ossia alla cosiddetta «*Verstandesschuld*» ⁽²⁰⁷⁾. Ma «stupidità ed ignoranza — osservava già Exner — sono eticamente e giuridicamente incolore» ⁽²⁰⁸⁾.

Lo stesso si potrebbe ripetere per il caso della contadina che, seguendo una credenza superstiziosa, provoca la morte del proprio figlio. La soluzione di Mannheim, che subordina l'assoluzione della donna alla congruenza tra il suo comportamento e l'aspettativa del gruppo sociale di appartenenza ⁽²⁰⁹⁾, finirebbe per colpire un difetto di socializzazione o di intelligenza che, in sé e per sé, sarebbe anche qui eticamente incolore ⁽²¹⁰⁾. Né varrebbe richiamarsi al concetto della «*Lebensführungsschuld*» — tanto spesso posto a fondamento della punizione della colpa ⁽²¹¹⁾ — rimproverando la madre proprio per aver lasciato insor-

⁽²⁰⁵⁾ Così ad es. JESCHECK, *Aufbau*, cit., 23.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. *supra* il § 1.

⁽²⁰⁷⁾ In tal senso si veda ad es. GUTHERZ, *Das Wesen der Fahrlässigkeit (Anlässlich der Arbeit von Franz Exner)*, in *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, Bd. 39, 1910, 90 ss., 93. E si veda anche HOLD VON FERNECK, *Die Schuld im Rechte und in der Moral*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 32, 1911, 255; *Die Idee der Schuld*, cit., 54 (dal quale però la «*Verstandesschuld*» non viene intesa nel senso di colpevolezza morale).

⁽²⁰⁸⁾ EXNER, *op. cit.*, 97. Si cfr. ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 149.

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. *supra* il § 4.

⁽²¹⁰⁾ Si vedano i rilievi di ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 150.

⁽²¹¹⁾ Soprattutto nell'accezione di «*Charakterschuld*»: cfr. ad es. BAUMGARTEN, *Aufbau*, cit., 121; VON BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 443. Di recente si veda

gere quel difetto di socializzazione, per non aver cioè fatto proprie quelle conoscenze che sono patrimonio comune del gruppo di appartenenza. In tal modo le si verrebbe a far carico di essere diventata così come è. Ma, dal punto di vista etico, anche un simile rimprovero lascerebbe estremamente perplessi per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, perché occorrerebbe poter stabilire con un certo margine di attendibilità quali caratteristiche della personalità siano addebitabili all'individuo stesso e quali invece siano da attribuirsi ad influenze esterne ⁽²¹²⁾ — il che, come si sa, è impossibile, e non soltanto per precise ragioni processuali ⁽²¹³⁾. In secondo luogo, perché la necessaria indagine si tradurrebbe in una inaccettabile intromissione nella sfera più intima della personalità e della storia personale dell'individuo — insomma in una censura morale sulla sua vita e quindi nella negazione della sua autonomia come persona ⁽²¹⁴⁾.

Appunto queste considerazioni aiutano a comprendere nella loro complessità le ragioni per cui la misura oggettiva della colpa non possa trovar posto in una concezione etica della colpevolezza o, perlomeno, in una concezione che resti fedele al significato più autentico portato ad espressione dall'idea della colpevolezza morale come «colpevolezza materiale».

In essa non c'è soltanto l'aspirazione a fissare un concetto *pre-dato* rispetto ai criteri positivi di imputazione, di fronte ai quali si possa esplicare una funzione critica, extrasistemica co-

LOTHEISSEN, *Die strafrechtliche Erfassung des Verkehrsunfalles*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1968, 162.

⁽²¹²⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 190. Si vedano anche i precisi rilievi di BAUMANN, *Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens*, in *Estudios penales (Homenaje al P. Julian Pereda)*, 1965, 70 s.

⁽²¹³⁾ BAUMANN, *op. loc. cit.* Si vedano inoltre gli esatti rilievi di PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 845.

⁽²¹⁴⁾ GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1958, Bd. I, 270; BAUMANN, *op. cit.*, 70 s.

me intrasistemica ⁽²¹⁵⁾.

C'è, assai più, un'ulteriore esigenza garantistica corrispondente al nucleo più attuale e più vivo della eredità ideologica che ci proviene dalla filosofia penale del liberalismo: vale a dire l'affermazione dell'*esteriorità* del diritto, che si traduce nella preoccupazione di sottrarre al suo foro l'*interiorità* dell'individuo e il suo *modo di essere* ⁽²¹⁶⁾.

Si tratta di un aspetto che — potrebbe forse sembrare un paradosso ma non lo è — è strettamente connesso con l'ancoraggio etico della colpevolezza: infatti, solo qualificando da un punto di vista morale la riferibilità soggettiva del fatto al momento del fatto stesso, si realizza attraverso l'idea della colpevolezza una garanzia *sostanzialistica* e si evita contemporaneamente che l'affermazione della responsabilità penale si traduca in una censura sulla vita dell'individuo ⁽²¹⁷⁾. Di qui la duplice ispirazione garantistica che si manifesta nella idea della «colpevolezza per il singolo fatto» (*«Einzeltatschuld»*) ⁽²¹⁸⁾.

Oltre a contrastare già con la ispirazione etica della colpevolezza, la teoria oggettivistica non è in alcun modo conciliabile nemmeno con l'idea della *«Einzeltatschuld»* ⁽²¹⁹⁾: incondizionata, quindi, la 'condanna' dell'«oggettivismo» da parte dei fautori del fondamento morale della responsabilità penale.

Tuttavia, le cose non sono così semplici come potrebbero

⁽²¹⁵⁾ Si cfr. in proposito ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 451 ss. Con particolare chiarezza anche ROXIN, *Kriminalpolitische Ueberlegungen zum Schuldprinzip im Strafrecht*, in *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1973, 316 s.

⁽²¹⁶⁾ Con grande chiarezza SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 660. Più diffusamente BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 1. Teil, 1939, spec. 62 ss.

⁽²¹⁷⁾ GALLAS, *op. loc. cit.*

⁽²¹⁸⁾ Si veda la vigorosa riaffermazione di quest'idea in BAUMANN, *op. cit.*, 69 ss., che rileva anche l'impossibilità di astrarre *del tutto* dall'esame della personalità (sul punto si cfr. anche ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 187 ss.). Si veda inoltre STRATENWERTH, *Tatschuld und Strazumessung*, 1972, *passim*.

⁽²¹⁹⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 223 ss.

apparire a prima vista. Il problema della misura della colpa, infatti, si pone soltanto in tema di colpa inconsciente ⁽²²⁰⁾; ed appunto in tema di colpa inconsciente la concezione etica della colpevolezza deve fare i conti con un duplice ordine di difficoltà interne, evidenziate proprio dal suo esponente più autorevole, da Arthur Kaufmann.

La prima riguarda quel certo margine di generalizzazione di cui, come si è visto, nemmeno la misura soggettiva può fare a meno ⁽²²¹⁾. Nella colpa inconsciente, ammesso e non concesso che di colpevolezza si possa parlare — osserva Arthur Kaufmann ⁽²²²⁾ — questa può venire vista solo «nell'irreale più che perfetto» secondo cui l'autore avrebbe potuto prevedere ed evitare la realizzazione del fatto tipico». Ma una simile colpevolezza resta «estremamente discutibile, in quanto il *potere individuale* dell'agente non è, come tale, verificabile. Il soggetto, infatti, non può essere confrontato con se stesso, ma sempre e soltanto con un tipo-medio ricavato dall'esperienza comune. L'operazione mentale attraverso cui noi affermiamo il *potere* di un *individuo* sulla base del *potere* di un tale *tipo d'uomo* è in ogni caso problematica, anche quando questo tipo è marcatamente individualizzato. Il tipo-misura non può mai corrispondere perfettamente in tutte le caratteristiche, capacità e conoscenze all'individuo che deve essere misurato; pertanto è pur sempre il *potere* di un altro a diventare *dovere* per l'autore concreto». L'*effettiva* possibilità del soggetto di «agire altrimenti» resta comunque impregiudicata.

Ancor più inquietante è la seconda difficoltà, che s'innesta addirittura sul sempre ricorrente problema della colpevolezza *materiale* nella colpa inconsciente ⁽²²³⁾. Dal punto di vista etico,

⁽²²⁰⁾ Cfr. ad es. BURGSTALLER, *op. cit.*, 186.

⁽²²¹⁾ Cfr. *supra* i §§ 3 e 4.

⁽²²²⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 229.

⁽²²³⁾ ENGISCH, *op. cit.*, 451 ss. ed ivi i richiami bibliografici alla dottrina meno recente.

infatti, la colpevolezza va qualificata — secondo Arthur Kaufmann — come «colpevolezza del volere» («*Willensschuld*»), come «colpevole determinazione contro un obbligo morale» ⁽²²⁴⁾. Ma questa struttura ontologica — aggiunge Kaufmann — è adattabile alla colpa cosciente, non certo alla colpa incosciente, dove manca proprio la consapevolezza di violare una qualsiasi regola di comportamento ⁽²²⁵⁾.

Si tratta di un ragionamento del tutto in linea non solo con la sua premessa etica, ma anche con la tradizionale ispirazione garantistica della colpevolezza, portata ad espressione dall'idea della «*Einzeltatschuld*». Di quest'ultima, l'idea della «*Willensschuld*» viene considerata l'espressione tradizionalmente più autentica e coerente ⁽²²⁶⁾. La colpa incosciente — si dice — è caratterizzata per lo più da stati soggettivi — incapacità, distrazione, superficialità, trascuratezza — relativamente ai quali il soggetto assai spesso «nulla può» al momento del fatto ⁽²²⁷⁾. Il rimprovero deve quindi risalire nel tempo, per appuntarsi sulle cause di tali stati soggettivi: per segnare, insomma, una difettosa educazione del carattere o più in generale della personalità ⁽²²⁸⁾, ricadendo quindi in pieno nel concetto della «*Lebensführungsschuld*» ⁽²²⁹⁾.

Come armonizzare, allora, queste difficoltà con la realtà del diritto positivo? Secondo Arthur Kaufmann non vi sarebbe che una via: riconoscere francamente che con l'incriminazione della colpa incosciente il principio di colpevolezza non viene realizzato fino in fondo. E ciò sia perché la individualizzazione del-

⁽²²⁴⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit, 149 ss.

⁽²²⁵⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 156 ss. È appena il caso di avvertire, quindi, che il concetto di colpa cosciente come inteso da ARTH. KAUFMANN non coincide con la «previsione dell'evento» di cui parla il nostro codice penale.

⁽²²⁶⁾ Cfr. MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, 1967, 52.

⁽²²⁷⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²²⁸⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 161.

⁽²²⁹⁾ Si cfr. la nota n. 211.

la misura di giudizio non può andare tanto oltre da accertare l'effettivo potere individuale dell'agente, sia, più in radice, perché sarebbe assolutamente problematico riconoscere già nella colpa incosciente una colpevolezza in senso materiale ⁽²³⁰⁾.

Dal fautore per eccellenza del fondamento etico della responsabilità penale ci si attenderebbe che, su simili premesse, condannasse incondizionatamente ogni sistema normativo che assoggetti alla sanzione criminale i fatti commessi con colpa incosciente. È un'altra, invece, la sorprendente conclusione di Arthur Kaufmann: facendo propria una «prudente» opinione già espressa da Kohlrausch ⁽²³¹⁾, egli osserva anzi come la «problematicità» della colpevolezza nella colpa incosciente non basti a consigliare la eliminazione di un siffatto criterio di imputazione dall'ambito del diritto penale. Ogni tendenza in tal senso, infatti, si baserebbe sulla convinzione che nel «diritto penale sia possibile realizzare pienamente e fino in fondo il principio di colpevolezza». Ma ciò rappresenta — continua Arthur Kaufmann — una pura e semplice utopia: «un diritto penale e, soprattutto, una prassi giuridico-penale ispirati fino in fondo al principio di colpevolezza non potranno mai esservi, allo stesso modo in cui non potrà mai esservi un diritto assolutamente giusto. La realizzazione del principio di colpevolezza è legata a condizioni storiche che non sono creabili a piacimento. Se la società civile raggiungerà un giorno una situazione tale in cui sarà possibile reagire con semplici sanzioni di polizia ai fatti commessi con colpa incosciente, anche quando ne derivino gravi eventi dannosi, è un interrogativo cui oggi non è dato rispondere. Sicuro è invece che una tale situazione, almeno fino ad oggi, non è stata raggiunta. Rinunciare a punire il casellante che dimentichi di abbassare le sbarre di un passaggio a livello e provochi così la morte di venti persone, per sottoporlo ad una semplice sanzione amministrati-

⁽²³⁰⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 162 s.; 229 s.

⁽²³¹⁾ KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, cit., 199.

va, è cosa sulla quale non è il caso nemmeno di discutere: per i più sarebbe un fatto incomprensibile, dal quale si trarrebbero addirittura conclusioni errate» ⁽²³²⁾.

Non c'è nemmeno bisogno di dire che non tutti sembrano disposti a sottoscrivere le affermazioni di Arthur Kaufmann. Anzi, proprio prendendo spunto dalle due difficoltà interne della concezione etica, gli oggettivisti hanno a disposizione ulteriori argomenti per avvalorare il loro punto di vista.

8. Il primo argomento si articola più o meno nel modo seguente ⁽²³³⁾. La capacità dell'uomo di autodeterminarsi è empiricamente indimostrata e indimostrabile ⁽²³⁴⁾; ma anche per chi vi creda, resta la impossibilità concreta di verificare se una tale libertà esista per *questo singolo autore* nel momento in cui commette *questo singolo fatto* ⁽²³⁵⁾, come del resto ammettono gli stessi soggettivisti quando rilevano che neppure applicando il loro punto di vista si verrebbe a verificare l'*effettivo* 'potere' del soggetto di agire altrimenti ⁽²³⁶⁾. Ebbene, ciò posto, bisognerebbe concludere che le istanze di giustizia morale portate ad espressione attraverso il criterio soggettivo poggiano sulla pretesa utopistica di dare attuazione ad un principio di colpevolezza in realtà irrealizzabile nell'esperienza giuridica ⁽²³⁷⁾.

L'attendibilità del rilievo va tuttavia vagliata con maggiore attenzione. È certamente vero che i fautori del carattere etico

⁽²³²⁾ *Schuldprinzip*, cit., 164.

⁽²³³⁾ Per quest'argomentazione cfr. SALM, *Das vollendete Verbrechen. Erster Halbband*, cit., 92 ss., 110 ss.

⁽²³⁴⁾ SALM, *op. loc. ult. cit.* Si vedano in proposito i precisi rilievi di LEFERENZ, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4 Juli 1969*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd 88, 1976, 40.

⁽²³⁵⁾ SALM, *op. loc. ult. cit.* Sul punto si veda anche ROXIN, *op. loc. cit.*

⁽²³⁶⁾ Si cfr. *supra* il § 7.

⁽²³⁷⁾ Sul punto, oltre SALM, *op. loc. ult. cit.*, si cfr., per analoghe argomentazioni, WIMMER, *Ueber unzulässige Vertiefung*, cit., 1757 s.; *Id.*, *Vereinfachungen*, cit., 248.

della colpevolezza fanno atto di fede nella 'libertà' dell'uomo. Ciononostante — come si è visto — quanto alla sua *verificabilità concreta* il loro atteggiamento è notevolmente più pragmatico. L'accertamento della colpevolezza — essi osservano — ha sempre «carattere analogico», implica sempre una «generalizzazione», non può mai spingersi fino a mettere a nudo l'«individualità» dell'agente, dovendosi piuttosto accontentare di confrontarlo con un modello d'uomo costruito sulla base dell'«esperienza comune» ⁽²³⁸⁾. Ed una tale operazione «*analogica*» è indispensabile per formulare *qualsiasi* giudizio di colpevolezza, non soltanto per accertare la responsabilità in ordine ad un fatto colposo ⁽²³⁹⁾. Anche quando occorre accertare l'imputabilità o, comunque, la normale motivazione dell'autore di un fatto doloso, non è mai possibile portare fino in fondo il processo di individualizzazione: l'agente non viene mai confrontato con se stesso, ma soltanto con un uomo normale costruito sulla base della esperienza comune, per quanto individualizzato questo possa essere ⁽²⁴⁰⁾. «Tale *uomo medio*, che viene assunto come misura di giudizio, non è qualcosa di astratto né qualcosa di concreto, è anzi una figura intermedia tra l'astratto e il concreto — un '*Typus*' — e sta come tale con un piede nel mondo del sensibile e con l'altro nel mondo dell'intelligibile». Proprio per questo, ogni giudizio di colpevolezza resterà sempre «un giudizio problematico, aporetico, senza mai assumere il carattere di un giudizio apodittico» ⁽²⁴¹⁾. Si riferisca, insomma, ad un fatto doloso o ad un fatto colposo, ogni giudizio sulla colpevolezza di un'altra persona contiene un momento di «generalizzazione», in quanto il presupposto stesso della colpevolezza — la possibilità

⁽²³⁸⁾ ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Festschrift für R. Lange*, 1976, 29 s.

⁽²³⁹⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1976, 42 s.

⁽²⁴⁰⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁴¹⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 30.

di agire altrimenti, la 'libertà' dell'uomo nel caso concreto — rappresenta comunque una «supposizione» ⁽²⁴²⁾.

In questa prospettiva, ci si accorge che l'argomento degli oggettivisti si rivela oltremodo debole, giacché o dimostra troppo o dimostra troppo poco.

Dimostra troppo: perché, a voler essere coerenti fino in fondo con le premesse, essi dovrebbero mettere in discussione l'idea stessa di un diritto penale della colpevolezza, dato che, si tratti di giudicare un fatto doloso o un fatto colposo, sarebbe in ogni caso 'arbitrario' un giudizio del genere: il soggetto ha 'certamente' meritato il rimprovero che gli si muove.

Ma per chi non voglia andare tanto oltre, l'argomento dimostra troppo poco: posto che l'indagine sulle personali capacità intellettive dell'agente viene soltanto 'limitata' e non 'impedita' dal carattere *analogico* del giudizio di colpevolezza — posto insomma che la scelta tra le due soluzioni corrisponde a diversi livelli di generalizzazione del giudizio — non viene ancora spiegato per quale ragione non si dovrebbe scegliere la soluzione meno generalizzante e quindi in grado di avvicinarsi con 'maggiore approssimazione' ad un principio di giustizia ⁽²⁴³⁾.

9. Gli oggettivisti, tuttavia, hanno a disposizione un'ultima replica: non è certamente compito del diritto penale quello di realizzare a tutti i costi la giustizia morale; anzi, nella scelta dei principi su cui imputare le conseguenze di un fatto lesivo, esso se ne può benissimo discostare, se ciò si rende necessario per il perseguimento dei suoi scopi — la incriminazione della colpa inconsciente ne sarebbe la prova più tangibile ⁽²⁴⁴⁾.

Questo punto di vista è stato esposto nella maniera più chia-

⁽²⁴²⁾ STRATENWERTH, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁴³⁾ Si veda sul punto NOWAKOWSKY, *Zur Theorie der Fahrlässigkeit*, in *Juristische Blätter*, 1953, 506 ss., 509.

⁽²⁴⁴⁾ Come osservava già MANNHEIM, *op. cit.*, 25 ss., seppure riferendosi a tutto il settore della colpa.

ra da von Ferneck già agli inizi del secolo. «Se la colpevolezza giuridica coincidesse con quella (etico-) individuale» si dovrebbe parlare, a proposito della colpa, di una «colpevolezza incosciente [...]», il che sarebbe una contraddizione in termini: nessuno può violare colpevolmente (in senso etico-individuale) una norma di cui non è a conoscenza»: «la colpevolezza etica presuppone la conoscenza della norma violata»⁽²⁴⁵⁾. È impossibile dunque «prendere, come tanto spesso accade, il concetto della colpevolezza giuridico-penale dalla morale, parlare cioè di colpevolezza come se si trattasse di un concetto già predeterminato»⁽²⁴⁶⁾. L'intero trattamento normativo della colpa, del resto, «ha assai poco a che fare con la morale. Il metodo che in proposito le legislazioni seguono da secoli, e con ogni probabilità seguiranno anche in futuro, rappresenta un fenomeno eminentemente amoriale, per non dire contrario alla morale»⁽²⁴⁷⁾: come dimenticare — continua von Ferneck — che la punizione dell'agente dipende dal caso, dal verificarsi o meno dell'evento lesivo!⁽²⁴⁸⁾. Se ciò avviene — se insomma l'incriminazione «della colpa è e rimane una forma di responsabilità per l'evento» che «richiama gli stadi più primitivi della civiltà giuridica» — vi sono delle ottime ragioni: «non ci si deve nascondere, infatti, che punendo la causazione involontaria di eventi vietati il legislatore non si pone affatto in contraddizione con le forme di coscienza sociale. Perché la maggior parte degli uomini avverte ed esprime, persino rispetto a chi provoca inconsapevolmente un risultato lesivo, un bisogno di soddisfazione, di vendetta. Pure il distratto e persino lo stupido non vengono soltanto compatiti, ma anche rimproverati»⁽²⁴⁹⁾. Ed è appunto sulla base di queste considerazioni che andrebbe risolto anche il problema della misura della colpa:

⁽²⁴⁵⁾ *Die Idee der Schuld*, cit., 55.

⁽²⁴⁶⁾ *Die Schuld im Rechte und in der Moral*, cit., 258.

⁽²⁴⁷⁾ *Op. ult. cit.*, 256.

⁽²⁴⁸⁾ *Op. ult. cit.*, 256 s.

⁽²⁴⁹⁾ *Die Idee der Schuld*, cit., 34.

«se vuole tenere a freno le masse», se «vuole assicurare l'effetto inibitorio connesso alla minaccia della pena» ⁽²⁵⁰⁾, «il legislatore deve riferire la norma non al singolo individuo, ma proprio alle masse». «Anche se sa benissimo che le norme da lui poste non si adattano ad ogni singolo caso ma solo alla maggior parte dei casi», «egli presume, e deve presumere, che eventi di regola prevedibili vengano previsti in ogni singolo caso». «Prevedibile deve dunque significare non già prevedibile per il singolo autore, bensì astrattamente, in generale prevedibile»; e «colpevolezza in senso giuridico non già 'relazione soggettiva' ma generale prevedibilità», perché solo in tal senso, prescindendo dalla prevedibilità individuale del singolo evento, è possibile conformarsi al «carattere generale del diritto» ⁽²⁵¹⁾.

Queste, dunque, le ragioni che secondo von Ferneck giustificerebbero l'«immoralità» presente nell'intero trattamento normativo della colpa: l'opportunità di appagare «il bisogno di soddisfazione delle masse», la «necessità di assicurare l'effetto inibitorio connesso alla minaccia della pena», l'esigenza di «tenere a freno» i destinatari delle norme — tutti compiti che la legge penale non sarebbe in grado di svolgere efficacemente, e qui il discorso tocca più da vicino l'argomento della misura della colpa, se venisse intaccata la fiducia dei cittadini nel carattere «generale» del diritto e delle sue regole di condotta ⁽²⁵²⁾.

Non c'è chi non veda come una simile posizione presenti precise affinità con le motivazioni con cui Arthur Kaufmann, a distanza di circa mezzo secolo, avalla l'«eccezione» che il principio di colpevolezza subirebbe attraverso l'incriminazione della colpa incosciente ⁽²⁵³⁾: «la problematicità [sotto il profilo etico] del punire non esclude la sua necessità [sociale]» ⁽²⁵⁴⁾ — soprat-

⁽²⁵⁰⁾ *Op. ult. cit.*, 33 ss.

⁽²⁵¹⁾ *Op. ult. cit.*, 53 ss.

⁽²⁵²⁾ Si cfr. anche MANNHEIM, *op. cit.*, 17 ss.

⁽²⁵³⁾ Cfr. *supra* il § 7.

⁽²⁵⁴⁾ *Das Schuldprinzip*, cit., 164.

tutto quando si considera, aggiunge prammaticamente Arthur Kaufmann, che «i soli delitti colposi relativi alla circolazione stradale coprono circa un terzo del numero complessivo delle condanne penali» !⁽²⁵⁵⁾.

Tale concessione al prammatismo, sottoscritta proprio dal più convinto sostenitore del fondamento etico della colpevolezza, rimette ovviamente fin dall'inizio in discussione il nucleo centrale della tesi soggettivistica, basata proprio, come si è visto, su una coerente applicazione del principio di colpevolezza morale⁽²⁵⁶⁾. Non è forse necessario — come si sostiene da alcuni — operare con un concetto «sociale» di colpevolezza, un concetto «secolarizzato» spoglio del rimprovero etico-individuale ed orientato a quelle esigenze prammatiche — in parole povere di prevenzione generale — ⁽²⁵⁷⁾ messe così chiaramente in risalto da von Ferneck appunto in rapporto ai problemi della colpa? Che senso ha affermare che la «tesi oggettivistica nega proprio il carattere etico della colpevolezza» ⁽²⁵⁸⁾, quando un'analoga 'negazione' appare agli stessi soggettivisti pienamente accettabile già in ordine all'incriminazione della colpa incosciente, seppure in nome di un'amara necessità sociale? ⁽²⁵⁹⁾. Non è forse possibile, come sostengono a tutt'oggi alcuni oggettivisti, che un'identica ed altrettanto amara necessità sociale consigli la scelta in favore della tesi oggettivistica? ⁽²⁶⁰⁾.

Il problema della misura della colpa si traduce dunque in un conflitto tra due posizioni destinate in apparenza a non trova-

⁽²⁵⁵⁾ *Schuldprinzip*, cit., 174.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. *supra* il § 7.

⁽²⁵⁷⁾ Così ad es. KRÜMPELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4 Juli 1969*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 88, 1976, 6 ss., 30 ss.

⁽²⁵⁸⁾ Così ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, cit., 226.

⁽²⁵⁹⁾ ARTH. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 164.

⁽²⁶⁰⁾ Così, ad es., FREY, *Die Reobjektivierung des Strafrechts*, cit., 310, 326; HÖRBURGER, *Zum Problem*, cit., 99; LOTHEISSEN, *Die strafrechtliche Erfassung*, cit., 163; MEYER-JAKOBI, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr, Veröffentlichung des Kuratoriums «Wir und die Strasse»*, 1959, 186.

re alcun punto di incontro.

Da un lato, si fa infatti valere un intuitivo principio di giustizia morale, che indica nella riferibilità soggettiva — meglio: individuale — il requisito minimo per l'affermazione della responsabilità penale.

Dall'altro, il criterio della riferibilità soggettiva viene invece comisurato sulla base di un «uomo medio», giacché le esigenze di difesa sociale vengono considerate prevalenti rispetto ad un criterio di giustizia morale che in fondo appare utopistico — negato in radice dalla incriminazione della colpa incosciente — già a chi lo propugna. Il diritto penale dovrebbe anzitutto preoccuparsi della salvaguardia indiscriminata di regole di condotta corrispondenti alle attese dei gruppi sociali interessati, di soddisfare il bisogno di appagamento avvertito dalla coscienza collettiva ove l'aspettativa venga tradita, di evitare che la sua mancata reazione provochi un abbassamento generalizzato dagli standard di comportamento.

Ma quale legittimazione possono vantare le due contrapposte tesi alla luce dell'odierna problematica della colpevolezza?

10. a) A sfavore della tesi soggettiva vi è anzitutto il processo di 'secolarizzazione' del diritto penale ⁽²⁶¹⁾, in buona parte avallato da quegli stessi settori dottrinali tradizionalmente fedeli al carattere etico della colpevolezza ⁽²⁶²⁾: il diritto penale non deve mirare alla realizzazione della giustizia morale; la sua funzione deve consistere nella tutela di beni giuridici; la pena non

⁽²⁶¹⁾ Dovuto soprattutto al notevole impulso culturale esercitato da quella parte della dottrina tedesca che ha elaborato il c.d. *Alternativentwurf*. Una particolare menzione merita BAUMANN di cui si ricorderà, oltre al lavoro già citato (*Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens*) *Schuld und Sühne — ein Scheinproblem*, in *Strafrecht im Umbruch*, 1977, 13 ss.; *Schuld und Sühne als Grundprobleme heutiger Strafrechtspflege*, in *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969, 8 ss.

⁽²⁶²⁾ Significativa, in proposito, è la posizione di STRATENWERTH: si cfr. *Schuld und Rechtfertigung*, in *Misslingt die Strafrechtsreform?*, cit., 31 ss.; *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, cit., *passim*.

deve tendere alla retribuzione della colpevolezza, per orientarsi piuttosto alle finalità preventive connesse alla tutela dei beni⁽²⁶³⁾.

E vi è, inoltre, la progressiva presa di coscienza di un'insanabile contraddizione con la realtà dell'esperienza giuridica. Se infatti la concezione etica non vuole perdere la sua ultima legittimazione, deve, oggi più che mai, restare saldamente ancorata alla sua tradizionale connotazione liberale e garantistica: deve, insomma, preoccuparsi essenzialmente di fornire l'ancoraggio sostanzialistico per la determinazione dei presupposti su cui va affermata e commisurata la responsabilità penale, garantendo inoltre l'individuo dal rischio che l'intervento penale si traduca in una censura morale sulla sua vita e sul suo modo di essere⁽²⁶⁴⁾. E questa strada, come si è visto, sembra passare necessariamente per quella della «*Einzeltatschuld*», se non addirittura per quella della «*Willensschuld*»⁽²⁶⁵⁾. Senonché, anche al di là della colpa, resta da fare i conti con una serie di realtà profondamente radicate nell'esperienza giuridica a livello normativo, interpretativo, applicativo, le quali — e proprio qui sta la contraddizione — non solo appaiono tuttora ispirate al concetto della «*Lebensführungsschuld*», ma nascondono sotto questa etichetta precisi calcoli preventivi difficilmente armonizzabili con l'idea della colpevolezza per il singolo fatto.

Numerosi sono gli esempi che si potrebbero addurre a questo proposito; basterà ricordare brevemente quelli che presentano le maggiori analogie con la colpa incosciente.

Primo fra tutti il tema dell'errore su legge penale. Che norme come l'art. 5 del nostro codice facciano a pugno con l'idea della colpevolezza, non è nemmeno il caso di sottolinearlo. Ci preme piuttosto segnalare che l'antinomia con il principio di

⁽²⁶³⁾ Così, ad es., BAUMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. STRATENWERTH, *Schuld und Rechtfertigung*, cit., 31 ss.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. *supra* il § 7; nonché STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, cit., *passim*.

colpevolezza nelle sue accezioni 'garantistiche' di «*Willensschuld*» o anche solo di «*Einzeltatschuld*», appare per alcuni versi non completamente superata nemmeno attraverso la soluzione differenziata che distingue tra errore evitabile ed errore inevitabile — soluzione dominante nell'ordinamento tedesco ed in sostanza recepita da taluni tentativi di offrire un'interpretazione 'evolutiva' del nostro articolo 5 ⁽²⁶⁶⁾.

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui il soggetto non viene nemmeno sfiorato dal dubbio circa la illiceità del suo comportamento: qui vi sono notevolissime analogie con la problematica della colpa incosciente e non a caso è stato sostenuto che il sostrato minimo per la rimproverabilità 'etica' dell'errore dovrebbe essere costituito da «un dubbio anche lieve sull'illiceità del fatto» ⁽²⁶⁷⁾.

D'altra parte, per ricondurre ad un criterio di colpevolezza la maggior parte delle ipotesi di errore inescusabile — è stato osservato — bisogna discostarsi dall'idea della «*Einzeltatschuld*», per far capo a quella della «*Lebensführungsschuld*» in una delle sue numerose versioni («*Persönlichkeitsschuld*», «*Charakterschuld*» e così via) ⁽²⁶⁸⁾. Ed in tal modo — sostiene STRATENWERTH — si tradisce in primo luogo la tradizionale funzione garantistica della colpevolezza, e si finisce inoltre per 'camuffare' precise considerazioni preventive ⁽²⁶⁹⁾. Ad esempio, quando si afferma un obbligo di conoscenza di alcune norme riguardanti la specifica attività professionale esercitata dall'agente, il rimprovero viene a segnare la «mancanza colpevole» di informazione

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. in proposito il recente approfondito studio di PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 1976, *passim*, spec. 427 ss. ed ivi i riferimenti bibliografici.

⁽²⁶⁷⁾ Così HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundanalyse der Schuldtheorie*, 1969, 150. Sul punto si veda anche STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 19.

⁽²⁶⁸⁾ STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, 44 (anche in nota).

⁽²⁶⁹⁾ STRATENWERTH, *Tatschuld*, cit., 6 ss., 18 ss. (con particolare riguardo alla commisurazione della pena), 30 (in più ampia prospettiva).

dell'agente stesso in merito ai suoi obblighi⁽²⁷⁰⁾. Ebbene, il giudizio — se ne conclude — non colpisce qui certamente il singolo fatto: esso risale piuttosto nel tempo, per appuntarsi sull'evitabilità dell'«omessa informazione» ed assicurare così al meglio l'efficacia preventiva del sistema⁽²⁷¹⁾.

Un discorso simile andrebbe ripetuto per quanto riguarda gli stati emotivi e passionali. Recenti ricerche hanno dimostrato che moltissime situazioni affettive sono senz'altro in grado di escludere nel soggetto ogni capacità di autocontrollo⁽²⁷²⁾. È stato tuttavia messo in rilievo che una conseguente applicazione del principio di colpevolezza avrebbe implicazioni politico-criminali assolutamente inaccettabili: i soli delitti di omicidio sono dovuti almeno per un quarto a stati affettivi riconducibili al quadro descritto⁽²⁷³⁾. E sul piano della prevenzione generale è semplicemente impossibile — si afferma — assolvere un quarto degli omicidi⁽²⁷⁴⁾. Se la società non può esigere che l'autore ometta l'azione criminosa, data la sua incapacità di motivarsi al momento del fatto, può tuttavia pretendere che egli faccia ricorso alle proprie risorse inibitorie *prima* che subentri la fase esplosiva⁽²⁷⁵⁾. Con questa considerazione deve ovviamente fare i conti qualsiasi tentativo di far leva sul concetto di infermità dell'art. 88 del nostro codice penale per interpretare restrittivamente l'art. 90 che esclude la rilevanza scusante degli stati emotivi e passionali⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁷⁰⁾ Così ad es. RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, 253 ss.

⁽²⁷¹⁾ STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 18 ss.

⁽²⁷²⁾ KRÜPPELMANN, *Motivation und Handlung im Affekt*, in *Festschrift für H. Welzel*, 1974, 327 ss.

⁽²⁷³⁾ KRÜPPELMANN, *Die Neugestaltung*, cit., 26 s.

⁽²⁷⁴⁾ KRÜPPELMANN, *op. ult. cit.*, 35.

⁽²⁷⁵⁾ Il che, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche, sembra in molti casi possibile: si cfr. KRÜPPELMANN, *op. ult. cit.*, 27, 35.

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*⁹, P. G., 1976, 415 ss. Si veda anche BONIFACIO, *L'infermità di mente nel diritto penale italiano*, 1959, 58. Noto è l'atteggiamento invece rigoristico della giurisprudenza: cfr. ad es. Cass. 19 gennaio 1971, *Giust. pen.*, 1972, II, 115, 52.

Gli esempi potrebbero continuare. Ma già quanto fin qui osservato dovrebbe dimostrare che da una conclusione non c'è modo di sfuggire: ricostruire i presupposti della responsabilità penale facendo capo all'unica accezione possibile — quella della «*Einzeltatschuld*», per non parlare della «*Willensschuld*» — del concetto etico di colpevolezza, appare un tentativo destinato a rimanere, oltre che infruttuoso, addirittura controproducente sotto il profilo garantistico. In tal modo si verrebbe infatti ad urtare ad ogni istante con la realtà di esigenze preventive o positivizzate in espresse disposizioni di legge o così acutamente avvertite a livello interpretativo e applicativo, che sarebbe semplicemente illusoria la pretesa di sradicarle in nome di un principio superiore di giustizia morale. Di modo che il criterio *materiale* della colpevolezza fornirebbe continuamente soluzioni applicative o inequivocabilmente *contra legem* oppure fatalmente destinate a restare per i più inaccettabili sul piano operativo, smarrendo così qualsiasi funzione di orientamento nella fase di interpretazione della legge.

In questa prospettiva non sorprende affatto che i fautori del criterio oggettivo della colpa continuino a mostrarsi del tutto insensibili all'argomento 'morale' secondo cui la misura generalizzante sarebbe la più lontana dall'idea della giustizia etica. Il criterio della giustizia etica dovrebbe delimitare l'ambito della punibilità escludendovi quei fatti lesivi ritenuti 'inevitabili' alla stregua delle personali capacità intellettive dell'agente: eppure, questo stesso criterio si vede costretto nell'esperienza giuridica ad una serie di 'concessioni' alla prevenzione generale, senza dire che, in tema di colpa, esso sembra aver abdicato già dall'inizio di fronte all'incriminazione della colpa incosciente. Con quale diritto e autorità può dunque contrapporsi all'argomento degli oggettivisti secondo cui la misura generalizzante sarebbe la più adatta a generare il comune rispetto di determinati standard di comportamento?

b) Per la verità, tra gli attuali fautori della concezione

oggettivistica della colpa nessuno appare in grado di legittimare la propria opinione nel quadro armonico di una compiuta elaborazione della colpevolezza, paragonabile, ad esempio, alla costruzione operata per il passato da von Ferneck.

La legittimità della tesi può essere quindi vagliata solo per assimilazione, sulla scorta di quelle concezioni della colpevolezza 'secolarizzate' e aperte a recepire al loro interno istanze di prevenzione generale ⁽²⁷⁷⁾.

Nel panorama odierno della dottrina, risale a Krümpelmann l'approccio teorico su cui, meglio che su ogni altro, potrebbe poggiare la concezione oggettiva della colpa.

Il concetto della «colpevolezza sociale» non soltanto sarebbe privo «del rimprovero etico-individuale», ma opererebbe altresì, nella fase applicativa, con una «misura semplificata e generalizzante», condizionata in sostanza, nella sua determinazione, da considerazioni di prevenzione generale. Il rimprovero presupporrebbe semplicemente che l'individuo «non abbia corrisposto all'aspettativa sociale di comportamento quale viene rivolta alla persona media», non già che egli si «sia comportato diversamente da come poteva». La punizione acquisterebbe spesso, così, «il carattere di un sacrificio individuale, mezzo rispetto allo scopo di rivolgere appelli di responsabilità alla coscienza sociale» ⁽²⁷⁸⁾.

Elaborato con particolare riguardo ai problemi dell'imputabilità, un simile modello non è tuttavia trasferibile sul terreno della colpa senza un più attento controllo. In tema di imputabilità, infatti, il momento della prevenzione generale assume caratteristiche del tutto peculiari ⁽²⁷⁹⁾.

Esistono alcune anomalie psichiche, dovute ad insufficiente

⁽²⁷⁷⁾ In questa prospettiva va ricordato il fondamentale lavoro di ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*², 1973, spec. 33 ss.

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. soprattutto *Die Neugestaltung*, cit., 30 ss.

⁽²⁷⁹⁾ Così ad es., ROXIN *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, 1978, 279 ss., 292 s.

sviluppo mentale, a carenze nella sfera volitiva o a disturbi da disadattamento sociale, le quali — a rigore — consentono fondatamente di escludere che il soggetto abbia la capacità di autode-terminarsi alla stregua del 'senso possibile' della legge (tanto del § 20 *StGB*, quanto degli artt. 85 ss. c.p.)⁽²⁸⁰⁾. E se si volesse qui ammettere in linea di principio l'assoluzione per infermità mentale, la colpevolezza resterebbe condizionata — molto, anzi troppo di frequente — da «strutture determinanti» connesse a carenze (senza alcun riscontro organico!) o di origine costituzionale o sorte nella prima infanzia o addirittura causate da puri e semplici disadattamenti sociali. L'allargamento della sfera della non punibilità comporterebbe conseguenze inaccettabili sotto il profilo della prevenzione generale, conseguenze che a loro volta si ripercuoterebbero sullo stesso principio di colpevolezza. Si innesterebbe cioè uno sviluppo dinamico, che alla lunga proprio il principio di colpevolezza metterebbe in discussione: il fenomeno del plurirecidivismo «porterebbe il sistema penale a convergere verso un sistema di misure»^(280bis).

Il limite 'preventivo' cui viene così assoggettato il criterio sostanzialistico della colpevolezza attraverso la generalizzazione della misura di giudizio trova la sua legittimazione nella finalità di mantenere fermo il criterio stesso ed il suo significato garantistico. Il modello, quindi, potrebbe trovare applicazione al problema della misura della colpa solo a condizione di verificare una legittimazione dello stesso o di analogo genere.

In effetti, pure nel quadro delle concezioni 'secolarizzate' della colpevolezza, il discorso sulla 'legittimità' della prevenzione generale viene visto come un punto obbligato di passaggio⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁸⁰⁾ Così KRÜPPELMANN, *op. loc. ult. cit.*, con ampi richiami alla letteratura psichiatrica e psicologica.

^(280bis) KRÜPPELMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁸¹⁾ Con particolare vigore HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, 272 ss. E si vedano anche i contributi di HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, 15

L'ancoraggio ad un principio di colpevolezza materiale, alla cui funzione critica quasi nessuno sembra disposto a rinunciare, ne riflette il contenuto morale⁽²⁸²⁾. Così ad esempio Krümpelmann descrive l'interazione tra principio di colpevolezza e prevenzione generale, riallacciandosi alla ormai classica impostazione di Roxin: «tramite l'orientamento alle aspettative sociali di comportamento, il principio di colpevolezza recepisce senz'altro considerazioni politico-criminali, tuttavia plasmandole a sua volta sulla base di limiti da esso stesso tracciati»⁽²⁸³⁾.

Ci sarebbe forse da chiedersi quanto efficacemente possa esplicitarsi il momento garantistico a seguito di una simile ambiguità funzionale della colpevolezza⁽²⁸⁴⁾. Il rischio più evidente, comune a tutte le formulazioni descrittive, è in ogni caso che esse ci restituiscano meri concetti sistematici — quindi suscettibili di ogni manipolazione — senza dare il giusto risalto alla sostanza dei fenomeni valutativi, quale risulta per l'appunto dall'esaminato problema della imputabilità: il momento garantistico e quello preventivo corrispondono a linee di tendenza convergenti, che muovono, rispettivamente, da un criterio di giustizia e dall'esigenza di assicurare la funzionalità e la praticabilità del sistema.

Per coglierne il punto di incontro occorre perciò risalire di volta in volta alla radice delle cose, rompendo il circolo dei concetti descrittivi. Ogni problema interpretativo richiede insomma un approfondimento critico del tutto peculiare. Ed a questa

(del dattiloscritto) e di NAUCKE, *Generalprävention und Grundrechte der Person*, spec. 35 ss. (del dattiloscritto), al Convegno su «Teoria e prassi della prevenzione 'generale' dei reati», tenutosi a Milano presso l'Università Cattolica nel marzo 1979. Si cfr., inoltre, ROXIN, *op. ult. cit.*, 282 ss.; nonché HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976, 82.

⁽²⁸²⁾ Si veda la vigorosa riaffermazione di questo concetto ad opera di ROXIN, *op. loc. ult. cit.*; nonché HAFFKE, *op. loc. cit.*. Un discorso a parte meriterebbe la posizione di JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, spec. 32.

⁽²⁸³⁾ KRÜMPELMANN, *op. ult. cit.*, 34.

⁽²⁸⁴⁾ Al riguardo non mancano prese di posizione notevolmente scettiche: si cfr. ad es. STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 30 s. Si veda però anche la risposta di ROXIN, *op. ult. cit.*, 286 s.

logica non può sfuggire nemmeno una presa di posizione circa la tematica della misura della colpa: in altre parole, bisogna vedere se il punto di equilibrio vada calibrato nel criterio oggettivo o in quello soggettivo.

11. La strada più realistica da seguire è, ci sembra, quella indicata da qualche tempo da Stratenwerth ⁽²⁸⁵⁾: da un lato, restare fermi alla tradizionale ispirazione etica dell'idea di colpevolezza, rivendicandone a chiare lettere l'autonomia concettuale rispetto alle necessità di difesa sociale, di funzionalità e praticabilità del sistema; dall'altro, ammettere francamente che un principio così inteso è soggetto a non poche 'limitazioni' e 'compressioni' in favore delle istanze di prevenzione (soprattutto generale). Si tratta insomma di 'portare allo scoperto' le considerazioni prammatiche, 'smascherandone' il frequente 'camuffamento' all'interno di un concetto soltanto formale-descrittivo della colpevolezza.

L'ancoraggio etico serve, in primo luogo, a non dimenticare la *problematicità* di ogni giudizio che coinvolga la dignità morale dell'uomo ⁽²⁸⁶⁾. E proprio la consapevolezza di una tale problematicità consente di individuare le zone — non ultima quella della colpa incosciente — in cui essa è maggiore, al di là di rinnovate tentazioni giuspositivistiche ⁽²⁸⁷⁾. Ciò vale soprattutto quando si consideri il tipo di risposta su cui tutt'ora fa perno il sistema penale: una risposta che incide così profondamente nella sfera di autonomia dell'individuo ⁽²⁸⁸⁾.

Si ottiene così un importante strumento di controllo del ricorso alla prevenzione generale da parte del diritto penale: la sua legittimità diminuisce infatti in maniera direttamente propor-

⁽²⁸⁵⁾ Si cfr. *Schuld und Rechtfertigung*, cit., spec. 44 ss.; nonché *Die Zukunft*, cit., 42 ss., e *Tatschuld und Strafzumessung*, cit., spec. 19.

⁽²⁸⁶⁾ STRATENWERTH, *Schuld und Rechtfertigung*, loc. ult. cit.; *Die Zukunft*, cit., 46. E si veda anche HOERSTER, *op. cit.*, 272.

⁽²⁸⁷⁾ STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, 46 s.

⁽²⁸⁸⁾ Quest'aspetto è sottolineato efficacemente da PULITANÒ, *op. cit.*, 104.

zionale al crescere della problematicità della colpevolezza ⁽²⁸⁹⁾.

La prospettiva è maggiormente densa di implicazioni in vista di radicali interventi legislativi sul diritto penale vigente. L'atteggiamento di un cospicuo settore dottrinale che propugna una drastica riduzione dell'ambito di rilevanza penale della colpa incosciente, se non addirittura la depenalizzazione di tutti i fatti riconducibili a tale tipo di coefficiente soggettivo, ne costituisce una tra le testimonianze più significative ⁽²⁹⁰⁾.

Non è detto però che essa non possa risultare fruttuosa anche sotto il profilo interpretativo. Ad esempio, prendendo piena coscienza della problematicità della colpevolezza in tema di colpa incosciente, si dovrà riflettere attentamente se non sia opportuno restringere l'ambito della punibilità già nei limiti del senso possibile della legge: tra l'altro, facendo appunto ricorso alla misura soggettiva.

D'altra parte, la messa a nudo delle zone più problematiche, in cui le istanze preventive acquistano una posizione preminente, serve a razionalizzare l'intervento penale.

In prospettiva, dando impulso alle ricerche empiriche. Non si deve infatti trascurare un'ulteriore ed imprescindibile condizione di legittimità della prevenzione generale: la sua conformità allo scopo ⁽²⁹¹⁾. Ebbene, assumendo un atteggiamento critico verso la loro tradizionale collocazione 'all'ombra' di un principio di colpevolezza 'sistematico', le considerazioni preventive acquisite-

⁽²⁸⁹⁾ Così, in sostanza, NAUCKE, *op. cit.*, 36.

⁽²⁹⁰⁾ Cfr. ad es. HALL, *Negligent Behaviour should be excluded from penal Liability*, in *Columbia Law Review*, 1963, 632 ss.; SCHULTZ, *Die moralische Schuld*, cit., 14 ss. A tale proposito, si fa di solito riferimento ad un concetto di colpa incosciente la cui caratteristica non sta solo nella mancata previsione dell'evento lesivo, ma anche nella mancata consapevolezza del soggetto di agire in contrasto con una regola di condotta (si cfr. la nota n. 225). Per altri riferimenti dottrinali, si cfr. JESCHECK, *Aufbau*, cit., 26 in nota; ulteriori richiami in chiave comparatistica, con particolare riguardo alla circolazione stradale, in STRIANI, *L'omicidio colposo derivante da incidente stradale. Orientamenti e riflessioni per una possibile armonizzazione delle norme relative*, in *Arch. pen.*, 1976, I, 31 ss.

⁽²⁹¹⁾ Con particolare vigore, HASSEMER, *op. cit.*, 15.

ranno lo stato di asserzioni verificabili criticamente dal punto di vista empirico ⁽²⁹²⁾. Per ora, esse poggiano prevalentemente su luoghi comuni, che non danno congrue garanzie sotto il profilo della conformità agli scopi ⁽²⁹³⁾.

Con riguardo ai problemi della criminalità stradale, il settore più preoccupante nel quadro della tipologia della colpa, è stato osservato con ragione che lasciar libero spazio alla prevenzione generale applicando la misura oggettiva equivale ad una terapia sintomatica invece che eziologica del fenomeno ⁽²⁹⁴⁾. Si trascurano insomma i più sottili meccanismi su cui, almeno alla stregua delle attuali conoscenze, dovrebbe poggiare una prevenzione generale davvero efficace: quei meccanismi, cioè, che portano alla stabilizzazione di standard elevati di comportamento attraverso un diffuso «riconoscimento interno» delle norme di condotta ⁽²⁹⁵⁾.

Anche per il momento, tuttavia, non sarà infruttuoso prendere coscienza di una situazione inaccettabile. In primo luogo, perché si darà risalto a quel che davvero si cela dietro alcune soluzioni interpretative — ad esempio in tema di misura della colpa — motivate prevalentemente dalla preoccupazione di assicurare la funzionalità del sistema ⁽²⁹⁶⁾. In tal modo gli stessi operatori del diritto saranno posti di fronte ai significati ideologici delle loro scelte.

Ciò vuol dire realizzare a tutti i livelli un'esigenza di chiarezza, di cui beneficerà lo stesso bilanciamento ⁽²⁹⁷⁾ — troppo spesso inavvertito nella fase interpretativa ed applicativa — tra

⁽²⁹²⁾ STRATENWERTH, *Die Zukunft*, cit., 45.

⁽²⁹³⁾ HASSEMER, *op. cit.*, 20 ss.

⁽²⁹⁴⁾ LUFF, *Das Verkehrsstrafrecht aus ärztlicher Sicht*, in *Deutsches Auto-recht*, 1960, 326 ss., 328.

⁽²⁹⁵⁾ GUNZERT, *Soziologische Probleme bei der Beurteilung von Verkehrsdelikten*, in *Deutsches Autorecht*, 1960, 315 ss., 323. Si cfr. KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, 1970, 361 ss. E si veda anche HAFFKE, *op. cit.*, 87 ss.

⁽²⁹⁶⁾ STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, 43 s.

⁽²⁹⁷⁾ Su cui richiama efficacemente l'attenzione GUNZERT, *op. loc. cit.*

il momento 'garantistico' e quello 'prammatico'. Riconoscendone le 'compressioni' normative ed operative, il principio 'sostanziale' di colpevolezza acquista un più pregnante significato garantistico, un ruolo forse meno ampio sul piano dell'utopia, certamente più incisivo su quello pratico.

Si pensi ad uno qualsiasi dei nostri esempi: un automobilista inesperto che ha da poco conseguito la patente (o che, in possesso di foglio rosa, si esercita alla guida) procede con tutte le cautele imposte dalla sua scarsa perizia; ciononostante viene a trovarsi senza sua colpa in una situazione di emergenza e per la sua imperizia non riesce ad effettuare la necessaria manovra di fortuna — che un esperto automobilista sarebbe stato certamente in grado di compiere — perdendo così il controllo della vettura e provocando la morte di più persone.

Troppo fragili sono a tutt'oggi le conoscenze empiriche su cui poggia la prevenzione generale ⁽²⁹⁸⁾, tanto più fragili in materia di delitti colposi ⁽²⁹⁹⁾. Peraltro, non si è in condizioni di escludere — anche se vi sarebbero da avanzare molte perplessità ⁽³⁰⁰⁾ — che, in casi simili, un'eventuale punizione contribuisca a stabilizzare o addirittura a rafforzare il rispetto generalizzato degli standard di comportamento all'interno del gruppo degli automobilisti ⁽³⁰¹⁾. Soprattutto se l'episodio si verificasse in un periodo di notevole incremento degli incidenti stradali, già la coscienza collettiva potrebbe magari reagire con una richiesta di pena ⁽³⁰²⁾ alla discrepanza tra il singolo comportamento e l'attesa so-

⁽²⁹⁸⁾ Cfr. ANDENAES, *Theorie and Practice of general prevention through threatening, unforcement and execution of punishment* (relazione presentata al ricordato convegno su «Teoria e prassi della prevenzione 'generale' dei reati»), 11 ss. (del dattiloscritto).

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. KAISER, *op. cit.*, 339 ss. con particolare riguardo ai problemi della circolazione stradale.

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. KAISER, *op. cit.*, 362 ss.

⁽³⁰¹⁾ Come prospetta in via d'ipotesi HART, *Legal Responsibility and Excuses*, in *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, 1968, 40 ss.

⁽³⁰²⁾ Quell'aspetto della prevenzione generale che consiste nell'appagamento

ziale commisurata alle capacità dell'esperto automobilista.

D'altro canto, è certo che il soggetto da nessun punto di vista avrebbe personalmente 'meritato' la punizione. Questa assumerebbe piuttosto il carattere di un sacrificio individuale, per di più imposto all'agente in nome di un'esigenza di stabilizzazione assolutamente discutibile sotto l'aspetto del supporto empirico.

La stessa eventuale richiesta di pena da parte della collettività poggierebbe su un criterio primitivo di imputazione, riconducibile a meccanismi del tutto irrazionali, spiegati dalla psicologia sociale attraverso «la teoria dell'attribuzione». «L'idea che incidenti o catastrofi vengano causati da variazioni casuali o circostanze situazionali agisce di solito sull'osservatore in maniera inquietante — come una minaccia — in quanto viene collegata al timore che eventi del genere possano accadere a chiunque e quindi anche all'osservatore stesso». Si tratta insomma di una «minaccia» per la «convinzione irrazionale in un mondo ordinato, dunque prevedibile e controllabile»: di qui la necessità «di attribuire la responsabilità ad uno degli attori» stessi invece che a «fattori esterni e casuali, anche se il primo non aveva personalmente alcuna possibilità di controllare i secondi» ⁽³⁰³⁾.

Sotto questo profilo il soggetto verrebbe, attraverso la punizione, puramente e semplicemente 'strumentalizzato' in favore di fattori assolutamente irrazionali: la condanna avrebbe il sapore di un rito sacrificale all'irrazionalità.

Su tali presupposti appare davvero inaccettabile l'opinione secondo cui, in casi simili, le garanzie *sostanziali* dell'individuo dovrebbero cedere il passo alla necessità di tutela indiscriminata

della coscienza sociale» viene denominato da ROXIN (*op. ult. cit.*, 304 ss.) «prevenzione integratrice» (ma con particolare riferimento alla commisurazione della pena).

⁽³⁰³⁾ Questo fenomeno psicologico viene denominato «ipotesi del mondo giusto»: cfr. BIERBRAUER, *Die Zuschreibung zur Verantwortlichkeit. Eine attributionstheoretische Analyse*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. III, *Strafrecht* (a cura di HASSEMER e LÜDERSEN), 1978, 130 ss., 144 ss.

dei beni ⁽³⁰⁴⁾. A paragone del prezzo da pagare in termini di 'giustizia', troppo tenue si rivela infatti il nesso tra punizione e funzionalità del sistema. Il ricorso alla prevenzione generale perde così ogni 'legittimità': il punto d'incontro tra le due linee convergenti — colpevolezza individuale e funzionalità del sistema — coincide quasi con il punto di partenza.

(³⁰⁴) MEYER-JAKOBI, *Typische Unfallursachen*, cit., 86.