

QUESITI

ANDREA DE LIA

I confini tra *recklessness* e (*criminal*) *negligence* nel sistema penale statunitense

Il saggio si prefigge l'obiettivo di definire i concetti di *recklessness* e di *criminal negligence* nel contesto del diritto penale statunitense. Innanzitutto, ci si soffermerà sull'evoluzione della disciplina penale della colpa nel sistema di *common law* inglese, con particolare riferimento alla fattispecie di omicidio, che costituisce, del resto, l'unica ipotesi di *negligence* rilevante nel settore, rintracciabile nella tradizione di quel Paese, prima dell'indipendenza ottenuta dagli Stati Uniti nel XVIII secolo, che venne "importata" in America. Si noterà, inoltre, attraverso l'analisi delle scarse e opache fonti disponibili, come sia particolarmente arduo identificare la genesi e la nozione originaria di *recklessness*, anche se, in effetti, sembra potersi affermare che essa venne inizialmente associata al vago concetto di *malice* e, conseguentemente, al dolo nonché all'omicidio volontario. Si tratta, però, di un concetto che, nel XIX secolo, nel panorama americano, venne poi correlato alla colpa, mentre l'ipotesi della realizzazione di un comportamento a base di rischio non consentito, in costanza di previsione dell'evento, venne considerata, ad un punto, qualificabile in termini di dolo. Fino alla metà degli anni '50 dello scorso secolo venne comunemente avvertita, specie nella disciplina dell'omicidio, la necessità di selezionare diverse forme di responsabilità, con trattamenti sanzionatori opportunamente differenziati in ragione dell'elemento psichico. Ciò nonostante, i legislatori americani non intervennero, omettendo di introdurre a sistema delle norme definitorie, pur a fronte di orientamenti giurisprudenziali incerti e della necessità di attuare delle scelte di politica criminale tese a garantire proporzionalità nella risposta sanzionatoria attraverso il riferimento all'elemento subiettivo. Talché, il *turning point* è stato tracciato dal *Model Penal Code*, del 1962, che ha influenzato profondamente le evoluzioni normative e giurisprudenziali sulla *mens rea* in America. Tali sviluppi hanno condotto alla qualificazione della *recklessness* quale forma di colpa, più grave rispetto alla *criminal negligence*, perché connotata dalla previsione dell'evento lesivo non voluto. Quanto alla *negligence*, si osserverà come ancor oggi essa rappresenti un "tabù" nel *criminal law* d'oltreoceano e, in questa prospettiva, si evidenzieranno le ragioni che sottendono a tale idiosincrasia.

The boundaries of recklessness and criminal negligence in the U.S. criminal system.

The paper aims to define the concepts of recklessness and criminal negligence in the context of US criminal law. First, we will focus on the evolution of the discipline of negligence in the English common law system, with reference to the case of homicide, which constitutes, moreover, the only hypothesis of liability for negligence traceable in the tradition of that country, before the Independence War, which was "imported" to America. Furthermore, it will be noted, through the analysis of the scarce and opaque sources available, how it is particularly difficult to identify the genesis and the original notion of recklessness, even if, in fact, it seems possible to affirm that it was initially associated with the vague concept of malice and, consequently, to voluntary homicide. It is, however, a concept which, in the 19th century, in the American panorama, was then associated to negligence, while the hypothesis of carrying out risk-based behaviour which was not permitted while constantly predicting the event was considered, at one point, as intent. Until the mid-1950s, the need to select different forms of responsibility, with appropriately differentiated sanctioning treatments based on the psychological element, was commonly

felt, especially in the context of the discipline of homicide. Nonetheless, American legislators did not intervene, failing to introduce definitive rules into the system, despite uncertain jurisprudential guidelines and the need to implement criminal policy choices aimed at guaranteeing proportionality in the sanctioning response through reference to the subjective element. Thus, the turning point was marked by the Model Penal Code of 1962, which profoundly influenced the regulatory and jurisprudential developments on mens rea in America. These developments have led to the qualification of recklessness as a form of negligence, more serious than criminal negligence, because it is characterized by the prediction of an unwanted harmful event. As for negligence, it will be observed that even today it represents a “taboo” in the context of overseas criminal law and, from this perspective, the reasons underlying this idiosyncrasy will be highlighted.

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. La “codificazione” della colpa: *recklessness* e *negligence*. - 2.1. Le previsioni del *Model Penal Code*. - 2.2. Il panorama delle scelte attuate dai singoli legislatori. - 2.3. *Recklessness* e *negligence* nel contesto dell’omicidio. - 2.4. Il sistema federale - 3. Gli orientamenti giurisprudenziali. - 3.1. La sentenza Morissette ed i dubbi sull’opportunità delle scelte incriminatrici relative alla *negligence*. - 3.2. Il confine tra dolo e *recklessness*. - 3.3. Il confine tra *recklessness* e *negligence*. - 4. La dottrina. - 4.1. Le opinioni dottrinali sulla criminalizzazione della colpa. - 4.2. La *moral blameworthy* e le tesi contrarie alla criminalizzazione della colpa o, comunque, della *ordinary negligence*. - 4.3. Segue. Illecito colposo tra retributivismo e utilitarismo. - 4.4. Ulteriori posizioni dottrinali contrarie alla criminalizzazione della colpa, o che ne propongono una sua stringente limitazione. - 4.5. Le posizioni a favore della criminalizzazione della colpa. - 4.6. La c.d. “misura soggettiva” della colpa. - 4.7. Lo *standard* comportamentale nella colpa e la *reasonable person*. - 5. Conclusioni.

1. *Premesse.* Nell’antica tradizione anglosassone, prima che si affermasse pienamente la gestione accentrata nella sfera pubblica dei fenomeni criminali¹, la *vengeance* (vendetta) rappresentava diffusa risposta al *damage*, in un sistema in cui *criminal* e *tort law* costituivano un tutt’uno²; la *retaliation logic* che contraddistingueva la responsabilità, dunque, si fondava su danno e sul nesso causale intercorrente con una determinata condotta qualificabile come illecita, prescindendo del tutto dall’elemento soggettivo o, meglio, dalla distinzione che oggi è tracciata tra dolo e colpa³.

¹ Su questo tema vd. LAMBERT, *Law and order in Anglo-Saxon England*, Oxford, 2017, il quale, comunque, sostiene che la storiografia abbia esagerato nel descrivere come “*weak*” il sistema di controllo dell’ordine pubblico da parte dei sovrani anglosassoni già a partire dal V secolo, allorquando, si costituissero i loro regni in Britannia.

² WIGMORE, *Responsibility for tortious acts*, in *Harvard LR*, 1894, 6, 315 ss. (spec. 335). WINFIELD, *Province of the law of tort*, Cambridge, 1931, 190, rilevò come si trattasse di una «*viscous intermixture*». In argomento, nonché sulle successive evoluzioni, vd. anche MUELLER, *Tort, crime and the primitive*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1955, 3, 302 ss.

³ THORPE, *The ancient laws and institutes of England: comprising laws enacted under the Anglo-Saxon kings from Aethelbirht to Cnut, with an English translation of the Saxon*, London, 1840, 85; CHESNEY,

Tra l'altro, taluni medievalisti hanno sottolineato come, in origine, la legittima difesa (*self defence*) non venisse considerata, di massima, quale fattore di esclusione della responsabilità, in quanto si giungeva sistematicamente a ritenere che la reazione all'aggressione fosse sproporzionata e, quindi, inidonea ad escludere la *liability*⁴; il tutto in un contesto ove, più in generale, erano scarsamente valorizzate, *pro reo*, *excuses* e *justifications*⁵, la *mental insanity*⁶ e la minore età⁷ (c.d. "*absolute liability*")⁸.

Soprattutto a partire dal IX secolo, al fine di consentire il superamento del *blood feud* (ovverosia della giustizia privata secondo lo schema dell'*eye for eye*), trovò larga applicazione, allora, l'istituto del guidrigildo (o "*man price*"), di matrice germanica, mediante l'imposizione, ad opera delle *central authorities* (*landlords* e Chiesa cattolica), del pagamento (oltre che di un *wite*, ovverosia di una *fine* in favore del sovrano, salva l'ipotesi in cui il fatto fosse occorso per *misadventure*, ossia per caso fortuito, oppure per legittima difesa, in cui siffatta sanzione pecuniaria non era dovuta) di una somma di denaro per

The concept of mens rea in the criminal law, in *American Institute of Criminal Law & Criminology*, 1938-1939, 29, 627 ss. (spec. 628).

⁴ ADAMS E AL., *Essays in Anglo-Saxon Law*, Boston, 1876, 277.

⁵ HOROWITZ, *Justification and excuse in the program of the criminal law*, in *Law and Contemporary Problems*, 1986, 3, 109 ss. (spec. 112).

⁶ Sul punto vd. WALKER, *Crime and insanity in England*, vol. I, *The historical perspective*, Edinburgh, 1968, 25-26, il quale ha riferito come il primo caso giudiziario, reperibile nella documentazione antica, in cui sarebbe intervenuto un proscioglimento per vizio di mente, sarebbe occorso nell'anno 1505. Questo Autore ha rimarcato, tuttavia, che con ogni probabilità, in precedenza, potesse accadere, nella prassi, che i soggetti affetti da vizi di mente venissero, di fatto, dispensati *tout court* dal processo (talché, la mancanza di tracce nei repertori e nei trattati), ferme le responsabilità patrimoniali del danno poste a carico della famiglia o delle comunità cui essi appartenevano. Per una più recente analisi storica dell'evoluzione del rapporto tra *insanity* e imputabilità, vd. LOUGHNAN, *Manifest madness. Mental incapacity in criminal law*, Oxford, 2012, spec. 104 ss.; TURNER, *Mental health and homicide in medieval English trials*, in *Open Library of Humanities*, 2018, 2, 11 ss.

⁷ In un sistema in cui, ancor oggi, in base al *Children and Young Persons Act* del 1933, come successivamente modificato, sono considerati imputabili gli individui, addirittura, a partire dall'età di dieci anni. Nell'evoluzione del *common law*, invece, l'età minima per la *criminal liability* era stata fissata, a far tempo dal XII secolo, in sette anni. Sul tema, vd., nella manualistica, ORMEROD-LAIRD, *Smith and Hogan's criminal law*, Oxford, 2015, 384 ss.

⁸ POLLACK-MAITLAND, *History of English law before the time of Edward I*, Indianapolis, 2010 (rist. 1895), vol. II, 493; HOLDSWORTH, *History of English law*, vol. II, London, 1923, 51. Nei sistemi di *common law*, la differenza tra "*absolute liability*" e "*strict liability*" è rappresentata, tecnicamente, dalla circostanza che solo in ordine a quest'ultima il soggetto agente può essere ammesso a fornire prova contraria della propria colpevolezza, dimostrando la sussistenza di elementi esimenti, quali il caso fortuito o la forza maggiore.

ristorare il danno (c.d. “*bot*”), secondo un sistema per il quale l’*intent* (o, meglio, il binomio dolo/colpa) continuò ad assolvere, tutto sommato, limitata rilevanza⁹.

Più in generale, occorre notare che nei vari regni che costituivano l’Inghilterra anglosassone – ove ancora non esisteva l’istituzione carceraria e la detenzione rappresentava soltanto lo strumento per trattenere il reo in attesa del processo – il *punishment* consisteva in pene corporali (come la fustigazione, la marchiatura e la mutilazione) e in *shame penalties* (ovverosia nell’espone il condannato al pubblico ludibrio), mentre quella capitale era riservata a crimini, di particolare gravità, realizzati contro il sovrano o contro l’ordine e la sicurezza pubblica (come nel caso di incendio o di saccheggio). In questo sistema, dunque, il guidrigildo costituiva la pena prevista per illeciti che investivano la sfera individuale o, al più, i gruppi familiari¹⁰.

Ad ogni modo, occorre aggiungere che, nel caso di premeditazione o di altri particolari elementi (mezzi impiegati, approfittamento da parte del reo di particolari circostanze), già *illo tempore*, l’omicidio era sottratto alla disciplina del

⁹ TURNER, *The mental element in crimes at common law*, in *Cambridge LJ*, 1936, 1, 31 ss.; JEFFERY, *The development of crime in early English society*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1957, 6, 647 ss. (spec. 655-656). Tuttavia, COLDRON, *Historical development of manslaughter*, in *Kentucky Law Journal*, 1950, 4, 527 ss. (spec. 528), ha sottolineato, in proposito, come proprio l’esclusione dell’imposizione del *wite* per le descritte ipotesi dovrebbe essere individuata come un primo passo verso i successivi sviluppi in ordine alla strutturazione della *culpability* in campo penale. In ogni caso, il medesimo Autore ha evidenziato (529-530) che la *self defence* e l’*infortunium* (ovverosia l’omicidio intervenuto per colpa o, comunque, in difetto di dolo intenzionale) non escludessero affatto, all’epoca, ma anche nel corso della successiva dominazione normanna, l’applicazione del guidrigildo e poi di *forfeiture* (con devoluzione dei beni in parte ai familiari della vittima e in parte al sovrano). La *forfeiture* – ha riferito lo stesso studioso – per le ipotesi di omicidio non sanzionabile con il *capital punishment* venne abolita formalmente solo nel XIX secolo, anche se essa, verosimilmente, cadde in disuso assai prima, lasciando il passo a rimedi apprestati dalla *tort law*.

¹⁰ Il *wergild* venne introdotto nella penisola già prima del VI secolo e venne regolamentato, per la prima volta, nel codice del re Æthelbirht nel Kent, diffondersi di seguito in altri regni, correlandosi dapprima soltanto ai reati contro la persona, per poi estendersi ad altre fattispecie, tra cui gli illeciti contro il patrimonio (vd. MERRILL, *Examining variation of wergild*, Kingston, 2019, *passim*). Si trattava di obbligazioni di natura patrimoniale che, qualora inadempite dall’*offender*, potevano essere esatte nei confronti del *clan* cui tale soggetto apparteneva. In caso di inadempimento, inoltre, si poteva verificare una “conversione” della misura nelle altre pene sopra descritte o nella vendetta privata. Sul tema, nella vasta letteratura, vd. YORK, *Kings and Kingdoms of early Anglo-Saxon England*, New York, 2003, 50-60. Sugli illeciti cui era associato il guidrigildo e sul sistema di “conversione”, vd. LAMBERT, *Theft, homicide and crime in tale Anglo-Saxon law*, in *Past and Present*, 2012, 1, 3-43. L’istituto del guidrigildo venne disuso nel corso della successiva dominazione normanna, nel XII secolo.

guidrigildo ed era punito con la pena capitale¹¹.

Nell'XI secolo (periodo in cui si verificò la *Norman conquest*)¹², invece, il *perdonable homicide* era quello provocato dall'*insane*, dal soggetto che avesse agito per *self defence*, nonché quello *involuntary*, nei quali casi lo *slayer* (uccisore) poteva godere, per l'appunto, del *pardon* elargito dall'autorità pubblica¹³; successivamente, nel XII secolo, con una ancor più ampia diffusione delle idee della Chiesa cattolica (che divenne forza dominante nella società d'oltremarina, influenzando tutti gli aspetti della vita politica, sociale, culturale, oltre che il pensiero giuridico dell'epoca)¹⁴, si cominciò, però, a modificare il concetto di illecito penale, che divenne strettamente correlato a quello di peccato (*sin*), ritenendosi che esso dovesse fondarsi sulla natura volontaria dell'atto, perché solo in tale contesto avrebbe potuto parlarsi di *moral guilt*¹⁵. Sicché, gli albori della *common law* coincisero con l'*infancy* della *mens rea* o, meglio, di più consistenti riflessioni sull'elemento soggettivo del reato¹⁶, alimentate, perlomeno secondo alcuni¹⁷, anche dallo studio nelle università del diritto romano¹⁸ (ove erano state elaborate e distinte, tra l'altro, le figure del

¹¹ GOEBEL, *Felony and misdemeanor: a study in the history of criminal law*, Philadelphia, 1937, 381 ss.; HURNARD, *The King's pardon for homicide*, Oxford, 1969, 1. Da tale elemento, allora, BAKER, *Tracing a thousand years of subjective fault as the fulcrum of criminal responsibility in common law*, in *Criminal Law Bulletin*, 2020, 1, 1 ss. ha fatto derivare la conclusione che, già all'epoca, l'elemento subiettivo avesse assunto una qualche funzione all'interno del sistema penale inglese.

¹² La dominazione normanna, che venne preceduta quella danese, ebbe luogo dall'anno 1066 al 1154 e ad essa seguì, fino al 1485, quella dei Plantageneti. Sulla continuità, rispetto all'approccio alla materia criminale, tra il periodo anglo-sassone e quello normanno, vd. MAITLAND-MONTAGUE, *A sketch of English legal history*, New York, 1915, 27.

¹³ STEPHEN, *History of the criminal law of England*, London, 1883, vol. III, 42-44; SMITH, *The retreat to the wall doctrine of self defence*, in *Kentucky Law Journal*, 1951, 3, 353 ss.; GREEN, *Societal concepts of criminal liability for homicide in medieval England*, in *Speculum*, 1972, 4, 669 ss.

¹⁴ Vd. KNOWLES, *The monastic order in England*, Cambridge, 2005; CROSS-LIVINGSTONE (a cura di), *The Oxford dictionary of the Christian Church*, Oxford, 2005.

¹⁵ GIFFIN-LOMBROZO, *Mens rea in moral judgment and criminal law*, in *The Oxford handbook of moral psychology*, a cura di Vargas-Doris, Oxford, 2022, 744 ss. (spec. 746). In precedenza, MUELLER, *Mens rea and the law without it. Rationale and the West Virginia rule*, in *West Virginia Law Review*, 1955, 1, 34 ss. (spec. 34-35).

¹⁶ NOYES, *Early causes and development of the doctrine of mens rea*, in *Kentucky Law Journal*, 1945, 4, 306 ss.

¹⁷ SAYRE, *Mens rea*, in *Harvard LR*, 1932, 45, 974 ss. (spec. 982-984).

¹⁸ Per un'opinione diversa, per la quale il diritto romano avrebbe scarsamente influito sull'evoluzione della *culpability*, vd. LÉVITT, *Origin of the doctrine of mens rea*, in *Illinois Law Review*, 1922, 17, 117 ss.

dolo e della colpa)¹⁹; nelle *Leges Henrici Primi* del 1118, così, comparve, forse per la prima volta, seppur limitatamente alla fattispecie di *perjury* (spergiuro), il riferimento esplicito, per l'appunto, alla *mens rea*²⁰, identificativa, in quella sede, del dolo.

Sotto il regno di Enrico II il Plantageneto (1154-1189), nell'ambito di una vasta riforma della giustizia penale, vennero eliminate le differenze sanzionatorie previste per l'omicidio volontario sopra descritte, con la conseguenza che, indipendentemente dalle circostanze, venne esclusa l'applicabilità del guidrigildo e stabilita la pena capitale, per impiccagione²¹, anche se il sovrano mantenne la prerogativa di concedere il *pardon*, non solo per le ipotesi di omicidio penalmente irrilevante (o, più esattamente, per quelle sanzionabili solo con la *forfeiture*)²², ma anche per gli illeciti più gravi²³; ciò fino del '300, allorché l'omicidio volontario venne sottratto *tout court* alla disciplina del *pardon*²⁴.

Nel XII secolo, l'*unintentional homicide* era, dunque, *unfelony*²⁵ e tale esclusione si estendeva, verosimilmente, al caso in cui il soggetto agente avesse agito pur in costanza della previsione dell'evento-morte, senza volerlo²⁶. Si tratta

¹⁹ Vd. BODENSTEIN, *Phases in the development of criminal mens rea*, in *The South African Law Journal*, 1919, 36, 323 ss.

²⁰ STROUD, *Mens rea or imputability under the law of England*, Toronto, 1914, 14; MCDERMOTT, *Mens rea*, in *Lewis and Clark Law Review*, 2021, 2, 607 ss. (spec. 616-617); nella dottrina italiana, vd. VINCI-GUERRA, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, 201.

²¹ Sulla politica, anche nel settore penale, di Enrico II, vd. RICHARDSON-SAYLES, *The governance of medieval England from the conquest to Magna carta*, Edinburgh, 1963, 251 ss.

²² Per esattezza, in quel periodo, i giudici pronunciavano il proscioglimento per le ipotesi in cui l'omicidio fosse stato cagionato alla presenza di una *justification*, mentre nelle altre, ovvero nei casi di carenza di dolo o della ricorrenza di *excuses*, il caso doveva essere sottoposto al sovrano, ai fini della concessione del *pardon*. Vd. GREEN, *The jury and the English law of homicide, 1200-1600*, in *Michigan LR*, 1976, 1, 413 ss. (spec. 419).

²³ KAYE, *Early history of murder and manslaughter*, in *Law Quarterly Review*, 1967, 33, 365 ss. (spec. 366-367).

²⁴ HOSTETTLER, *A history of criminal justice in England and Wales*, Portland, 2009, 69. A ciò seguirono, a partire dalla fine del '400, una serie di statuti che eliminarono i *benefits of clergy*, ovvero la immunità ecclesiastica, che in precedenza involgevano anche l'ipotesi dell'omicidio volontario, che venne definitivamente sottratto ad ogni tipo di *pardon*.

²⁵ Il termine "*felony*", originariamente, stava ad indicare la violazione da parte dei vassalli delle obbligazioni feudali nei confronti del *lord* e solo successivamente divenne sinonimo di reato e, in particolare, di illeciti puniti con la pena capitale. Sul punto vd. GOEBEL, *Felony and misdemeanor: a study in the history of criminal law*, cit., *passim*.

²⁶ GREEN, *The jury and the English Law of Homicide, 1200-1600*, cit., 420. In argomento, vd. anche WINFIELD, *The myth of absolute liability*, in *Law Quarterly Review*, 1926, 1, 37 ss., il quale ha rilevato

di un impianto che, nel suo complesso, rimase pressoché inalterato fino al XVI secolo (*infra*).

Attorno alla metà del secolo XIII venne, poi, alla luce il *De legibus et consuetudinibus Angliae*, dell'arcidiacono Henry de Bracton (1210-1268 circa), per il quale l'illecito avrebbe dovuto ritenersi la combinazione tra condotta intesa in senso materiale ed elemento psichico²⁷; più di preciso, secondo l'Autore, «un crimine non può essere commesso senza che vi sia la volontà di ledere»²⁸. Il che rafforzò l'idea che la responsabilità penale, perlomeno quella correlata a sanzioni diverse da quelle patrimoniali, non potesse essere ascritta in difetto della *mens rea* e, in particolare, del dolo²⁹.

Siffatta soluzione è stata riaffermata, successivamente, attraverso lo *Statute of Marlborough*, del 1267, dal quale è desumibile che l'omicidio *per infortunium* (termine assai vago ma, con ogni probabilità, da intendersi esteso ad ogni forma di colpa, indipendentemente dal *degree*) fosse *unfelony*³⁰; nel 1278, venne poi promulgato, ad opera di Edoardo I, lo *Statute of Gloucester*, che ebbe come scopo principale quello di sottrarre la giurisdizione ai signori feudali, accentrandola nelle mani del re, attraverso la previsione di un sistema di giustizia amministrato da magistrati itineranti; allo stesso tempo, lo Statuto stabilì che i casi di omicidio colposo o per *self defence* dovessero essere obbligatoriamente deferiti al sovrano, affinché venisse concessa la grazia³¹.

Nel medesimo *corpus* apparve, altresì, la locuzione “*malice aforethought*”

come a tutto l'XI secolo la distinzione tra i gradi della colpa fosse essenzialmente irrilevante nel settore del diritto penale.

²⁷ BAKER, *Tracing a thousand years of subjective fault as the fulcrum of criminal responsibility in common law*, in *Criminal Law Bulletin*, 2020, 1, 56 ss.

²⁸ In argomento, vd., di recente, MCILROY, *Christianity, mens rea and the boundaries of criminal liability*, in AA.VV., *Christianity and criminal law*, New York, 2020, 116 ss. Si tratta dell'esposizione dell'impostazione canonistica, risalente a Bernardo da Pavia e gli storici del diritto hanno sollevato dubbi che essa rispecchiasse i principi recepiti effettivamente dal *common law* inglese. Vd. DAVIS, *The development of negligence as a basis for liability in criminal homicide cases*, in *Kentucky Law Journal*, 1938, 3, 209 ss. (spec. 214).

²⁹ In ogni caso, ancora in quel periodo, nel caso di omicidio, come si è già evidenziato, la carenza del dolo non esentava dalla *forfeiture*. Vd. MILHIZER, *Justification and excuse: what they were, what they are and what they ought to be*, in *St. John's Law Review*, 2004, 3, 724 ss. (spec. 775-776).

³⁰ STEPHEN, *History of the criminal law of England*, cit., 36.

³¹ LACEY, *The politics of mercy: the use of royal pardon in fourteenth century in England*, York, 2005, 27, cui, più in generale, si rinvia per una diffusa analisi dell'istituto del *pardon*, impiegato in Inghilterra, con finalità assai variegata, nel corso del medioevo.

(tradotto letteralmente: “malizia deliberata”), rappresentativa di una delle forme di elemento psichico caratteristiche del *murder*, stando ad indicare, all’epoca, un’ipotesi di omicidio premeditato e connotato da particolari modalità d’azione, rappresentate dall’approfittamento di circostanze di tempo e di luogo³².

In questo periodo, inoltre, cominciò a formarsi la distinzione tra *criminal* e *tort law*, dal punto di vista procedurale e delle conseguenze dell’illecito, sebbene le due sfere fossero accomunate dall’idea dell’*infringement* dell’ordine pubblico imposto dal sovrano, in un sistema che già prevedeva la possibilità di cumulo delle responsabilità³³.

Successivamente, dagli *English Year Books*³⁴, che rappresentano l’unica rilevante fonte ricognitiva del diritto inglese dopo il lavoro di Bracton del ‘200, emerge l’importanza progressivamente assegnata alla *mens rea* nel contesto del *criminal law* e come, in effetti, il concetto di reato fosse strettamente correlato al dolo, a differenza della *tort law*, ove la responsabilità era agganciata anche alla colpa o a forme di responsabilità *sine culpa* (*strict liability*).

In ogni caso, a partire dal XIV secolo, si cristallizzò il convincimento che dovesse essere qualificato come omicidio volontario³⁵ il caso in cui la morte fosse occorsa per via del compimento da parte del reo di un *unlawful act* o, meglio, di un comportamento sostanzialmente illecito penale, nel qual caso l’evento non avrebbe potuto essere considerato come mero *accident* e relegato nella

³² PERKINS, *Re-examination of malice aforethought*, in *Yale LJ*, 1934, 4, 537 ss.

³³ SEIPP, *The distinction between crime and tort in the early common law*, in *Boston University Law Review*, 1996, 1, 59 ss. In argomento, vd. però BUTLER, *Even a compensation culture has its limits: arbitrating homicide in fifteenth-century England*, in *Journal of Legal History*, 2023, 2, 127 ss., che riferisce come, in realtà, fino al ‘400 fosse ancora assai diffusa in Inghilterra la prassi di risolvere le controversie derivanti da fatti considerati come reato e, in particolare, dell’omicidio attraverso accordi di natura privatistica, al di fuori dei canali istituzionali.

³⁴ Si tratta di collezioni di registrazioni giuridiche medievali, composte principalmente tra il XIV e il XVI secolo, contenenti resoconti dettagliati di casi giudiziari significativi. Esse venivano utilizzate come fonte di diritto comune e strumento di formazione e di consultazione per i giuristi. Gli *Year Books* contribuirono notevolmente al passaggio da una forma di *lex scripta* a quella consuetudinaria, costituita dal precedente, caratteristica del *common law*.

³⁵ In proposito, si deve tener conto della circostanza che nel medioevo fatti di violenza ed omicidio, in Inghilterra, erano all’ordine del giorno, come riferito da HANAWALT, *Violent death in fourteenth and early fifteenth century England*, in *Comparative Studies in Society and History*, 1976, 3, 297 ss. Il che giustifica l’enorme allarme sociale e, in qualche misura, l’imposizione dell’*harsh treatment*, attraverso la pena capitale. Vd. GREEN, *Social concepts of criminal liability for homicide in medieval England*, in *Speculum*, 1972, 3, 669 ss.

sfera del *tort*³⁶.

Su questa linea, Francis Bacon, alla fine del XVI secolo, rilevò come «tutti i crimini hanno come essenza un intento corrotto che trova il suo sfogo nella realizzazione di un particolare fatto; qualora il fatto non si ponga in linea con l'intento del malfattore, la legge non può concedere a tale soggetto alcun vantaggio dall'errore, di qualsiasi tipo esso sia»³⁷.

Questa soluzione venne sposata nell'*Herbert's case*, del 1558, in cui l'imputato fu condannato per *murder* per aver colpito accidentalmente, con esito fatale, con una pietra, un soggetto diverso da quello che si intendeva uccidere³⁸, nonché nel *Saunders' case*, del 1578, che ebbe pure ad oggetto un caso di *aberratio ictus*; in particolare, l'imputato, volendo uccidere la propria consorte, le aveva offerto una mela avvelenata che la donna, tuttavia, cedette alla figlia della coppia, la quale morì. Anche in quel caso, la corte, allora, sentenziò l'imputato per *murder*³⁹.

A partire dal '300 e fino al '500, l'*unintentional homicide* era, di fatto, considerato - ferma la *forfeiture* - penalmente irrilevante, anche nei casi definibili di *gross negligence*, con l'elargizione del *pardon* (che divenne, con tempo, una mera formalità)⁴⁰ o, addirittura, ancor prima, attraverso proscioglimenti *pre-trial*⁴¹. La ricorrenza del dolo veniva, inoltre, esclusa nel caso di omicidi commessi in stato emotivo o passionale, come nel caso *R. v. Robinson*, del 1576, ove l'imputato aveva addirittura inseguito il proprio aggressore dopo essere stato improvvisamente aggredito⁴².

Per la dottrina agli inizi del '600, l'*invohuntary homicide* era ancora da considerarsi penalmente irrilevante⁴³, mentre Michael Dalton, nel primo quarto del XVII secolo, rilevò come «se un soggetto commissiona ad un altro di picchiare la vittima e questa muore, anche chi ha dato l'ordine risponde per *mur-*

³⁶ MORELAND, *A rationale of criminal negligence*, in *Kentucky Law Journal*, 1943, 1, 1 ss. (spec. 3).

³⁷ BACON, *The elements of the common law of England*, London, 1596, 55.

³⁸ Su questo caso, vd. HORDER, *The duel and the English law of homicide*, in *Oxford JLS*, 1992, 3, 419 ss.

³⁹ La pronuncia è richiamata, *ex multis*, da ANYANGWE, *Criminal law. The general part*, Bamenda, 2017, 195.

⁴⁰ STEPHEN, *History of the criminal law of England*, cit., 38.

⁴¹ GREEN, *The jury and the English Law of Homicide, 1200-1600*, cit., 444 ss.

⁴² Il caso è riferito da BINDER, *Felony murders*, Stanford, 2012, 103.

⁴³ STEPHEN, *History of the criminal law of England*, cit., 49.

*der*⁴⁴. A quel tempo, dunque, si riteneva che ipotesi definibili, secondo la nomenclatura nostrana, come preterintenzionali, importassero, attraverso una vera e propria *fictio iuris*, una responsabilità di natura dolosa per l'evento-morte non voluto; inoltre, si è al cospetto di alcuni dei primi passaggi verso la sedimentazione di alcune forme di ascrizione "anomala" nella dinamica della compartecipazione criminosa (*infra*).

Nel *Third part of institutes of the laws of England*, risalente alla prima metà del '600, di Edward Coke, venne ribadito, poi, come "*actus non facit reum nisi mens rea*"⁴⁵; anche in quest'opera, però, l'omicidio volontario venne ritenuto esteso al caso in cui la morte fosse derivata dalla realizzazione da parte del reo di un *unlawful act*, nonché a quella in cui la morte fosse, più genericamente, occorsa a causa del compimento da parte del reo di un atto contrassegnato da *malice aforethought*, nonché da "*evil intent*"⁴⁶.

A tal proposito, l'Autore precisò: «se un uomo, sapendo che molte persone percorrono una strada dopo aver ascoltato un sermone, lancia una pietra oltre un muro con l'intenzione di spaventarli o di provocare delle lievi lesioni, ma un individuo rimane ucciso, questo è *murder*. Ciò in quanto il reo aveva cattive intenzioni, anche se la volontà non si estendeva alla morte. Non si tratta di una disavventura che, per quanto non sia prevista come reato, determina la *forfeiture*»⁴⁷.

In un contesto in cui la mancanza di indicazioni nei repertori circa gli orientamenti giudiziari non consente di ricostruire in maniera esaustiva la *law in action* e, quindi, in che misura il pensiero dell'Autore rispecchiasse effettivamente il diritto vivente all'epoca, ciò non di meno è chiaro, allora, come per la dottrina dell'epoca la responsabilità per omicidio doloso avrebbe potuto estendersi al caso della morte quale conseguenza del compimento di una condotta - pur se non penalmente rilevante - a base di rischio non consentito.

Al netto di ciò, l'impostazione sopra descritta, dunque, si riferiva (perlomeno) ad un vasto numero di ipotesi di *aberratio delicti*, determinando

⁴⁴ DALTON, *The country justice*, London, 1619, 225 ss.

⁴⁵ COKE, *Third part of institutes of the laws of England*, London, 1644 (spec. 47, in ordine all'omicidio).

⁴⁶ Sul punto, vd. SMITH, *The works*, vol. I, London, 1840, 406.

⁴⁷ COKE, *Third part of institutes of the laws of England*, cit., 57.

l'imputazione a titolo di dolo dell'evento-morte non voluto (secondo la linea della c.d. "*common law felony murder rule*", su cui vd. anche *infra*); trattasi di una soluzione che, evidentemente, era sospinta dall'impostazione spiccatamente moraleggiante del *criminal law* (con conseguente larga applicazione della logica del *versari in re illicita*), quanto da esigenze di prevenzione generale⁴⁸.

In quel periodo cominciò, comunque, a plasmarsi, distintamente dal *murder*, il concetto di *manslaughter* (omicidio colposo)⁴⁹, come dimostra il noto *Hull's case*, del 1664⁵⁰; in particolare, un operaio che stava lavorando sul tetto di un edificio ubicato nei pressi di una strada, dopo aver gridato "*stand clear*" (ovverosia "*state alla larga*"), aveva gettato nel vuoto una grossa pietra che colpì un altro lavoratore, uccidendolo. Nell'occasione, allora, il *defendant* venne mandato assolto in quanto la corte ritenne che il comportamento realizzato fosse conforme alla prassi e che la particolare ubicazione dell'edificio, prospiciente ad una strada poco affollata, dovesse indurre ad escludere che fossero stati violati, nel caso di specie, obblighi di *reasonable prudence*⁵¹.

⁴⁸ Su questo argomento, vd. BINDER, *The origins of American felony murders rules*, in *Stanford LR*, 2004, 57, 59 ss. L'Autrice, in particolare, ha rilevato, attraverso una puntigliosa disamina della casistica giurisprudenziale che, prima dell'indipendenza degli Stati Uniti dall'Inghilterra, gli unici casi rispondenti alla logica della *felony murder rule* sarebbero stati rappresentati da ipotesi di omicidio preterintenzionale, di *aberratio ictus* e di responsabilità concorsuale riconducibili, nel sistema nostrano, all'art. 116 c.p. In altri termini, scandagliando i repertori, non emergerebbero casi di condanna per omicidio volontario derivanti occasionalmente dal mero compimento di reati di base diversi dalle percosse o dalle lesioni. Il che ha spinto la studiosa a ritenere che l'estensione di tale costruito ad altre ipotesi fosse riconducibile esclusivamente alle teorizzazioni di alcuni studiosi inglesi, non potendo essere traslato negli ordinamenti statunitensi ove venne acquisita la tradizione di *common law*.

⁴⁹ Il vocabolo è il frutto della sincrasi tra i termini *man* (uomo) e *slaughter* (uccisione). La parola *murder*, invece, che significa omicidio, verosimilmente, deriva dalla lingua germanica e, in particolare, dal termine *Mord*. Quest'ultimo non dovrebbe essere associato (nonostante talune tesi contrarie sviluppate da alcuni medievalisti) alla parola "*murdrum*", di origine danese, in uso per indicare una sanzione patrimoniale che veniva applicata alle comunità locali nel caso in cui fosse stata rinvenuta nel loro territorio la salma di un danese ucciso da ignoti, che venne impiegata con lo scopo di tutelare gli invasori dalle aggressioni delle popolazioni autoctone. Si tratta di un istituto che venne conservato anche dai dominatori normanni e abolito solo nell'anno 1340. In argomento, vd. HAMIL, *Presentment of Englishry and the murder fine*, in *Speculum*, 1937, 3, 285 ss.; O'BRIEN, *From mordor to murdrum: the pre-conquest origin and Norman revival of the murder fine*, in *Speculum*, 1996, 2, 657 ss. Verosimilmente, dunque, il termine *murder* cominciò ad essere impiegato per definire *tout court* l'omicidio connotato da dolo dopo l'eliminazione dell'istituto sopra menzionato.

⁵⁰ Il caso è riferito, attingendo a testi antichi, tra gli altri, da FUNK JR., *The development of the doctrine of implied malice in the law of murder*, in *Kentucky Law Journal*, 1946, 2, 160 ss. (spec. 162).

⁵¹ Secondo HALLEVY, *The matrix of insanity in modern criminal law*, New York, 2015, 68, si tratterebbe

Nel *Rampton's case*, dello stesso anno, un uomo venne, invece, riconosciuto responsabile per *manslaughter* per aver ucciso la propria moglie; in particolare, l'individuo, dopo aver trovato in strada una pistola e aver ritenuto che essa fosse scarica, per scherzo puntò verso la propria consorte l'arma, che esplose, però, un colpo fatale⁵².

In ogni caso, si dispone di esigui precedenti, che non consentono di trarre conclusioni certe circa la disciplina e la punibilità dell'illecito colposo anche se, per la verità, sembra potersi concludere che il riferimento al concetto di *manslaughter* fosse impiegato, all'epoca, per indicare delle ipotesi non esattamente definibili come illeciti penali e, al più, sottoposte a forme di ablazione patrimoniale, seppur particolarmente estese.

La forte interconnessione tra morale e diritto penale, anche in quel periodo, trovò espressione, ancora, attraverso la (già citata) *felony murder rule*, nel particolare contesto del concorso di persone nel reato, come attesta il noto caso *R. v. Plummer*, del 1701. Più in dettaglio: allorquando un gruppo di individui erano impegnati in atti di contrabbando, uno di essi uccise volontariamente un terzo; sicché, essendosi per la corte il *murder* originato dal compimento di un *unlawful act*, tutti i contrabbandieri vennero condannati per omicidio volontario, secondo una logica assimilabile a quella connotante, in origine, il nostrano art. 116 c.p.⁵³

La valorizzazione *contra reum* del *wilful intent* correlato ad un *unlawful act* con conseguenze letali non previste e non volute dal soggetto agente divenne, dunque, un postulato dottrinale; anche William Hawkins sostenne, infatti, che «se accade che un uomo uccide un altro, la circostanza che il primo abbia agito coscientemente per realizzare un reato conduce a ritenere che questi debba essere giudicato colpevole di *murder*»⁵⁴. Per questo Autore, per di più, la mera previsione dell'evento, nel contesto dello svolgimento di attività *latu*

di un richiamo *ante litteram* alla *recklessness* quale minima forma di imputazione dell'omicidio. In realtà, per quanto meglio si preciserà da qui a breve, sembrerebbe più corretto, invece, il riferimento alla *gross negligence*.

⁵² Il caso è stato citato, tra gli altri, da PERKINS, *A rationale of mens rea*, in *Harvard LR*, 1939, 6, 905 ss.

⁵³ Sul caso, vd. MORRIS, *The felon's responsibility for the lethal acts of others*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1956, 1, 50 ss.; più di recente, STARK, *The demise of "parasitic" accessorial liability: substantive judicial law reform, not common law housekeeping*, in *Cambridge LJ*, 2016, 3, 550 ss.

⁵⁴ HAWKINS, *A treatise of the pleas of the Crown*, London, 1716, 86.

sensu illecite, avrebbe dovuto importare *ex se* l'addebito per *murder*, ovvero sia per omicidio volontario⁵⁵.

In *Pleas of the Crown*, opera postuma di Matthew Hale, venne associato al *murder* il concetto di *malice*, per indicare il dolo⁵⁶. Inoltre, in merito al concetto di *evil intent* correlato all'omicidio volontario, già evocato da Coke, lo stesso Hale affermò come esso si sostanziasse anche nella volontà di provocare una lesione alla persona offesa, con conseguente estensione della figura criminosa *de qua* all'omicidio preterintenzionale⁵⁷. Lo stesso Autore richiamò, altresì, in maniera oltremodo apodittica, il *manslaughter*, affermando come questo si configurasse nel caso in cui un soggetto avesse agito senza la "dovuta diligenza".

Ancora nel XVIII secolo, tuttavia (nel contesto di trattazioni dottrinali strutturate in maniera oltremodo frammentaria e casuistica, come si può desumere da quanto sopra riportato), l'omicidio colposo, certamente nei casi di *culpa levis*, era considerato penalmente irrilevante, per quanto è possibile dedurre anche nel volume di Michael Foster, dal titolo *Crown law*, del 1792⁵⁸, il quale, per il resto, ribadì come la disciplina del *murder* dovesse estendersi al caso in cui l'evento-morte scaturisse dalla realizzazione da parte del reo di un illecito penale, con conseguente applicazione della figura *de qua* all'*aberratio delicti*⁵⁹ (nel sistema inglese, invece, oggi, si fa riferimento al *murder* per ipotesi che coprono lo spettro dall'omicidio premeditato a quello preterintenzionale, con reato-base costituito dalle lesioni, nonché al "*constructive manslaughter*", o "*unlawful act manslaughter*", che rappresenta categoria generale che racchiude casi di omicidio aberrante)⁶⁰.

Foster, inoltre, facendo riferimento alla *malice aforethought*, affermò che det-

⁵⁵ HAWKINS, *A treatise of the pleas of the Crown*, cit., 74.

⁵⁶ HALE, *The history of pleas of the Crown*, London, 1736, 449.

⁵⁷ HALE, *The history of pleas of the Crown*, cit., 472.

⁵⁸ FOSTER, *Crown law*, London, 1792. Verosimilmente, la ritrosia dei legislatori inglesi rispetto alla criminalizzazione della colpa, in Inghilterra, può essere ricondotta ad una vasta serie di fattori. Tra di essi, con ogni probabilità, si deve annoverare l'incongruenza delle pene corporali rispetto a illeciti minori e, correlativamente, la tarda introduzione della pena carceraria, che si diffuse in maniera consistente, di fatto, solo agli inizi dell'800, con la costruzione dei primi istituti penitenziari.

⁵⁹ FOSTER, *Crown law*, cit., 258. Su questo tema, vd. PERKINS, *The law of homicide*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1946, 6, 391 ss. (spec. 401).

⁶⁰ Cfr. HERRING, *Criminal Law*, London, 2019, 160. Su questo istituto, vd. *infra*.

to concetto si riferisse al caso della morte «accompagnata da circostanze che sono i sintomi ordinari di uno spirito malvagio, depravato e maligno», potendo essere dedotta da elementi indicativi «dell'incuranza del dovere sociale e fatalmente incline al male»⁶¹. Ed è proprio da tale riferimento che, secondo alcuni studiosi, si sarebbe poi originato, attraverso percorsi oltremodo oscuri, il concetto di *recklessness*⁶².

Si voglia considerare che ci si è soffermati e si indugerà ancora, in questa sede, sull'omicidio in ragione della circostanza che, originariamente, nell'esperienza inglese, il concetto di *mens rea* è stato costruito, perlomeno in una certa misura, in relazione a singole fattispecie e, in particolare, proprio all'omicidio (ricavandosene, poi, costrutti di carattere generale, attraverso un metodo induttivo); del resto, come alcuni hanno osservato, è solo in ordine a tale fattispecie che, nella tradizione di *common law*, la *negligence* ha assunto una qualche rilevanza nel settore penale⁶³.

A quanto sopra riferito, circa l'evoluzione della disciplina dell'*homicide*, si aggiunga che, in Inghilterra, prima della *Independence War* e, precisamente, a metà del '700, si alimentò un'ondata di panico in ragione del numero di omicidi che si registrarono nel Paese e, in particolare, a Londra, che furono ampiamente trattati dalla stampa e che indussero il Parlamento al varo del *Murder Act*, in vigore dal 1752 fino al 1832, con il quale venne ribadito quanto già stabilito dal c.d. "*Bloody Code*"⁶⁴, ovvero sia che la sanzione per l'omicidio volontario fosse rappresentata dalla pena capitale, per impiccagione⁶⁵.

⁶¹ Nell'evoluzione del *common law* inglese, dunque, il termine *malice* ha mostrato un significato cangiante. In ogni caso, in prevalenza, la *malice* stava ad indicare per i giuristi inglesi del passato, genericamente, un'azione biasimevole dal punto di vista morale, per poi assumere, solo in epoca moderna, un significato più tecnico, correlato a condotte dolose. In argomento, vd. WEINREB, voce *Homicide. Legal aspects*, in *Encyclopedia of crime and justice*, diretta da Kadish, vol. II, New York, 1983, 855 ss. (spec. 857-858).

⁶² NORRIE, *Crime, reason, history: a critical introduction to criminal law*, London, 2001, 76.

⁶³ HERRING, *The duty of care in gross negligence manslaughter*, in *Criminal Law Review*, 2007, 1. 24 s; ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 2009, 185.

⁶⁴ Termine con il quale si indica il sistema penale inglese nel suo complesso, a partire dal XVII secolo; la locuzione è stata elaborata per stigmatizzare l'*harsh treatment* e la *capital penalty* prevista per una vasta serie di illeciti penali.

⁶⁵ In argomento, vd. TARLOW-BATTELL LOWMAN, *Harnessing the power of the criminal corpse*, Palgrave, 2018, 87 ss.

Allorquando, nel XVII secolo, cominciarono, poi, ad aver luogo le massicce migrazioni e la fondazione delle nuove colonie inglesi d'oltreoceano, venne importato in America anche il *common law*, che, tuttavia, si arricchì presto di caratteri propri, in ragione delle peculiarità di contesto, per poi progressivamente emanciparsi dalla matrice inglese⁶⁶.

In quell'epoca in Inghilterra (allorquando, comunque, imputabilità, *excuses* e *justifications* avevano già fatto registrare una maggiore evoluzione teorico-applicativa rispetto al passato), per Blackstone, l'*excusable homicide* era quello commesso *per infortunium* o *by misadventure*, o ancora commesso per legittima difesa. In particolare, le prime due ipotesi, per l'illustre studioso, si sarebbero verificate: «*where a man, doing a lawful act, without any intention of hurt, unfortunately kills another: as where a man is at work with a hatchet, and the head thereof flies off and kills a stander by; or, where a person, qualified to keep a gun, is shooting at a mark, and kills a man: the act is lawful, and the effect is merely accidental. But if he exceeds in the manner it is manslaughter*».

Quest'ultima figura, dunque, si sarebbe sostanziata nel caso di:

- realizzazione di un *unlawful act* e, più precisamente, di una condotta volontaria a base di rischio illecito (con esclusione di atti *ex se* penalmente rilevanti);
- del compimento di condotte gravemente disallineate rispetto a *standard* comportamentali esigibili, nel contesto di attività lecite, ovvero sia di ciò che, in seguito, verrà definita "*gross negligence*".

Il tutto, con l'eccezione di condotte connotate da *malice aforethought* (concetto, questo, associato genericamente al compimento volontario di atti penalmente rilevanti) e di comportamenti rischiosi assistiti da previsione dell'evento lesivo⁶⁷, nei quali casi, al ricorrere della morte del terzo, seguiva

⁶⁶ In argomento, vd. HAINES, *The American doctrine of judicial supremacy*, New York, 1914; HALL, *The common law: an account of its reception in the United States*, in *Vanderbilt Law Review*, 1951, 4, 791 ss.; STOEBUCK, *Reception of English common law in the American colonies*, in *William and Mary Law Review*, 1968, 10, 393 ss.; LUTZ (a cura di), *Colonial origins of the American Constitution: a documentary history*, Indianapolis, 1998.

⁶⁷ WEINREB, voce *Homicide. Legal aspects*, cit., 859; TURNER, *Kenny's outlines of criminal law*, Cambridge, 1966, 34.

l'imputazione per *murder*, punito con la pena capitale⁶⁸.

Talché, all'epoca, in Inghilterra, come mostrano le opere di William Blackstone (che correlò la *criminal liability* ad una genericissima “*vicious will*”) e di Foster, il dolo, per l'effetto di una forte influenza già *illo tempore* della morale sulla sfera del diritto criminale⁶⁹, finiva con l'abbracciare ipotesi che oggi, in Italia, possono essere ricondotte:

- all'omicidio preterintenzionale e alla disciplina dell'art. 586 c.p.;
- perlomeno all'esito della pronuncia della sentenza Thyssenkrupp⁷⁰, alla colpa con previsione e, in Inghilterra e Galles, alla luce del *dictum* della sentenza *R vs. Cunningham* [1957] 2 QB 396, alla *recklessness*, che rappresenta a sua volta categoria, attualmente, riconducibile alla colpa e, in riferimento all'omicidio, all'*involuntary manslaughter*⁷¹.

Ciò a seguito di un lungo percorso, sviluppatosi tra il XIX e la prima metà del XX secolo, in cui i termini *recklessness* e *negligence* furono oggetto di interpretazioni assai ondivaghe da parte delle corti, che nel complesso non avevano consentito di approdare a soluzioni interpretative univoche in ordine alla definizione di suddetti concetti e, conseguentemente, ai rapporti tra colpa, *recklessness* e dolo⁷².

Verosimilmente, il termine *recklessness* cominciò ad acquisire, invece, il significato di una forma di colpa particolarmente grave, perché accompagnata dalla previsione del rischio di verificazione dell'evento, sulla base di richiami statutari generici, solo con una serie di pronunce di fine '800 e, in particolare, con *Derry v. Peek* (1889) 14 App.Cas. 337, intervenuta nel contesto della *tort*

⁶⁸ Vd. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, vol. IV, Oxford, 2016 (rist. 1769), 176 ss.

⁶⁹ Secondo una linea di fondo condivisa nel contesto scozzese da HUME, *Commentaries on the law of Scotland, respecting trial for crimes*, Edinburgh, 1797.

⁷⁰ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn.

⁷¹ HORDER, *Aschworth's principles of criminal law*, Oxford, 2016, 302; THOMAS, *Criminal law*, Saltford, 2020, 114-119. Su questi temi e per riferimenti al contesto in disamina, vd., di recente, DE LIA, *Il paziente inglese. La responsabilità sanitaria nel Regno Unito*, in *Ambiente Diritto*, 2023, 16, 123 ss. (spec. 142 ss).

⁷² STARK, *Culpable carelessness: recklessness and negligence in Scots and English Law*, Edinburgh, 2011, 63 ss. Sugli sviluppi storici di *negligence* e *recklessness* fino agli anni '80 dello scorso secolo, vd. anche ROBINSON, *A brief history of distinctions in criminal culpability*, in *Hastings Law Journal*, 1980, 4, 815 ss. L'Autore, peraltro, ha concluso la propria autorevole analisi rilevando che, in realtà, i concetti moderni di *negligence* e *recklessness* e, soprattutto, la linea di demarcazione tra di essi non possano essere ricondotti, se non attraverso forzature, alla tradizione del *common law* inglese.

*law*⁷³. Si tratta, però, di un percorso oltremodo accidentato, atteso che prima della sentenza *Cunningham*, sopra richiamata, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza inglese il termine *recklessness* continuò ad essere impiegato anche con riferimento al dolo ma altresì ad ipotesi di colpa particolarmente grave, ma non associata alla previsione del rischio e dell'evento⁷⁴.

Quanto al panorama statunitense, cui ci si rivolgerà nei prossimi paragrafi, occorre segnalare, sin d'ora, una sostanziale "idiosincrasia" del diritto penale statunitense rispetto alla configurabilità della responsabilità colposa⁷⁵ che, verosimilmente, deriva da tre principali fattori:

- dalla sostanziale estraneità della *negligence* - come si è avuto modo di illustrare - alla tradizione di *common law*;
- dalla *liberal idea*, ovverosia dalla forte enfasi sulla libertà individuale e sulla corrispondente limitazione dell'intervento statale⁷⁶ ma, soprattutto, dalla circostanza che la colposa si lega alle attività a rischio consentito, tanto che la prospettiva dell'eccessiva presenza del diritto penale in questi settori fa temere ai decisori pubblici il c.d. "*chilling effect*"⁷⁷;
- dalla forte compenetrazione tra il diritto penale statunitense e morale (specie nelle teorie c.d. "retributiviste"⁷⁸, su cui anche *infra*), con la conseguenza che l'ordinamento tende a criminalizzare soprattutto le condotte connotate da più spiccata *blameworthiness*, ossia quelle dolose⁷⁹.

Sebbene, allora, le esigenze di prevenzione nell'era contemporanea, in cui si sono implementati i rischi derivanti dall'urbanizzazione, dalle attività produttive e dalla tecnologia, abbiano condotto alla progressiva introduzione a sistema di fattispecie colpose⁸⁰, si tratta ancor oggi di opzioni di politica crimina-

⁷³ GOODERSON, *Criminal law. Meaning of "reckless"*, in *Cambridge LJ*, 1959, 1, 19 ss.

⁷⁴ HALL, *General principles of criminal law*, Indianapolis, 1960, 125.

⁷⁵ Vd. CADOPPI, voce *Mens rea*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 618 ss. (spec. 629-631).

⁷⁶ Su questi temi, nella sterminata letteratura, vd. NOZICK, *Anarchy, State, utopia*, New York, 1974; EPSTEIN, *Crime and tort: old wine in new bottles*, in *Assessing the criminal: restitution, retribution, and the legal process*, a cura di Barnett-Hagel III, Cambridge, Massachusetts, 1977, 231 ss.; COFFEE JR., *Does "unlawful" mean "criminal"? Reflections on the disappearing tort/crime distinction in American law*, in *Boston University Law Review*, 1991, 71, 193 ss.

⁷⁷ DUFF, *The realm of criminal law*, Oxford, 2018, 327.

⁷⁸ Vd. PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1258 ss.

⁷⁹ Vd. PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, 1968, spec. 62-70.

⁸⁰ Vd. le precoci osservazioni di SAYRE, *Public welfare offenses*, in *Columbia Law Review*, 1933, 1, 55

le controverse, tanto è vero che molti studiosi hanno sostenuto che i legislatori (nonché le corti) dovrebbero considerare l'imputazione per *negligence* uno strumento da governare con particolare parsimonia⁸¹.

2. *La "codificazione" della colpa: recklessness e negligence.* Occorre sottolineare che, nel XVII secolo, le colonie inglesi attinsero a piene mani dal *common law* della madre patria, tanto è vero che i volumi di Blackstone divennero il punto di riferimento per tutti i giuristi statunitensi⁸².

Tuttavia, la questione dell'applicazione del *common law* nell'America coloniale è assai articolata: per molti territori d'oltremare, durante la dominazione inglese, peraltro, vennero emanati dei *charters*, che autorizzarono le autorità locali a promulgare proprie leggi, che in quell'epoca condussero a limitare il ricorso alla *death penalty*, assai ampio, invece, in Inghilterra⁸³; nelle colonie non appartenenti alla Corona inglese vennero introdotti sistemi giuridici autonomi, come in Louisiana, ove era in uso il diritto francese (due anni dopo l'annessione, avvenuta nel 1803, venne poi recepito il sistema di *common law*)⁸⁴; soltanto in alcune giurisdizioni, come il South Carolina, si dichiararono espressamente applicabili *tout court* il *common law* nonché gli statuti inglesi⁸⁵. In ogni caso, è opinione diffusa, come già si è rimarcato, che il *common law* inglese abbia rappresentato la fonte primaria del diritto nell'America coloniale. Tanto è vero che alcuni Stati, come ad esempio il Mississippi, acquisirono *in toto* proprio la disciplina inglese relativa all'omicidio e l'impostazione di

ss.; più di recente, CHAN-SIMESTER, *Four functions of mens rea*, in *Cambridge LJ*, 2011, 2, 381 ss.

⁸¹ GARFIELD, *A more principled approach to criminalizing negligence: a prescription for the legislature*, in *Tennessee Law Review*, 1998, 65, 875 ss.

⁸² MUELLER, *Crime, law, and the scholars: a history of scholarship in American criminal law*, Washington, 1966, 19.

⁸³ In argomento, vd. CHAPLIN, *Criminal justice in colonial America (1606-1660)*, Athens, 1983, *passim*. Ad esempio, per i *charters* promulgati per il Rhode Island, vd. STAPLES, *History of the criminal law of Rhode Island*, in *Archive*, 1853, 2, 1 ss., che sviluppa anche un'interessante disamina dell'impatto dell'introduzione delle strutture carcerarie sulle caratteristiche del sistema punitivo di quello Stato. Per un'analisi relativa al *criminal law* coloniale in Virginia, ove peraltro venne adottato un sistema di "doppio binario", con norme penali *ad hoc* per gli schiavi, vd. DAVIS, *Crime and its punishment in colonial Virginia, 1607-1776*, Williamsburg, 1937.

⁸⁴ WIGMORE, *Louisiana: the history of its legal system*, in *Southern Law Quarterly*, 1916, 1, 1 ss.; HORSMAN, *Law and empire in Louisiana*, in *Reviews in American History*, 1975, 4, 448 ss.

⁸⁵ ELY JR., *American independence and the law: a study of post-revolutionary South Carolina legislation*, in *Vanderbilt Law Review*, 5, 1973, 939 ss.

Blackstone⁸⁶; già nel '600, negli statuti di molte colonie cominciò, allora, ad apparire il termine *malice*, come ad esempio in quello del New Hampshire, del 1716, ove si stabilì che l'omicidio volontario, commesso con *premeditated malice*, dovesse essere punito con la pena capitale. In alcune colonie, inoltre, vennero introdotti statuti di maggiore estensione, come ad esempio la *Great Law* del 1682 in Pennsylvania, che puntò sulla pena della reclusione per gli illeciti diversi da quelli più gravi, associati alla *death penalty*⁸⁷.

A seguito dell'indipendenza dall'Inghilterra, i neocostituiti *States*, però, continuarono, non senza animate discussioni⁸⁸, a perpetrare la tradizione di *common law* inglese e, soprattutto, la sua logica (quella del *judge-made law*)⁸⁹ anche se, in diversi Stati federati, pian piano, vennero coniate normative proprie più ampie, come ad esempio in Pennsylvania.

Qui venne approvata, nel 1776, una costituzione che impose al legislatore una profonda revisione del sistema penale, cui seguirono alcuni interventi riformativi, tra cui, in tema di omicidio volontario (*murder*), lo "spacchettamento" tra quello di primo grado - configurabile nel caso di premeditazione o del ricorrere di particolari circostanze aggravanti, punito con la morte - e di secondo grado, sanzionato con la reclusione fino ad un massimo di ventuno anni e coi lavori forzati. Il tutto secondo schema che, successivamente, venne fatto proprio da molti altri Stati americani⁹⁰.

Quanto al termine "*felony*", esso venne impiegato per indicare le fattispecie che erano classificate come tali nel *common law* inglese, con l'aggiunta delle ulteriori ipotesi così definite dagli statuti locali, non tutte sanzionate con la pena capitale⁹¹.

Agli inizi dell'800, negli *States* si verificò, poi, un fermento degli ideali democratici, che sospinsero a innumerevoli riforme anche nel settore penale; si svi-

⁸⁶ HOFFHEIMER, *Murder and manslaughter in Mississippi: unintentional killings*, in *Mississippi Law Journal*, 2001, 1, 35 ss.

⁸⁷ BARNES, *The criminal codes and penal institutions of colonial Pennsylvania*, in *Bulletin of Friends' Historical Society of Philadelphia*, 1922, 1, 3 ss.

⁸⁸ POUND, *The formative era of American law*, New York, 1950, 107.

⁸⁹ HALL, *Criminal law and procedure*, Boston, 2023, 27.

⁹⁰ SIMON, *How should we punish murder*, in *Marquette Law Review*, 2011, 94, 1241 ss. (spec. 1245). Per una veloce disamina, nella manualistica, vd. LAFAVE, *Principles of criminal law*, St. Paul, 2017, 68 ss.

⁹¹ BISHOP, *Commentaries on the criminal law*, Boston, 1882, 376.

luppò, in particolare, il proposito di ripartire gli illeciti penali in fattispecie di particolare gravità, punibili con la pena capitale⁹², da altri *felonies*, che giustificavano il *long time imprisonment*, nonché, ancora, da *lesser crimes*, in cui la pena della reclusione avrebbe potuto essere impiegata come strumento per operare un minimo richiamo all'obbedienza della legge⁹³.

Inoltre, la diffusione in America delle idee di Jeremy Bentham e, in particolare, quella del passaggio da un sistema di tradizione orale (o prevalentemente tale) alla *lex scripta*, espresse in *The theory of legislation* (del 1802), sospinsero molti Stati, tra cui quello di New York, ad attuare un processo di codificazione più esteso e ambizioso rispetto alle iniziative statutarie che erano state intraprese in passato, che si erano focalizzate soltanto su alcuni settori.

In particolare, proprio nei *New York Revised Statutes* (1829), che rappresenta una delle più ragguardevoli iniziative codificatorie del XIX secolo negli *States*⁹⁴, venne impiegato il termine *felonies* per indicare tanto gli illeciti puniti con la pena capitale quanto quelli sanzionati con la detenzione *intra moenia* per la durata di oltre un anno, mentre per i restanti venne utilizzato il termine *misdemeanour* (che deriva dalla fusione del prefisso *mis*, che sta a significare sbagliato, con il sostantivo *demeanour*, ovvero sia comportamento), secondo un impianto che venne presto sposato da molti altri Stati federati (Michigan, Wisconsin, Minnesota e California) e, molti anni dopo, anche dal *Model Penal Code* (su cui, *infra*).

Ciò nonostante, si era ancora ben lungi dall'idea di *corpora* normativi completi ed organici, idonei a fornire, specie sugli istituti di parte generale, delle indicazioni univoche in sede applicativa; talché il campo aperto lasciato alla giurisprudenza e alla formulazione di teorie dottrinali.

A tal ultimo riguardo, si rammenta che nel suo *master piece*, *The common law*, del 1881, Oliver Wendell Holmes si riferì alla *negligence liability* come

⁹² In un contesto abbastanza agitato, in quanto già all'epoca una parte dell'opinione pubblica nonché numerosi politici e giuristi avevano sollecitato l'abolizione della *death penalty*. In argomento, vd. TRESS, *Unintended collateral consequences: defining felony in the early America Republic*, in *Cleveland State Law Review*, 2009, 3, 461 ss. (spec. 473).

⁹³ DANE, *A general abridgement and digest of American law with occasional notes and comments*, Boston, 1823, *passim*.

⁹⁴ EMERY, *New York's statutory Bill of Rights: a constitutional coelacanth*, in *Touro Law Review*, 2015, 2, 363 ss. (spec. 376).

ad un sacrificio imposto alla libertà del singolo al fine di perseguire degli interessi generali (il che attesta, ulteriormente, l'idiosincrasia dei sistemi anglo-americani alla colpa come forma di responsabilità penale, ma nel contempo l'assonanza della criminalizzazione della colpa con l'utilitarismo. Vd. *infra*) e richiamò il termine *reckless* unitamente a quello di *negligence*, come se l'uno (concepito in termini di carenza di attenzione e non di previsione dell'evento) esplicasse il significato dell'altro⁹⁵.

Nel contempo, si può desumere dagli esempi sviluppati dall'Autore che questi ritenesse che se *da un lato* la responsabilità colposa fosse configurabile soltanto in casi di *gross negligence* (al ricorrere, cioè, di situazione di elevato rischio di lesione, di piana prevedibilità dell'evento e di rilevante discostamento tra condotta realizzata e dovuta), *dall'altro* il confine tra colpa e dolo avrebbe dovuto essere tracciato soprattutto facendo leva sull'elemento cognitivo piuttosto che su quello volitivo, nonché sull'entità del rischio, dovendosi, quindi, qualificare come *murder* la condotta del soggetto che facesse esplodere un barile pieno di polvere da sparo in una strada frequentata dai passanti, indipendentemente, osservò Holmes lapidariamente, dalla circostanza che l'evento morte, pur preveduto, non fosse affatto voluto dal soggetto agente.

Chiaramente, si tratta di tesi che – proprio in ragione dell'autorevolezza della fonte – mostrano come il dibattito dell'epoca fosse ancora molto distante dagli approfondimenti teorici sviluppati sul tema negli anni a venire, specie in Italia e in Germania, ma anche in Inghilterra e negli Stati Uniti; fatto è che, leggendo Holmes e tirando le somme, è possibile rilevare come alla fine del XIX secolo, negli *States*, il concetto di *recklessness* apparisse legato alla *negligence* e, nel contempo, non correlato alla previsione dell'evento che, invece, avrebbe determinato, tendenzialmente, così come in Inghilterra, la responsabilità dolosa in capo al reo.

Come verrà illustrato nel prossimo paragrafo, solo dopo la metà del '900⁹⁶ il concetto di *recklessness* è stato collocato, in maniera abbastanza univoca, nell'alveo della colpa, come espressione, per l'appunto, della (grave) violazione di una regola comportamentale, della creazione di un rischio non consen-

⁹⁵ HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 48 ss.

⁹⁶ Vd., infatti, la giurisprudenza riportata da MORELAND, *A rationale of criminal negligence*, cit.

tito e, allo stesso tempo, della previsione della verifica dell'evento lesivo, non voluto dal soggetto agente. *Id est*, una forma di colpa con previsione.

La risposta al quesito di come si sia giunti, partendo dal “diritto ai tempi di Holmes”, ad una così radicale trasformazione di siffatta nozione – che rappresentò in questo lungo lasso temporale una *critical component of the mental state analysis in criminal law*⁹⁷ – è impresa assai ardua. Sul punto si è anche osservato che la *recklessness*, quale forma di “*negligence-plus*”, difficilmente distinguibile dal concetto di *knowingly* (che rappresenta, a sua volta una sorta di “*recklessness-plus*”), si sarebbe inserita in un’articolata evoluzione dell’approccio all’omicidio, tesa a differenziare il trattamento sanzionatorio per il più grave dei crimini previsti dall’ordinamento, pur a fronte delle difficoltà che attengono all’impiego delle categorie generali, poiché «*of course judge and jurors cannot get inside the criminal’s minde to see what he intended at the time of his crime*»⁹⁸.

Ciò nonostante, fino alla metà del secolo scorso, i legislatori degli Stati americani non attuarono riforme volte all’introduzione di norme definitorie a carattere generale sulla *culpability*, alimentando, conseguentemente, dubbi e confusione in sede applicativa⁹⁹.

Volgendo, infatti, lo sguardo al panorama giurisprudenziale e, in particolare, ad alcuni pronunciamenti intervenuti nel XIX secolo, si è notato come le corti americane tendessero, all’epoca, ad individuare il “limite inferiore” della *mens rea* nella *gross negligence*, richiamando talora il concetto di “*wilful rashness*” (letteralmente “consapevole avventatezza”) per indicare una forma di colpa grave. «Non di meno, la confusione terminologica precluse una chiara enunciazione del termine *recklessness*. La relazione con la consapevolezza del pericolo non venne chiarita e, non di rado, si trattava la consapevolezza del rischio in termini di dolo. I casi giudiziari rivelano solo alcune intuizioni sul concetto di *recklessness*»¹⁰⁰.

⁹⁷ RAPP, *The wreckage of recklessness*, in *Washington University Law Review*, 2008, 1, 111 ss. (spec. 113).

⁹⁸ SHEN E AL., *Sorting guilty minds*, in *New York University Law Review*, 2011, 86, 1306 ss. (spec. 1314).

⁹⁹ H. WECHSLER, *The challenge of a Model Penal Code*, in *Harvard LR*, 1952, 7, 1097 ss.

¹⁰⁰ HALL, *General principles of criminal law*, cit., 126-127.

Verosimilmente, allora, una “svolta definitoria” venne determinata, anche in America, dalle evoluzioni della *tort law*, atteso che il (primo) *Restatement of Torts*, del 1934, redatto dall’*American Law Institute*, al § 500, in ordine alla *recklessness*, prevedeva che: «*the actor’s conduct is in reckless disregard of the safety of another if he intentionally does an act or fails to do an act which it is his duty to the other to do, knowing or having reason to know of facts which would lead a reasonable man to realize that the actor’s conduct not only creates an unreasonable risk of bodily harm to the other but also involves a high degree of probability that substantial harm will result to him*».

Tale disposizione, infatti, individuò alcuni caratteri contemporanei della *recklessness*, sebbene la locuzione “*having reason to know*” indicasse un’ipotesi alternativa alla concreta conoscenza del rischio, ovvero sia ad una forma di colpa con previsione.

Nell’approcciare il concetto di *recklessness*, nel settore penale, la giurisprudenza, negli anni ’40, comunque, cominciò ad imprimere a tale termine, seppur sporadicamente e con motivazioni non del tutto chiare, il significato della colpa assistita dalla effettiva *awareness of the risk*; valga, in proposito, richiamare la sentenza *People v. Young*, 20 Cal.2d 832, 129 P.2d 353 (Cal. 1942), pronunciata dalla Corte suprema della California in un caso di infortunistica stradale, con la quale si statui che: «il termine statutario *wilful misconduct* non sta ad indicare una mera intenzionalità della condotta, bensì un agire volontario con la consapevolezza che eventi lesivi a carico di terzi sono probabili. La condotta sanzionata è quella del soggetto *recklessly ignoring the safety of the others*. La locuzione *wilful misconduct* è sinonimo del termine *reckless*».

Talché, in conclusione, il panorama attuale, piuttosto che ad una tradizione, tanto meno di *common law* inglese, o a univoche evoluzioni giurisprudenziali, si deve, soprattutto, all’inventiva dei giuristi dell’*ALI*, anche quelli che parteciparono al progetto del *Model Penal Code*, i quali cercarono di «orchestrare il rumore della colpevolezza per trasformarlo in un sistema organico e fruibile, realizzando ciò che alcun legislatore aveva, di fatto, mai tentato di fare prima»¹⁰¹.

¹⁰¹ SHEN E AL., *Sorting guilty minds*, cit., 1316. Il tutto forgiando le nozioni generali di *recklessness* e *negligence* che vennero presto recepite dalla dottrina. Vd. BRADY, *Recklessness, negligence, indiffer-*

2.1. *Le previsioni del Model Penal Code.* Risale all'anno 1962 il varo, da parte dell'*American Law Institute (ALI)*, del *Model Penal Code (MPC)* che, con il proposito di omogeneizzare i sistemi penali dei vari Stati federati (che vantano ampia libertà nelle scelte di criminalizzazione, fermi i limiti imposti a livello costituzionale-federale), ha avuto l'effetto di influenzare profondamente le opzioni attuate dai vari legislatori americani, nonché l'interpretazione del diritto penale nelle varie giurisdizioni¹⁰².

I *culpability levels* previsti, in termini generali, dal *MPC* sono rappresentati dall'*acting purposely* (corrispondente all'*intent*, ossia secondo quello che, nel nostro ordinamento, potrebbe definirsi come dolo intenzionale), *knowingly* (che rappresenta una categoria che abbraccia forme di dolo diretto di secondo grado ed eventuale¹⁰³, in termini di "accettazione dell'evento" collaterale, con l'aggiunta, per lo meno secondo la giurisprudenza, dell'ipotesi della c.d. "*wilful blindness*", ovverosia della situazione in cui il soggetto in qualche modo percepisce il rischio della verificazione dell'evento ma, ciò nonostante, "chiude gli occhi")¹⁰⁴ nonché, per l'appunto, *recklessness* e *negligence*.

In particolare, il § 2.02(2) del *MPC*, alla lettera c), stabilisce che «una persona agisce con *recklessness* laddove questa, rispetto ad un elemento costitutivo del reato, agisca con la consapevolezza di un sostanziale e ingiustificabile rischio che detto elemento esiste o risulterà come effetto della sua condotta. Il rischio deve essere di tale natura e grado che, considerando la natura e il proposito perseguito dal reo e le circostanze da questi conosciute, la sua violazione implica una rilevante deviazione dallo *standard* di condotta che una persona coscienziosa avrebbe osservato laddove si fosse trovata nei panni del reo medesimo».

ence, and awareness, in *The Modern Law Review*, 1980, 4, 381 ss.

¹⁰² Vd. KADISH, *Fifty years of criminal law: an opinionated review*, in *California LR*, 1999, 4, 943 ss. (spec. 947-948); ROBINSON-DUBBER, *The American Model Penal Code: a brief overview*, in *New Criminal Law Review*, 2007, 3, 319 ss. Con particolare riferimento alle previsioni relative all'elemento psichico, vd. ENGLAND, *Stated culpability requirements*, in *Rutgers University Law Review*, 2022, 74, 1213 ss. In ogni caso, si deve osservare che il *MPC* non ha accolto l'idea della ripartizione in *degree* del *murder*, proponendo, invece, la previsione di *aggravating* e *mitigating factors*.

¹⁰³ Queste rappresentano categorie sostanzialmente sconosciute nel panorama statunitense.

¹⁰⁴ In argomento, vd. anche *infra*.

Nella successiva lettera d), invece, la *negligence* è stata così definita: «un soggetto agisce negligenemente riguardo ad un elemento previsto dalla fattispecie di reato quando egli dovrebbe essere a conoscenza del rischio sostanziale e ingiustificabile che il medesimo elemento esiste o che esso potrebbe derivare dalla condotta tenuta dal reo. Il rischio deve essere di tale natura e grado che la mancata percezione dello stesso da parte del reo, considerando la natura e lo scopo sottendente al suo comportamento nonché tutte le circostanze da lui conosciute, si estrinseca in una rilevante deviazione dallo *standard* di attenzione che una *reasonable person* avrebbe osservato nella situazione in cui si è venuto a trovare il reo medesimo».

Sebbene, allora, entrambe le definizioni, particolarmente prolisse, non sembrano brillare per la tecnica normativa impiegata, la dottrina ha ben sottolineato come il riferimento al “*conscious disregard*” per la *recklessness* e l’utilizzo, rispetto alla *negligence*, della locuzione “*should have been aware of the risk*”, siano indicative della circostanza che il fondamentale elemento di distinzione tra le due figure sia costituito dalla previsione del rischio/evento, caratteristica soltanto della condotta *reckless*¹⁰⁵.

Per il resto, in un commentario al *MPC* elaborato negli anni ‘80 dall’*ALI*¹⁰⁶, si è rilevato come, nella *recklessness* le probabilità di verificazione dell’evento debbano essere inferiori alla certezza e che l’interprete debba considerare, nella valutazione dell’elemento psichico, il punto di vista del soggetto agente. Si è soggiunto che la “*awareness*” si dovrebbe intendere estesa alla condotta *contra ius* così come al rischio e all’evento, quale elemento costitutivo delle singole fattispecie incriminatrici.

Quanto ai termini *substantial* e *unjustifiable*, nelle note si è rilevato, in maniera oltremodo sibillina, come si tratterebbe di requisiti che attengono al grado del rischio, osservandosi, altresì, che tali elementi dovrebbero essere esclusi, ad esempio, nel caso del chirurgo che esegua un intervento particolarmente rischioso per la salute del paziente, laddove, però, detto intervento risultasse l’unica scelta attuabile per tutelare l’integrità psico-fisica del malato.

¹⁰⁵ BRADY, *Conscious negligence*, in *American Philosophical Quarterly*, 1996, 3, 325 ss.

¹⁰⁶ Che è reperibile, nello stralcio attinente all’argomento trattato in questa sede, proprio sul sito *web* dell’ente, all’indirizzo https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf.

Inoltre, si è evidenziato che la responsabilità per *recklessness* potrebbe configurarsi solo allorquando, in ogni caso, considerata la situazione in cui si sia venuto a creare il soggetto agente, la condotta da questi realizzata sia giudicabile come particolarmente distante da quella che avrebbe tenuto, trovandosi al posto suo, la *law-abiding person* (ovverosia la persona rispettosa della legge).

Quanto alla *negligence*, l'*ALI* ha rimarcato che la caratteristica principale di tale forma di responsabilità sarebbe rappresentata, per l'appunto, dalla mancata percezione, da parte del soggetto agente, del rischio di inveramento dell'evento. Allo stesso tempo, l'addebito, in questo caso, presupporrebbe una *gross deviation from the care* esigibile da una *reasonable person* che si fosse trovata nella medesima situazione, poiché solo in tale evenienza la *negligence* sarebbe definibile come "*criminal*" o "*culpable*", in quanto di grado superiore a quella ordinariamente prevista nel settore della *tort law*.

In merito ai criteri per determinare la sussistenza di tale elemento psichico, si è rilevato come questo vada valutato, almeno tendenzialmente, in maniera oggettiva, ovverosia, si potrebbe rilevare, sulla base dell'*homo eiusdem*, anche se si è sottolineato come fosse volontà della commissione nominata dall'*ALI* non quella escludere *a priori* la rilevanza di elementi soggettivi particolari, caratteristici della persona del reo, bensì di suggerire ai legislatori statunitensi che la ponderazione di siffatti elementi dovrebbe essere rimessa alle giurie, che dovrebbero operare secondo "buon senso".

Vi è da notare, inoltre, che nel *MPC* il *manslaughter* è di due diverse tipologie: *voluntary*, nel caso di omicidio realizzato in presenza di alterazioni mentali dovute a provocazione o stati passionali, e *involuntary*, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia agito, per l'appunto, con *gross negligence* (vd. § 210.4) o con *recklessness* (vd. § 210.3).

In ordine alla scelta di criminalizzazione della *negligence*, particolarmente dibattuta nel contesto anglo-americano (vd. *infra*), nonché rispetto alle prospettive dottrinali secondo le quali la colpa esigerebbe il *treatment* (ovverosia misure *ad hoc*, finalizzate alla rieducazione) piuttosto che il *punishment* (ovverosia l'applicazione di sanzioni penali "classiche"), l'*ALI* ha osservato, infine, come l'obiettivo rieducazionale (e, conseguentemente, quello preventivo

speciale) ben potrebbe e dovrebbe essere perseguito attraverso lo strumentario penale che, per di più, rivestirebbe una irrinunciabile funzione in termini di prevenzione generale.

2.2. *Il panorama delle scelte attuate dai singoli legislatori.* Seppure alcuno degli Stati federati abbia riprodotto *verbatim* le definizioni del *MPC*, circa la metà di essi hanno adottato formulazioni assai simili, che innestano la differenza tra *negligence* e *recklessness* in ragione della *risk awareness*, caratteristica di quest'ultima¹⁰⁷.

Negli altri Stati si registrano, invece, alcune peculiarità. Ad esempio:

- in Colorado le definizioni di *negligence* e *recklessness* ricalcano il *MPC*, ma per entrambe non è specificato che la condotta, per essere punibile, debba essere particolarmente distante dallo *standard* ideale¹⁰⁸;
- in Kentucky ciò che nel *MPC* è *recklessness* è “*wantonness*”, mentre la *negligence* di cui al *MPC* medesimo è chiamata “*recklessness*”¹⁰⁹;
- in Montana il concetto di *negligence* è onnicomprensivo ed abbraccia anche la *recklessness*, che si sostanzia a sua volta nel caso in cui il soggetto abbia agito con la previsione dell'evento¹¹⁰;
- in Louisiana il legislatore ha definito la *negligence* in maniera conforme al *MPC*¹¹¹, ma non si è avuto cura di elaborare, a livello generale, il concetto di

¹⁰⁷ Si tratta di Alabama (Ala. Code §§ 13A-2-2, nn. 3 e 4), Alaska [AS § 11.81.900(a), nn. 3 e 4], Arizona [ARS § 13-105.10 lett. c) e d)], Arkansas (AR Code § 5-2-202, nn. 3 e 4), Connecticut (CT Gen Stat § 53a-3, nn. 13 e 14), Delaware [Del. Code tit. 11 § 231, lett. a) ed e)], Hawaii (HRS § 702-206, nn. 3 e 4), Illinois (ILCS, 720, §§ 5-4/6 e 5-4/7), Maine (MRSA, 17-A § 35, nn. 3 e 4), Missouri (VAMS § 562.016, nn. 4-5), New Hampshire [NH Rev Stat § 626:2, II, lett. c) e d)], New Jersey [NJRS § 2C:2-2, lett. b), nn. 3-4], New York (NYPL § 15.05, nn. 3 e 4), North Dakota [ND Cent. Code § 12.1-02-02, n. 1, lett. c) e d)], Oregon (ORS § 161.085, nn. 9 e 10), Pennsylvania [18 PA CS § 302, lett. b), nn. 3-4], Tennessee (TCA § 39-11-302, nn. 3 e 4), Texas (Tex. Penal Code § 6.03 lett. c) e d)], Utah (UCA § 76-2-103, nn. 3-4), Washington [RCW 9A.08.010, lett. c) e d)] e Wyoming [WY Stat § 6-1-104, iii) e ix)].

¹⁰⁸ Cfr. Colo. Rev. Stat. § 18-1-501.

¹⁰⁹ Vd. KY Rev Stat § 501.020, nn. 4 e 5.

¹¹⁰ In particolare, il § 45-2-101 del *Montana Penal Code*, al n. 43 stabilisce: «*negligently: a person acts negligently with respect to a result or to a circumstance described by a statute defining an offense when the person consciously disregards a risk that the result will occur or that the circumstance exists or when the person disregards a risk of which the person should be aware that the result will occur or that the circumstance exists. The risk must be of a nature and degree that to disregard it involves a gross deviation from the standard of conduct that a reasonable person would observe in the actor's situation. "Gross deviation" means a deviation that is considerably greater than lack of ordinary care.*».

¹¹¹ Vd. LA Rev Stat § 14:12: «*criminal negligence exists when, although neither specific nor general crim-*

recklessness, mentre in Indiana¹¹² e in Kansas¹¹³ è impiegato quest'ultimo termine in maniera conforme al *MPC*, ma non è stata adottata una definizione generale di *negligence*;

- anche Nebraska il legislatore ha definito, nella parte generale, soltanto la *recklessness*, che si sostanzia attraverso il compimento di un atto gravemente disallineato dagli *standard* cautelari, senza però esplicitare la necessità della previsione del rischio da parte del soggetto agente¹¹⁴;

- in Ohio la *recklessness* è espressamente associata alla conoscenza del rischio, ma per la *negligence* non è operato alcun riferimento al grado della colpa¹¹⁵;

- negli ordinamenti di altri Stati federati sono state coniate delle definizioni generali di *recklessness* e/o di *negligence* che, tuttavia, si discostano notevolmente dal *MPC*¹¹⁶. Ad esempio, in California, il § 2-24 del *Penal code*, contenente *preliminary provisions*, ove peraltro non si definisce la *recklessness*, la *negligence* è intesa come «una mancanza di attenzione alla natura o alle probabili conseguenze dell'atto o dell'omissione che un uomo prudente generalmente avrebbe nella cura dei propri interessi»;

- altri legislatori statali, ancora, non hanno definito affatto *recklessness* e *negligence* in termini generali¹¹⁷. In alcuni di questi casi, come in Virginia, le no-

inal intent is present, there is such disregard of the interest of others that the offender's conduct amounts to a gross deviation below the standard of care expected to be maintained by a reasonably careful man under like circumstances».

¹¹² Vd. IN Code § 35-41-2-2(c): «*a person engages in conduct "recklessly" if he engages in the conduct in plain, conscious, and unjustifiable disregard of harm that might result and the disregard involves a substantial deviation from acceptable standards of conduct*».

¹¹³ Vd. Kan Stat Ann § 21-5202: «*a person acts "recklessly" or is "reckless", when such person consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that circumstances exist or that a result will follow, and such disregard constitutes a gross deviation from the standard of care which a reasonable person would exercise in the situation*».

¹¹⁴ Cfr. NE Code § 28-109(20): «*recklessly shall mean acting with respect to a material element of an offense when any person disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his or her conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to the actor, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation*».

¹¹⁵ Cfr. Ohio Rev Cod § 2901.22, lett. c) e d).

¹¹⁶ In particolare, questi Stati sono: California, Georgia, Idaho, Iowa, Nevada e South Dakota.

¹¹⁷ Si tratta, più precisamente, di: Florida, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Vermont, Virginia e West

zioni sono esplicate nel contesto della disciplina di singole fattispecie¹¹⁸. In altri, esse si rinvengono in altre fonti, come nel Vermont, ove le *Model Criminal Jury Instructions* disciplinano *recklessness* e *negligence* negli stessi termini del *MPC*.

Si è al cospetto di un quadro oltremodo articolato, sul quale non è utile soffermarsi ulteriormente nel dettaglio; fatto è che la dottrina ha rilevato come in taluni Stati, in difetto di definizioni generali, le soluzioni adottate a livello giurisprudenziale restituiscano talora un panorama particolarmente nebuloso¹¹⁹.

2.3. *Recklessness e negligence nel contesto dell'omicidio*. Attualmente, nella maggior parte delle giurisdizioni, si distingue il *murder*, strutturato in diversi *degree*, ove la forma più grave (*first degree murder*) è rappresentata dall'omicidio premeditato o, comunque, aggravato da una serie di circostanze, nonché talune ipotesi di reato aberrante¹²⁰, mentre il *manslaughter*, pure generalmente è indicato tra i *felonies*, ovvero sia tra le fattispecie più gravi, si realizza, innanzitutto, allorché la morte dell'individuo sia provocata volontariamente, ma al ricorrere di alcune circostanze particolari, rappresentate dallo stato di alterazione mentale dovuto a provocazione o a stati passionali, o da esimenti incomplete (come nel caso dell'eccesso di legittima difesa).

Per il resto, tutti gli Stati americani riconoscono come illecito l'*involuntary manslaughter* (sebbene impiegando terminologie assai variegata), fondato sulla realizzazione da parte del reo di un *unlawful act* (ovvero sia, di un atto illecito, ma *ex se unfelony*) o della violazione di norme cautelari, generiche o specifiche.

In ogni caso, il filo conduttore che lega la maggior parte dei sistemi statuali è rappresentato dalla circostanza che - salve eccezioni statutarie - l'addebito

Virginia, Wisconsin.

¹¹⁸ In Virginia la *recklessness* è richiamata, tra l'altro, in relazione a diversi illeciti correlati alla circolazione stradale: vd. §§ 46.2-852 ss del *Virginia Code*.

¹¹⁹ STARK, *Culpable carelessness. Recklessness and negligence in the criminal law*, Cambridge, 2018, 55.

¹²⁰ Il *second degree murder*, invece, connotato anch'esso, talora, dal richiamo alla *malice aforethought*, è categoria residuale rispetto all'omicidio di primo grado, che si sostanzia, ferme la varietà delle scelte operate dagli Stati americani, al ricorrere del dolo intenzionale; nel caso di dolo preterintenzionale legato alla *serious bodily injury* (lesione personale grave); in ipotesi di *extreme indifference to human life* (categoria solo in parte assimilabile al dolo eventuale. Vd. *infra*), nonché di *aberratio delicti*.

per omicidio colposo può intervenire soltanto nel caso di *criminal negligence*, ovvero sia nell'ipotesi in cui si possa riscontrare un ampio *gap* tra la condotta tenuta in concreto dal reo e gli *standard* esigibili (*gross negligence*), rispetto ad una situazione di rischio elevato oltre che *unreasonable*, ovvero sia non consentito.

Solo in alcuni Stati americani (al netto di contesti specifici, come quello della circolazione stradale e del maneggiamento delle armi, in cui non di rado l'illecito penale si configura, in molte giurisdizioni, al ricorrere di forme di colpa anche lieve) l'omicidio colposo, dunque, può integrarsi anche attraverso la *ordinary negligence*¹²¹, mentre nella maggioranza dei casi tale figura presuppone, come si è già rimarcato, una forma di colpa particolarmente grave¹²².

Quanto al *reckless homicide*, di massima, esso è considerato come una fattispecie autonoma di omicidio colposo, punita con pena più severa rispetto al *negligence manslaughter*¹²³. Tuttavia, non mancano delle peculiarità; ad esempio:

- in Nevada, la condotta del soggetto che abbia agito in violazione di norme cautelari in costanza della previsione dell'evento implica l'addebito per *murder of second degree* (ovvero sia per una forma di omicidio volontario)¹²⁴;
- il § 192, lett. b) del *California Penal Code*, che disciplina l'*involuntary manslaughter*, secondo la giurisprudenza, può integrarsi tanto con la *gross negligence* quanto con la *recklessness*¹²⁵;
- il § 782.07 dei *Florida Statutes*, in ordine all'omicidio colposo (*manslaughter*), esige perlomeno la *recklessness*¹²⁶.

¹²¹ Vd., ad esempio, il § 21-716 degli *Oklahoma Statutes*, relativo al *manslaughter of second degree*.

¹²² LAFAVE, *Principles of criminal law*, cit., 685.

¹²³ Così, ad esempio, il *Texas Penal code* al § 19.04 disciplina il *reckless manslaughter* come *felony of second degree* e al successivo paragrafo il *criminally negligent homicide*, che prevede un trattamento sanzionatorio più mite.

¹²⁴ Cfr. *Graham v. State*, 992 P.2d 255 (2000). Per maggiori approfondimenti sulla disciplina dei singoli Stati, vd. GOLDSTEIN, *Involuntary manslaughter: penalties and sentencing*, in *www.lawinfo.com*, 24 giugno 2021.

¹²⁵ Vd. *Judicial Council of California Criminal Jury Instructions - CALCRIM*, 2023, 239.

¹²⁶ Ciò, almeno, secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali. Sul punto vd. *Russ v. State*, 191 So. 296 (Fla. 1939); *State v. Hamilton*, 388 So.2d 561 (Fla.1980); *State v. Winters*, 346 So.2d 991 (Fla.1977). In particolare, secondo le pronunce sopra richiamate, la circostanza che per il *manslaughter* sia applicabile la pena detentiva dovrebbe indurre l'interprete a ritenere che in ambito penale s'impongano i medesimi requisiti minimi per irrogare, nel contesto civilistico, i *punitive damages*, che sono posti a carico del

Al di là di singole eccezioni, tuttavia, in generale, la differenza tra *negligence* e *recklessness* si coglie, oggi, negli *States* soprattutto sotto il profilo soggettivo¹²⁷. Il tutto secondo una linea che è accolta, altresì, in Inghilterra e Galles, mentre in Scozia si è optato per una differenza di tipo quantitativo-oggettivo, nel senso che, nel contesto dell'illecito colposo, la *recklessness* rappresenta una forma di colpa più grave della *criminal negligence* in quanto connotata da una più sensibile divaricazione della condotta da un modello ideale, non per via della previsione del rischio/evento¹²⁸.

2.4. *Il sistema federale.* A livello federale, se *da un lato* il Congresso non ha provveduto alla definizione generale delle forme di *culpability*, *dall'altro* non sempre le previsioni statutarie risultano chiare circa la forma di *mens rea* richiesta per l'integrazione della responsabilità per taluni *federal crimes*. Sicché, non di rado, l'omessa esplicitazione da parte del legislatore dell'elemento psichico qualificante singole figure incriminatrici, o delle sue caratteristiche, ha costretto la giurisprudenza a complicate attività ermeneutiche.

Per quanto concerne la *recklessness*, in più occasioni, la Corte ha comunque affermato come tale concetto dovrebbe essere inteso conformemente alla nozione elaborata nel *MPC*, osservando come «*the criminal law generally permits a finding of recklessness only when a person disregards a risk of harm of which he is aware*»¹²⁹. Talchè, di riflesso, un soggetto «*is criminally negligent when he should have been aware of the risk but was not*»¹³⁰.

In merito alla *negligence*, invece, la Suprema Corte degli Stati Uniti ha affermato che non vi sarebbero ostacoli a ritenere che, nel diritto penale federale, il *mens rea standard*, per talune fattispecie, in difetto di esplicite indicazioni legislative, possa essere rappresentato dalla *ordinary negligence*¹³¹.

responsabile soltanto al ricorrere di condotte che dimostrano un *recklessly disregard*, una *indifference to consequences*, una *recklessly indifference to the rights of others*, uno stato soggettivo *equivalent to an intentional violation*.

¹²⁷ Nella manualistica, vd. DRESSLER, *Understanding criminal law*, Durham, 2022, 132.

¹²⁸ Vd. STARK, *Culpable carelessness. Recklessness and negligence in the criminal law*, cit., 60 ss.

¹²⁹ Vd. *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825, 836-37 (1994); *United States v. Rodriguez*, 880 F.3d 1151, 1159-61 (9th Cir. 2018); *United States v. Fagatele*, 944 F.3d 1230, 1239 (10th Cir. 2019). In argomento, vd. ALEXANDER - FERZAN, *Crime and culpability: a theory of criminal law*, 2009, 35.

¹³⁰ *Godwin v. United States*, 441 F. Supp. 3d 1243 (M.D. Ala. 2020).

¹³¹ *United States v. Pruett*, 681 F.3d 232 (5th Cir. 2012).

Quanto al parametro per riconoscere e misurare la colpa, la giurisprudenza è particolarmente oscillante; difatti, in alcuni casi la Suprema Corte *U.S.A.* ha impiegato un criterio spiccatamente soggettivo, «*through the lens of the particular defendant, rather than from the prospective of a hypothetical reasonable man*»¹³², in altri, di tipo oggettivo, secondo l'idea della *reasonable person*¹³³, in altri, ancora, di tipo “misto”¹³⁴.

Quanto all'omicidio, il § 1111 del Titolo 18 dello *United States Code* disciplina il *federal murder* prevedendo, dal punto di vista dell'elemento psichico, la *malice aforethought*, e stabilendo che sostanzia *murder in the first degree* (che può importare l'applicazione della pena capitale) una vasta serie di ipotesi, overosia: l'omicidio commesso con premeditazione, al ricorrere di talune specifiche circostanze (come l'utilizzo di sostanze venefiche), connotato da preterintenzione (laddove la vittima sia soggetto minore degli anni diciotto), ma anche nel caso in cui la morte costituisca effetto del tentativo o della consumazione di una vasta serie di reati (*id est*, reati aggravati dall'evento morte), nonché di *aberratio ictus*.

Ipotesi diverse da quelle che compongono tale ampio catalogo (che abbraccia, dunque, forme di responsabilità dolosa “anomala”), tra cui l'omicidio commesso con (ciò che in Italia è qualificabile come) dolo eventuale, costituiscono, invece, *murder in the second degree* (costruito come figura residuale), sanzionato con la pena massima dell'ergastolo.

Quanto al successivo § 1112, che disciplina il *manslaughter*, qui si prevede che tale fattispecie si sostanzia in una forma *voluntary* (al ricorrere di stati emotivi o passionali) ed in una *involuntary*, che si integra nel caso in cui la morte sia l'effetto della realizzazione da parte del reo di un *unlawful act* (non disciplinato, però, come *felony*)¹³⁵ ovvero per difetto di diligenza nel compimento di un atto lecito. Alcuo riferimento, quindi, è operato alla *recklessness*¹³⁶.

¹³² Vd. *United States v. Saffo*, 227 F.3d 1260 (10th Cir. 2000).

¹³³ Vd. *United States v. Williamson*, 746 F.3d 987 (10th Cir. 2014).

¹³⁴ Vd. *United States v. Munguia*, 704 F.3d 596 (9th Cir. 2012).

¹³⁵ Con la conseguenza che, in base al combinato disposto delle due disposizioni in disamina, ipotesi di *aberratio delicti* che involgono il tentativo o la consumazione di *felonies* diversi da quelli elencati dal § 1111 determinano la responsabilità del reo per *murder in second degree*.

¹³⁶ Sulla riconducibilità, allora, della *recklessness* alla *negligence* e, dunque, all'*involuntary manslaughter*

Si tratta, nel complesso, di disposizioni che mostrano una tecnica normativa affatto impeccabile e che sollevano questioni correlate alle scelte di politica criminale attuate dal Congresso. In particolare, volendo evidenziarne qualcuna (e prescindendo dalla questione del *capital punishment*), seppur in modo cursorio, si può rilevare:

- la *fiction iuris* che sottende alle forme di responsabilità dolosa “anomala” nel *murder*, che si estrinseca altresì in ascrizione di tipo obiettivo, fondata sulla logica del *versari in re illicita*;
- l'irragionevolezza del trattamento differenziato delle figure di omicidio preterintenzionale, fondato su un elemento, tutto sommato, “incolore”, rappresentato dalla minore età della vittima.

Quanto alla previsione dell'evento lesivo e alla linea di demarcazione tra *murder* e *manslaughter*, si segnala la sentenza *United States v. Wood*, 207 F.3d 1222 (10th Cir. 2000), della quale è opportuno riportare qualche passaggio nodale: «la differenza tra *murder* e *manslaughter* di cui ai §§ 1111 e 1112 dello *U.S.C.* è rappresentata dalla *mens rea*. Il *murder in first degree* si applica al ricorrere sia della *malice aforethought* sia di altri requisiti soggettivi esplicitamente descritti dal legislatore, mentre il *second-degree murder*, figura meno specifica della precedente, implica soltanto la *malice aforethought*, che si sostanzia nei casi di dolo intenzionale, di dolo preterintenzionale, di *depraved heart*, o di realizzazione di alcune figure delittuose. La *malice aforethought* rilevante per il *murder in second degree* può ritenersi integrata laddove vi sia evidenza che la condotta sia espressiva di un'assoluta carenza di interesse e di sfrenatezza, di un rilevante discostamento da un ragionevole *standard* comportamentale, di tale entità da indurre la giuria a inferire che l'imputato fosse perfettamente a conoscenza dell'elevato rischio di morte o di severe conseguenze fisiche a carico della vittima¹³⁷. Siffatti casi sono riconducibili al concetto di “*depraved heart*”. L'*involuntary manslaughter*, invece, si sostanzia laddove la morte non sia il prodotto di atti connotati da *malice*. In questa ipotesi, è necessario che l'imputato abbia agito con *gross negligence*,

disciplinato dal citato § 1112, nella letteratura italiana, vd. PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale*, Pisa, 2016, 260.

¹³⁷ Talché, per quanto si è accennato, la riconducibilità del dolo eventuale al *murder in second degree*.

che rappresenta una colpa di grado assai più elevato rispetto a quella richiesta per la responsabilità risarcitoria nel contesto della *tort law*. Qui manca, comunque, la *malice aforethought*, indicativa di una condotta sprezzante della legge e particolarmente sfrenata. La differenza tra la *recklessness* caratteristica del *murder* e di quella che connota il *manslaughter* è di grado, poiché nell'omicidio colposo si tratta di una violazione meno estrema».

Sicché, nel caso in cui il soggetto agente avesse previsto, al momento del compimento di un atto illecito [non espressamente richiamato dal § 1111(a) né disciplinato come *felony*], la verifica dell'evento-morte (o di gravi lesioni a carico della vittima), si sostanzierebbe *involuntary manslaughter* e non *murder* al ricorrere di due condizioni (alternative), ovvero sia che la condotta realizzata non si discosti eccessivamente dallo *standard* dovuto e che la verifica dell'evento lesivo, pur preveduto dal reo, non sia pressoché certa.

In caso contrario, si dovrebbe far riferimento alla c.d. “*indirect intention*” o “*oblique intent*”¹³⁸, ovvero sia al dolo eventuale; i sopra richiamati criteri sono impiegati, per il vero, anche in Italia e sono stati inseriti nel “catalogo”, assai più ampio, elaborato nella già citata sentenza Thyssenkrupp che, però - con l'intento di meglio delineare il confine, assai resiliente a certe definizioni, tra dolo (eventuale) e colpa (cosciente), nonché di rinvigorire il ruolo del primo anche nel prisma della proporzionalità e ragionevolezza della risposta sanzionatoria - ha valorizzato la ben più significativa “prima formula di Frank”¹³⁹, che ancora la responsabilità dolosa alla c.d. “accettazione dell'evento”. Si tratta della situazione in cui un automobilista «che pur rendendosi conto della circostanza che il semaforo segna il rosso e che pressoché certamente il mancato rispetto dello *stop* provocherà un incidente, si dice “dovrei uccidere qualcuno, ma procederò comunque, attraversando senza fermarmi”¹⁴⁰.

Quanto sinora osservato induce, allora, a due principali considerazioni, ovvero sia:

- la giurisprudenza, sulla base dell'impianto normativo federale, approccia il tema della colpevolezza in maniera spiccatamente pragmatica, senza

¹³⁸ Su cui, vd. NORRIE, *Oblique intention and legal politics*, in *Criminal Law Review*, 1989, 42, 793 ss.

¹³⁹ FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 1, 211 ss.

¹⁴⁰ MORKEL, *Comment on the distinction between recklessness and conscious negligence*, in *American Journal of Comparative Law*, 1982, 2, 325 ss.

l'ambizione di edificare un solido impianto teorico-applicativo, con tendenze eticizzanti ed offrendo soluzioni condizionate da esigenze di politica criminale, che ben si sposano, del resto, con la logica del *tough on crime* che ha accompagnato le evoluzioni legislative degli ultimi decenni;

- a livello federale, la linea di demarcazione tra dolo e *recklessness*, tra *murder* e *manslaughter*, è assai più incerta rispetto al panorama nostrano.

3. *Gli orientamenti giurisprudenziali.* Quanto alla giurisprudenza, ferma una percepibile chiusura ideologica di fondo rispetto all'ammissione della responsabilità colposa, qui di seguito si noterà come, per l'effetto dell'impiego da parte dei legislatori statunitensi di una terminologia particolarmente "opaca", i confini tra dolo e *recklessness* risultino nella prassi difficilmente identificabili, mentre più chiaro appare il *discrimen* tra *recklessness* e (*gross*) *negligence*.

3.1. *La sentenza Morissette ed i dubbi sull'opportunità delle scelte incriminatrici relative alla negligence.* Certamente, tra le sentenze più importanti emesse dalle corti americane sul tema della *mens rea* si colloca *Morissette v. United States*⁴¹. In particolare, l'imputato, un rigattiere, dopo essere penetrato abusivamente in una zona militare, aveva asportato alcuni residuati bellici (in, particolare, dei bossoli), rivendendoli a terzi.

Nel corso del giudizio di merito, il *defendant* era stato condannato per una fattispecie di furto di rilievo federale, nonostante che egli avesse dedotto di non essere a conoscenza della circostanza che i beni appresi non fossero da considerarsi come *res derelictae*. La suprema corte *U.S.A.*, allora, ribaltò la sentenza impugnata, affermando che l'omesso richiamo esplicito da parte del legislatore dell'*intent* non consentirebbe all'interprete di considerare l'ipotesi incriminatrice di riferimento come scollegata dal dolo.

Inoltre, si rilevò come il *culpable state of mind* (*id est*, la colpevolezza) costituisse un carattere ormai radicato dell'illecito penale così come la stretta correlazione tra *crime* e *intention*, nonché con la possibilità individuale «*to choose between good and evil*».

Del resto, proseguì la Corte, nel XVIII secolo, nel contesto del *common law*

⁴¹ *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952).

inglese, Blackstone «aveva rilevato che non avrebbe potuto costituire reato ciò che non fosse caratterizzato da “*vicious will*”. Talché, l’illecito penale rappresenterebbe un «concetto composto, generalmente costituito da una *evil meaning mind* e da una *evil doing hand*».

La Corte, inoltre, rimarcò come il proliferare dei rischi della modernità avesse indotto il legislatore («*whether wisely or no*», ossia “opportunamente o meno”) ad introdurre a sistema numerose fattispecie colpose e, inoltre, forme di responsabilità penale fondate sulla *strict liability*. Sicché, la Corte, nell’accogliere il ricorso, pur non negando la legittimità di siffatte scelte di incriminazione, esclude la possibilità per le corti di operare una svalutazione del requisito dell’elemento psichico in fattispecie, come il furto, tradizionalmente connotate dal dolo.

Scrutando il tessuto motivazionale della sentenza possono essere sviluppate diverse considerazioni: in primo luogo, si è al cospetto di una assai stringata motivazione, poco strutturata anche con riferimento all’inquadramento della questione dibattuta nella disciplina dell’*error facti* o dell’*error iuris*. Insomma, ponendo a raffronto *Morissette* con la sentenza “Dell’Andro” (Cort. cost., 24 marzo 1988, n. 364), pure intervenuta sul tema della colpevolezza, ci si avvede immediatamente di come la giurisprudenza statunitense abbia storicamente mostrato un approccio pratico riluttante alle teorizzazioni generali.

In seconda battuta, l’impiego del termine “*evil*”, ovverosia “malvagio”, rivela, ancora una volta, la componente morale del sistema penale americano nel suo complesso; da ultimo, l’inciso relativo alla criminalizzazione della *negligence* è espressivo della riluttanza dei giuristi statunitensi ad ammettere la *criminal liability* in ambiente colposo.

3.2. *Il confine tra dolo e recklessness*. Quanto ai rapporti tra dolo e *recklessness* (colpa con previsione), occorre rammentare, tra le tante pronunce, *Voisine v. United States*, 136 S. Ct. 2272, 195 L. Ed. 2d 736 (2016), della Corte suprema *U.S.A.*, per la quale tale elemento soggettivo, nel diritto penale statunitense, si sostanzierebbe, innanzitutto, in caso di *intent*, allorquando, cioè, un individuo «realizza una condotta e intende che essa provochi un determinato effetto. Questa prima categoria comprende tutti i casi in cui un in-

dividuo agisce e desidera e sa con certezza pratica che il suo comportamento causerà un danno. Ma la condotta è tradizionalmente ritenuta dolosa anche quando una persona agisca “*knowingly*”, cioè, qualora sappia con certezza concreta che dalla sua condotta deriverà un risultato».

Sicché, in quest’ultimo caso, si è al cospetto, si potrebbe rilevare, di una categoria idonea ad abbracciare il dolo diretto di secondo grado e il *dolus eventualis*.

Quanto, ancora, al termine “*knowingly*”, in molte giurisdizioni statunitensi, esso, però, è associato anche ad una controversa figura, ossia alla c.d. “*wilful blindness*” che, come si è già avuto modo di accennare, si riferisce al caso in cui il soggetto agente intuisca che da un determinato comportamento, attivo o omissivo, possa derivare un effetto lesivo ma, ciò nonostante, egli ometta di verificare la reale sussistenza del rischio. È la situazione in cui (per impiegare una metafora largamente diffusa) “*lo struzzo infila la propria testa sotto la sabbia*”¹⁴², che si pone in bilico tra *intent* e *recklessness*¹⁴³.

L’accoglimento giurisprudenziale della *wilful blindness* appare agevolato, in qualche maniera, da previsioni statutarie particolari, come nel caso del § 841, titolo 21, dello *U.S. Code* che, in tema di stupefacenti, impiega, con riferimento all’elemento psichico, i termini «*knowingly or intentionally*».

Con la sentenza *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976), la suprema Corte degli Stati Uniti ha affermato, in proposito, che «l’ignoranza deliberata e l’effettiva conoscenza sono assimilabili». Nel caso di specie, l’imputato era stato avvicinato in un bar messicano, vicino al confine con gli Stati Uniti, ove gli è stata offerta della marijuana che egli aveva rifiutato di acquistare.

Successivamente, però, l’individuo aveva accettato di guidare un’automobile attraverso il confine, ricevendo un compenso di cento dollari. Allorquando il veicolo venne fermato per un controllo alla dogana, al suo interno venne rinvenuto un certo quantitativo di stupefacente. Talché, la condanna dell’imputato per traffico di narcotici.

¹⁴² In argomento, vd. OHLIN, *Targeting and the concept of intent*, in *Michigan JIL*, 2013, 1, 79 ss.

¹⁴³ DRESSLER, *Understanding criminal law*, cit., 125-127. In argomento, vd. anche *Global-Tech Appliances Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754 (2011), intervenuta in materia di violazione dei diritti di privativa.

Più di recente, su questa figura si è pronunciata la suprema Corte *U.S.A.* con la sentenza *United States v. Heredia*, 483 F3.d 913, 917 (9th Cir. 2007), pure intervenuta in un caso di violazione della normativa federale in tema di stupefacenti, rilevando che «come riconosciuto dalla nostra giurisprudenza, l'ignoranza deliberata (*deliberate ignorance*), altrimenti nota come cecità intenzionale (*willful blindness*), è categoricamente diversa dalla *negligence* o dalla *recklessness*. Un imputato volontariamente cieco è colui che ha intrapreso azioni deliberate omettendo di approfondire sospetti circa la rilevanza penale della propria condotta. Un imputato che agisce con *recklessness* è colui che semplicemente era a conoscenza del rischio sostanziale e ingiustificato che la sua condotta fosse criminale; un imputato negligente è, invece, colui che avrebbe dovuto avere sospetti simili ma, di fatto, non li ha avuti».

Tali orientamenti mettono in luce, allora, come il confine tra responsabilità a titolo di dolo e di *recklessness* si riveli oltremodo labile. Come è stato opportunamente rilevato, per altro verso, si tratta di una *doctrine* che, pur essendo generalmente accolta dalle giurisdizioni statunitensi, ciò non di meno, nell'importare l'addebito a titolo di dolo, si pone in forte frizione anche con il principio di legalità¹⁴⁴. Non è un caso, dunque, che proprio la sentenza Thyssenkrupp abbia rilevato come «senza dubbio l'ottimismo o il pessimismo, la rimozione, *il chiudere gli occhi*, gli stati affettivi in generale, non risolvono il problema del dolo eventuale».

Né tali criticità appaiono superate da quegli orientamenti giurisprudenziali per i quali l'addebito a titolo di dolo sarebbe giustificato solo allorquando l'omesso approfondimento da parte del reo sia finalizzato a precostituirsi una

¹⁴⁴ GILCHRIST, *Willful blindness as mere evidence*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2021, 2, 405 ss. (spec. 407). In tal senso, nella dottrina italiana, CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, 905 ss. La *willful blindness*, infatti, è assimilabile alla teoria dei c.d. "segnali d'allarme", particolarmente in voga nel contesto dei reati fallimentari. Sulle criticità in questo settore, che sono costituite, tra l'altro, da interpretazioni in deroga al concetto di dolo eventuale elaborato dalla sentenza Thyssenkrupp, vd. DE LIA, *Colpevolezza nella responsabilità del sindaco per fatti di bancarotta fraudolenta per distrazione commessi dagli amministratori: l'insostenibile leggerezza dimostrativa dei "segnali d'allarme" rispetto alla responsabilità per dolo eventuale*, in *Giust. pen.*, 2018, 10, II, 533 ss. In precedenza, su questi temi, vd. anche PULITANO, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss., nonché CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in *Riv. soc.*, 2012, 2-3, 317 ss.

scusa nell'eventualità in cui l'illecito venga contestato¹⁴⁵, poiché anche in questo caso sembrano mancanti i connotati conoscitivi e volitivi del dolo.

Particolarmente complicato, del resto, si rivela, in un contesto in cui difetta un opportuno approfondimento teorico da parte delle corti¹⁴⁶, la distinzione tra *wilful blindness* e *recklessness*¹⁴⁷; a ciò si aggiunga l'irragionevolezza dei risultati pratici: qualora l'individuo avesse maturato un sospetto, decidendo di non approfondire la situazione di rischio, sarebbe chiamato a rispondere a titolo di dolo, mentre nel caso in cui egli avesse compiuto effettivamente detta verifica, accertando la sussistenza di probabilità di invero dell'evento, sarebbe chiamato a rispondere a titolo di colpa (con previsione, ovvero sia per *recklessness*).

Occorre, però, aggiungere che, per quanto desumibile dai repertori, tale *doctrine* venga impiegata, generalmente, in relazione ad illeciti che sono previsti solo nella "versione" dolosa e, quindi, al fine di colmare – ma in maniera del tutto impropria – dei vuoti di tutela.

È doveroso, altresì, rimarcare come i confini tra dolo e *recklessness* si rivelino incerti anche per via della circostanza che il *MPC* (vd. § 210.2), in riferimento al *murder*, ha richiamato (oltre al dolo intenzionale e all'omicidio commesso *knowingly*) il fatto «*committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life*». Si tratta del c.d. "*depraved-heart murder*" (o "*depraved-indifference murder*" o, ancora, "*extreme recklessness murder*")¹⁴⁸.

Tale scelta, al netto di alcune differenze terminologiche, è stata sposata anche

¹⁴⁵ Vd. *United States v. Willis*, 277 F.3d 1026, 1032 (8th Cir. 2002). In argomento, vd. anche CONSULICH, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 2, 635, per il quale, invece, la *wilful blindness* sarebbe punibile a titolo di dolo secondo lo schema dell'incapacità preordinata. Si tratta, evidentemente, di una tesi ingegnosa, ma in forte tensione con il principio di legalità e con il divieto di analogia *in malam partem*.

¹⁴⁶ CHARLOW, *Wilful ignorance and criminal culpability*, in *Texas Law Review*, 1992, 6, 1351 ss.

¹⁴⁷ In tema, vd. HUSAK-CALLENDER, *Wilful ignorance, knowledge, and the "equal culpability" thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality*, in *Wisconsin Law Review*, 1994, 1, 53 ss. Più di recente, SARCH, *Wilful ignorance, culpability and the criminal law*, in *St. Jones Law Review*, 2014, 4, 1023.

¹⁴⁸ In argomento, vd. anche KLEIN, *Is felony murder the new depraved heart murder? Considering the appropriate punishment for drunken drivers who kill*, in *Southern California Law Review*, 2015, 1, 1 ss.

da alcuni legislatori degli Stati federati¹⁴⁹, come ad esempio quello di New York. Sul punto, si rammenta, allora, la sentenza *People v. Suarez* 2005 NY Slip Op 09811 [6 NY3d 202] la quale ha inteso definire tale figura, prevista al fianco dell'*intentional homicide*, come ipotesi di *murder in second degree*.

La Corte, in particolare, ha rilevato come la fattispecie in disamina si concretizzerebbe, ad esempio, in situazioni in cui il reo crei (o ometta di disinnescare) una situazione di rischio non consentito e, pur rendendosi conto della possibilità dell'evento lesivo, decida di non intervenire. Cimentandosi, poi, nella distinzione tra tale forma di *murder* e il *reckless manslaughter*, la medesima Corte ha poi affermato come essa sarebbe determinata dalla circostanza che nel primo caso la condotta sarebbe connotata da maggior disvalore, in termini di una più spiccata indifferenza rispetto al bene-vita. Sicché - ha ancora osservato la Corte - non occorrerebbe prendere in considerazione la gravità del rischio previsto dal soggetto agente, bensì il disvalore morale della condotta, tanto che costituirebbe *murder*, ad esempio, il getto di una pietra da un cavalcavia su un'autostrada trafficata.

Il che pone ben in luce, ancora una volta, l'anima "moraleggiante" del diritto penale statunitense e, sotto certi profili, come le opzioni dei legislatori d'oltreoceano siano maggiormente condizionate da tale fattore piuttosto che da esigenze di equità, così come, in effetti, emerge il davvero scarso tecnicismo impiegato, che determina estrema incertezza nell'applicazione di figure incriminatrici finite¹⁵⁰.

È utile richiamare, in proposito, anche la sentenza *State v. Robinson*, 261 Kan. 865 (934 P2d 38), con cui la Corte d'appello del Kansas ha rilevato: «il *second-degree murder* commesso con *depraved heart* richiede un consapevole disprezzo del rischio, sufficiente, date le circostanze, a manifestare un'estrema indifferenza verso il valore della vita umana. La *recklessness* assimilabile al *purpose* o alla *knowledge* è trattata come omicidio di secondo grado, mentre la *recklessness* meno estrema è punita come omicidio colposo.

¹⁴⁹ Solo circa un quarto degli Stati americani non prevede siffatta ipotesi incriminatrice. Si tratta di: Connecticut, Hawaii, Indiana, Louisiana, Missouri, Montana, Nebraska, New Jersey, Ohio, Tennessee e Texas.

¹⁵⁰ Sulla costruzione "case to case" della figura, vd. LIPPMANN, *Contemporary criminal law*, Thousand Oaks, 2010, 390.

La condanna per omicidio di secondo grado richiede la prova che l'imputato abbia agito in modo sconsiderato in circostanze che manifestano estrema indifferenza verso il valore della vita umana. Questo linguaggio descrive un tipo di colpevolezza che differisce nel grado ma non nel tipo dalla comune *recklessness* richiesta per l'omicidio colposo. L'estrema indifferenza al valore di una specifica vita umana è sufficiente per soddisfare gli elementi di un omicidio doloso». Il che, evidentemente, spalanca la porta a giurisprudenza *case to case*, all'incertezza della qualificazione giuridica del fatto in base all'elemento psichico, con ripercussioni niente affatto trascurabili circa il trattamento sanzionatorio.

Occorre, tuttavia, rilevare come la figura in disamina, talora, venga impiegata, prescindendo da tensioni eticizzanti, in casi in cui effettivamente sembrano ricorrere alcuni degli "indici" più idonei a rivelare il *dolus eventualis*, ovvero sia la grave violazione di regole cautelari, la reiterazione delle infrazioni nel tempo, la percezione del rischio e l'entità del pericolo ingenerato.

Così, ad esempio, nella sentenza *State v. Davidson*, 987 P.2d 335, 345 (Kan. 1999), ove la Corte suprema del Kansas ha applicato il § 21-3402(b), che definisce il *murder in the second degree* come un omicidio commesso «involontariamente ma *recklessly* in circostanze che manifestano estrema indifferenza verso il valore della vita umana».

Il processo, in particolare, ha visto coinvolta un'allevatrice di cani e, in particolare, di *rottweiler* e pastori tedeschi. che la donna, però, educava e custodiva in modo inappropriato. Gli animali, difatti, per quanto emerso nel corso dell'istruttoria, vivevano nella casa dell'imputata, ubicata in un centro abitato, ricevendo un trattamento brutale da parte della *defendant* che, per altro verso, non aveva predisposto delle recinzioni idonee ad evitare che i cani uscissero dalla proprietà.

La sentenza ha riportato, allora, una vasta serie di episodi in cui i cani, nel corso delle loro scorribande nelle vicinanze dell'allevamento, avevano terrorizzato e aggredito i vicini e come, nonostante le lamentele e gli innumerevoli interventi delle forze di polizia, la donna avesse omesso l'adozione di qualsivoglia contromisura.

Da ciò il tragico evento: tre grossi *rottweiler*, una mattina, uscendo dal cancel-

lo dell'allevamento, riconcorsero dei bambini che sostavano alla fermata dello scuolabus, che vennero costretti ad arrampicarsi su un albero; uno di questi, tuttavia, verosimilmente confidando nella possibilità di sfuggire all'attacco dei cani, scese dalla pianta ma venne inseguito dagli animali inferociti che raggiunsero il malcapitato in un dirupo, tra i giardini di quartiere, azzannandolo in più punti e uccidendolo.

Sicché, la Corte, nel confermare la condanna della ricorrente, ha rilevato come la «*defendant created an unreasonable risk and then consciously disregarded it in a manner and to the extent that it reasonably could be inferred that she was extremely indifferent to the value of human life. The evidence was sufficient to enable a rational factfinder to find Davidson guilty of reckless second-degree murder*».

3.3. *Il confine tra recklessness e negligence.* Come si è già avuto modo di rilevare, la linea di confine tra *recklessness* e (*gross*) *negligence* è - contrariamente a quella tra *recklessness* e dolo - abbastanza chiaramente tracciata, in quanto a fronte di alcuni elementi comuni (la violazione della *duty of care*, ovvero sia dell'obbligo di osservanza di regole cautelari; la rilevante deviazione della condotta concretamente realizzata rispetto a quella esigibile; la creazione, o l'omessa eliminazione/minimizzazione, di un rischio non consentito) la *negligence*, sulla base di orientamenti interpretativi ormai assolutamente prevalenti, si caratterizza per l'assenza di una previsione del rischio di lesione da parte del reo.

Chiaramente, il *discrimen* è molto evidente dal punto di vista teorico-concettuale, mentre nella prassi gli organi d'accusa e le corti sono costrette a ricavare la *awareness* (ovverosia la consapevolezza del rischio) da una serie di elementi di contesto, non sempre univocamente interpretabili. Ciò, al netto delle proiezioni che attengono ai casi in cui si possa accertare un rilevante *gap* tra lo *standard* comportamentale esigibile e la condotta tenuta in concreto dal reo che, per quanto pure si è riferito, rappresentano delle ipotesi in cui responsabilità dolosa e colposa si contendono il campo.

In ogni caso, per richiamare qualche pronunciamento significativo, si può citare la sentenza *Commonwealth v. Youngkin*, 285 Pa. Super. 417, 427 A.2d

1356 (Pa. Super. Ct. 1981) con cui la *superior Court* della Pennsylvania ha giudicato responsabile per *involuntary manslaughter*, connotata da *recklessness*, il medico che aveva prescritto ad un proprio paziente l'utilizzo di psicofarmaci, atteso che la Corte ha rilevato come «le prove indicano che il ricorrente ha prescritto farmaci al defunto in quantità e frequenze definite irresponsabili e del tutto inappropriate rispetto alle circostanze. La frequenza con cui venivano rilasciate le prescrizioni avrebbe dovuto far pensare che il paziente abusasse delle sostanze. Tale fatto, peraltro, è stato appositamente portato all'attenzione del ricorrente da un farmacista che ha chiamato il ricorrente essendosi allarmato per le condizioni fisiche della persona offesa. Tuttavia, l'imputato ha scelto di ignorare questi indizi di abuso e ha continuato a prescrivere il farmaco. In queste circostanze, gli atti supportano e giustificano la conclusione della giuria secondo cui il ricorrente ha consapevolmente ignorato un rischio sostanziale e ingiustificabile, che comportava una grave deviazione dallo *standard* di condotta che una persona ragionevole avrebbe osservato»¹⁵¹.

Di contro, con la sentenza californiana *People v. Murray*, No. B237677 (Cal. Ct. App. Jan. 15, 2014), il medico di una nota *pop star* è stato condannato per *gross negligence manslaughter* per aver prescritto in maniera inappropriata dei farmaci al proprio paziente, laddove l'addebito è stato mosso facendo leva sulla *proximate causae* e sulla *foreseeability* dell'evento morte.

Sulla differenza tra *recklessness* e *negligence* si è soffermata in maniera estesa la sentenza *People v. Hall*, 999 P.2d 207 (Colo. 2000), relativa ad un incidente sciistico dal quale era derivata la morte di un uomo, investito da un soggetto che, pur vantando una notevole esperienza, aveva proceduto su una pista ad altissima velocità, “atterrando” sulla vittima e cagionandone il decesso per via di un gravissimo trauma al capo.

La Corte ha rilevato, innanzitutto, come lo *standard* di diligenza per valutare la responsabilità colposa sarebbe rappresentato dal comportamento che avrebbe tenuto, trovandosi al posto del reo, un soggetto diligente o dotato del-

¹⁵¹ Per un davvero ampio repertorio dei pronunciamenti newyorkesi, vd. ALLEN, *A step in the right direction: stopping the expansion of depraved indifference murder in New York State*, in *St. John's Law Journal of Legal Commentary*, 2004, 3, 875 ss.

le particolari conoscenze ed esperienze in possesso del soggetto agente (talché, una seppur sibillina apertura alla valorizzazione delle conoscenze/capacità superiori); fermo, allora, che la *recklessness* implicherebbe la consapevolezza del pericolo, l'illecito colposo richiederebbe la grave violazione della *duty of care* e una situazione di rischio sostanziale ed ingiustificabile.

La Corte, dunque, ha proseguito rilevando che il termine *substantial* starebbe ad indicare tanto la probabilità di inveroamento dell'evento lesivo quanto l'importanza del bene giuridico messo in pericolo. Sicché «alcuni rischi possono essere sostanziali anche se comportano un basso grado di probabilità perché l'entità del danno è potenzialmente grande. Ad esempio, se una persona tiene in mano una rivoltella con un solo proiettile in una delle camere, punta la pistola contro la testa di un'altra persona e preme il grilletto, il rischio di morte è sostanziale anche se le probabilità che ne risulti la morte non sono superiori ad una su sei. Se il potenziale di un rischio è la morte, quel rischio è sempre serio».

Quanto al requisito dell'ingiustificabilità, invece, la Corte ha rimarcato: «perché il comportamento di una persona possa essere ritenuto colposo, il rischio deve essere, oltre che sostanziale, anche ingiustificabile. La giustificabilità di un rischio viene determinata valutando la natura e lo scopo della condotta dell'attore rispetto al rischio creato da tale condotta. Se un individuo corre il rischio sostanziale di provocare la morte ma lo fa per promuovere un interesse che giustifichi tale rischio, la condotta non è imprudente. Ad esempio, se un chirurgo esegue un intervento su un paziente che ha una probabilità del 75% di causare il decesso, ma il paziente morirà sicuramente senza l'operazione, allora la condotta è giustificata e quindi non imprudente anche se il rischio è sostanziale».

Talché, in definitiva, nel contesto dell'omicidio, sono l'illiceità della situazione di rischio ingenerata dal soggetto agente e il grado di scostamento dallo *standard* comportamentale esigibile a determinare il *discrimen* tra *negligence* e *culpable negligence*, mentre il confine di quest'ultima rispetto alla *reckless* è segnato dall'effettiva previsione del rischio di verificaione dell'evento lesivo.

4. *La dottrina.* Nel panorama statunitense, in ordine all'elemento psichico del

reato, è impiegata una nomenclatura assai particolare al cospetto dell'esperienza nostrana e, più in genere, continentale, che si fonda sulla tradizione giuridica romana e sulla centralità del binomio *dolus* e *culpa*, sebbene anche in Europa tali concetti si siano evoluti tanto da assumere, ciascuno, una molteplicità di sfaccettature. Termini come *mens rea* e *malice* sono totalmente estranei alla nostra cultura giuridica; altri, come, per l'appunto, *recklessness* e *negligence* esprimono, invece, significati diversi da quelli che potrebbero essere ricavati da una traduzione letterale, mentre maggiori affinità si possono riscontrare rispetto a parole come *culpability*, *intent* (o *purpose*), *wilfully*, *knowingly*.

Al netto delle differenze terminologiche, negli *States*, come si è avuto occasione di illustrare, il concetto di *recklessness* è frutto di una lunga e tortuosa evoluzione e tale vocabolo, da ultimo, ha assunto, in maniera sostanzialmente pacifica, la funzione di esprimere una forma particolarmente *blameworthy* di colpa, perché connotata, tra l'altro, dalla previsione dell'evento lesivo¹⁵².

Ciò nondimeno, definire il ruolo giocato dalla *recklessness* nei sistemi statunitensi moderni rappresenta un compito particolarmente arduo, in quanto la responsabilità a titolo di dolo risulta assai dilatata. Sebbene, allora, nel panorama attuale la *mens rea* sia divenuta una sorta di “mantra” nel diritto penale¹⁵³, essa evidenzia una forte componente di ambiguità¹⁵⁴, come dimostrano le varie forme di responsabilità dolosa “anomala”, assai diffuse negli ordinamenti degli Stati americani e in quello federale, cui pure si è fatto poc'anzi cenno.

Oltre all'*aberratio ictus*, che si fonda, negli Stati Uniti, sulla c.d. “*transferred intent doctrine*” e sulla tradizione di *common law*¹⁵⁵, secondo l'idea per cui

¹⁵² HELLER-DUBBER, *Comparative criminal law*, Stanford, 2011, 575; STARK, *The reasonableness in recklessness*, in *Criminal Law, Philosophy*, 2020, 14, 9 ss.; ROBINSON-BAUGHMAN-CAHILL, *Criminal law. Case studies and controversies*, Friedrich, 2021, 116; KAPLAN-WEISBERG-BINDER, *Criminal Law: cases and materials*, Friedrich, 2021, 248; GREENBERG, *Awareness and the recklessness/negligence distinction*, in *Criminal Law, Philosophy*, 2023, 7, 1 ss. In argomento, circa l'ancoraggio della *recklessly liability* ad una corrispondenza tra la previsione del rischio e dell'evento da parte del reo rispetto a quelli, rispettivamente, concretamente innescato e provocato, vd. FERZAN, *Opaque recklessness*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2000-2001, 3, 597 ss.

¹⁵³ *United States v. Cordoba-Hincapie*, 825 F. Supp. 485, 490 (E.D.N.Y. 1993).

¹⁵⁴ FLETCHER, *Rethinking criminal law*, New York, 2000, 398.

¹⁵⁵ WELDON, *Criminal law: the doctrine of transferred intent in homicide*, in *Kentucky Law Journal*, 1946, 3, 224 ss.

“*the intent follows the bullet*”¹⁵⁶, vi sono le ipotesi di *aberratio delicti*, che si concretizzano nella provocazione di eventi non voluti (ma talora neppure preveduti e prevedibili) per l’effetto della consumazione, ma anche del tentativo di realizzazione di *unlawful acts*, ovvero sia di illeciti penali, che determinano, attraverso una vera e propria *fiction iuris* (in base alla già richiamata “*felony murder doctrine*”¹⁵⁷), l’addebito doloso dell’evento¹⁵⁸.

Talché, mentre in Germania, così come in Italia¹⁵⁹, come risaputo, nei c.d. “reati aggravati dall’evento” l’evento ulteriore, non voluto, è attribuibile al ricorrere di elementi che determinano la colpa, che non si esauriscono, dunque, nella mera violazione della norma penale “di base”, ma che involgono, soprattutto, la prevedibilità dell’evento lesivo ulteriore, negli *States* detto evento è ascritto a titolo di dolo, di massima secondo la logica del mero *versari*, ossia sulla base di una forma di *strict liability*¹⁶⁰.

Solo in alcune giurisdizioni, peraltro, come ad esempio in Illinois e nello Stato di New York, le corti esigono, in questi casi, per attenuare i rigori della suddetta *rule* (e a fronte di una responsabilità che è e resta comunque, sotto il profilo dell’elemento psichico, *sui generis*), il requisito della *foreseeability*,

¹⁵⁶ Si tratta di una *fiction iuris* che alcuni legislatori, come nello Stato di New York, hanno “codificato”. Sul punto vd. *People v. Dubarry*, 31 N.E.3d 86, 93 (N.Y. 2015): la teoria del *transferred intent* si fonda su una finzione giuridica, secondo la quale, una volta accertato l’elemento psicologico, l’identità della vittima è irrilevante. La teoria viene utilizzata per consentire a una giuria di ritenere l’imputato colpevole di omicidio intenzionale, anche se in mancanza di uno stato d’animo intenzionale rispetto alla vittima reale. Lo scopo della teoria è garantire che una persona venga perseguita per il crimine che intendeva commettere anche quando, a causa di una cattiva mira o di qualche altro errore casuale, l’obiettivo previsto non corrisponde alla vittima reale». Tale meccanismo opera, però, soltanto nel caso di *aberratio ictus* monolesiva. Vd. RITZ, *Felony murder, transferred intent, and the Palsgraf doctrine in the criminal law*, in *Washington & Lee Law Review*, 1959, 2, 169 ss. (spec. 182-183).

¹⁵⁷ Che, oggi, risulta diffusa in quasi tutti gli *States*, ad eccezione di Hawaii, Kentucky, Massachusetts, Michigan e Ohio.

¹⁵⁸ Su questo istituto si sono focalizzati molti scritti di Guyora Binder, tra cui vd. anche BINDER, *The culpability of felony murder*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, 3, 965 ss.

¹⁵⁹ Quanto all’Inghilterra e Galles, la *felony murder rule* è stata abolita con l’*Homicide Act*, del 1957. In ogni caso, oggi vige il c.d. “*constructive manslaughter*”, che si fonda sulla realizzazione di un reato attraverso un *dangerous act* e che rappresenta un istituto critico in quanto esso prescinde dalla prova circa la prevedibilità dell’evento-morte. In tema vd. SIMESTER E AL., *Simester and Sullivan’s criminal law*, Oxford, 2019, 431.

¹⁶⁰ Su questo tema, vd. HUSAK, *Varieties of strict liability*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1995, 8, 189 ss.; MOORE, *The strictness of strict liability*, in *Criminal Law & Philosophy*, 2018, 3, 513 ss. In merito alle criticità, ma allo stesso tempo alla profonda penetrazione della *felony murder rule* nei sistemi giuridici statunitensi, vd. TOMKOVICZ, *The endurance of the felony-murder rule: a study of the forces that shape our criminal law*, in *Washington and Lee Law Review*, 1994, 4, 1429 ss.

correlato all'evento terminale¹⁶¹. Al di là, di alcune eccezioni, tale forma di ascrizione rimane, tuttavia, assai diffusa¹⁶², generando criticità rispetto a soluzioni quale quella sposata nello *Stamp case*, in cui l'imputato è stato condannato per *murder* a seguito di un tentativo di rapina, attuato in California, nel corso del quale uno dei soggetti presenti è deceduto a causa di un infarto, dovuto allo *stress* e ad una pregressa arteriosclerosi¹⁶³.

Così come costituiscono delle forme di responsabilità *sine culpa* quelle che, secondo la c.d. "*constructive malice doctrine*", determinano l'imputazione per *murder* a seguito della commissione di fatti di percosse o lesioni personali, ovvero sia di ipotesi di natura preterintenzionale, senza esigere la prevedibilità dell'evento-morte (per la verità, così come in Italia, ove l'omicidio di cui all'art. 584 c.p. esprime una persistente forma di responsabilità di tipo obiettivo).

Su questo argomento, occorre rammentare, tra le tante, *Pugh v. Commonwealth*, 223 Va. 663, 292 S.E.2d 339 (Va. 1982), con la quale la Corte Suprema della Virginia ha affrontato il caso di una donna che aveva malmenato la propria figlia, di soli tre anni, facendole altresì ingoiare un grosso quantitativo di pepe, e che era deceduta per via di ostruzione laringotracheale acuta.

Sebbene, allora, l'imputata si fosse difesa rilevando di non aver voluto, né potuto prevedere che dal comportamento tenuto sarebbe derivata la morte della bambina (dall'istruttoria era, peraltro, emerso come la donna, ad un certo punto, avvedendosi della criticità della situazione aveva provveduto a richiedere un intervento sanitario, tentando inoltre di praticare una respirazione bocca a bocca), ciò non di meno è stata confermata la sentenza di condanna per omicidio volontario.

La Corte, in particolare, ha ricordato nell'occasione come il § 18.2-32 del *Virginia Code*, al primo comma, nel contesto del *murder of the first degree*, richiami talune ipotesi di *unlawful act* tra cui non figurano, tuttavia, le percosse e le lesioni che, pertanto, vengono attratte dal successivo comma, che di-

¹⁶¹ Vd., rispettivamente, *People v. Hudson*, 856 N.E.2d 1078, 1083 (Ill. 2006) e *People v. Flores*, 124 Misc. 2d 478, 476 N.Y.S.2d 478 (N.Y. Misc. 1984).

¹⁶² A tutt'oggi essa "prospera", come rilevato da *State v. Maldonado*, 645 A.2d 1165, 1172 (N.J. 1994).

¹⁶³ *People v. Stamp*, 82 Cal. Rptr. 598, 601 (Ct. App. 1969).

sciplina, in maniera residuale, il *murder of the second degree*.

Proseguendo nell'analisi, la Corte ha pure rammentato come nella tradizione di *common law* la *malice* correlata al *murder* fosse di due tipi: *express* («quando una persona ne uccide un'altra con una mente calma, deliberatamente e in esecuzione di un disegno ben preciso») o *implied* («quando un atto intenzionale e crudele viene commesso da un individuo contro un altro senza alcuna provocazione»).

Quanto, invece, alla già citata “*constructive malice*”, essa, come pure sottolineato nell'occasione dalla Corte, sarebbe indicativa di una forma di «dolo che, come tale, non esiste, ma la legge considera le circostanze dell'atto così dannose da determinare la punizione l'atto come se il dolo effettivamente esistesse. È una forma di *malice* assimilabile a quella *implied*».

A tutto ciò si aggiunga il meccanismo di ascrizione della responsabilità di tutti i concorrenti per il fatto commesso da taluno di essi, che determina, in caso di divergenza tra voluto e realizzato, forme di *liability* che prescindono dalla *foreseeability* e che pure importano addebito di tipo oggettivo¹⁶⁴. Il riferimento è alla c.d. “*natural and probable consequences doctrine*”, che è diffusa nella stragrande maggioranza delle giurisdizioni¹⁶⁵.

Per il vero, in alcune occasioni la giurisprudenza statunitense ha affermato che l'evento non preveduto e voluto da uno dei concorrenti, potrebbe essere addebitato a questi soltanto laddove *foreseeable*¹⁶⁶; tuttavia, non solo si tratta di una forma di responsabilità dolosa (ancora una volta) “anomala” (aspramente criticata dalla dottrina anche per via dell'irragionevolezza del pari trattamento di posizioni non equiparabili sotto il profilo del disvalore)¹⁶⁷, ma per di più essa facilmente si presta all'ascrizione in difetto di un reale accertamento circa prevedibilità dell'evento ulteriore (trattandosi di un criterio partico-

¹⁶⁴ Vd. DECKER, *The mental state requirement for accomplice liability in American criminal law*, in *South Carolina Law Review*, 2008, 2, 237 ss.; GIRGIS, *The mens rea of accomplice liability: supporting intentions*, in *Yale LJ*, 2013, 3, 460 ss.; SARCHI, *Condoning the crime: the elusive mens rea for complicity*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2015, 1, 131 ss.

¹⁶⁵ *Belarde v. State*, 383 P.3d 655 (Alaska Ct. App. 2016). Sul punto, nella manualistica, vd. anche DRESSLER, *Understanding criminal law*, cit., 467-468.

¹⁶⁶ Vd. *People v. Smith*, 337 P3d 1159 (Cal. 2014).

¹⁶⁷ In argomento, vd. ROGERS, *Accomplice liability for unintentional crimes: remaining within the constraints of intent*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1998, 31, 1351 ss.

larmente “malleabile” ad opera delle corti), secondo soluzioni ancora una volta sospinte dalla *blameworthiness* della condotta di compartecipazione e della logica del *versari*.

In proposito si può rammentare il caso californiano deciso da *People v. Zieltsch*, 179 Cal.App.4th 731, 101 Cal. Rptr. 3d 628 (Cal. Ct. App. 2009); l'imputato, più nel dettaglio, aveva versato la cauzione per conto di un soggetto *in vinculis* che, in cambio, si era a sua volta impegnato ad uccidere un terzo, reo di avere intrattenuto rapporti sessuali con la moglie del proprio “benefattore”. Il mandante fornì, allora, l'arma al *killer* ma quest'ultimo soggetto, prima di commettere l'omicidio commissionato, nel corso di un controllo stradale di *routine*, uccise un agente di polizia.

La Corte investita del ricorso dell'imputato, dunque, ha confermato la condanna per *murder*, rilevando come, in linea generale, l'addebito del fatto diverso, non voluto, a tutti i concorrenti potrebbe avvenire nel caso in cui detto fatto «sia possibile, non probabile». Il che dimostra come, in effetti, la *foreseeability* in questo contesto costituisca un criterio dalla scarsa capacità selettiva, tale da determinare forme di responsabilità oggettiva¹⁶⁸.

A tutto ciò si aggiungano le evoluzioni, normative e giurisprudenziali, che negli ultimi anni hanno condotto ad un forte ridimensionamento del ruolo dell'imputabilità e delle scusanti¹⁶⁹ (secondo delle linee che, per la verità, sono avversate dalle due principali correnti di pensiero che dominano il panorama dottrinale-penalistico americano, ovverosia il retributivismo¹⁷⁰ e l'utilitarismo¹⁷¹), nonché il proliferare delle ipotesi criminose disegnate dai legislatori americani secondo la logica della *strict liability*¹⁷².

¹⁶⁸ Su questo caso giudiziario, vd. anche FERZAN, *Conspiracy, complicity, and the scope of contemplated crime*, in *Faculty Scholarship at Penn Carey Law*, 2022, 453 ss. Per un'ampia disamina della giurisprudenza sui reati federali, vd. GOLDSTICK, *Accidental vitiation: the natural and probable consequence of Rosemond v. United States*, in *Fordham Law Review*, 2016, 3, 1281 ss.

¹⁶⁹ Sulla scarsa valorizzazione giurisprudenziale dell'*error iuris*, dopo *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), vd. ALKON, *The lost promise of Lambert v. California*, in *Stenson Law Review*, 2020, 1, 267 ss. Sull'errore di fatto, vd. GARVEY, *When should a mistake of fact excuse?*, in *Texas Tech Law Review*, 2009, 1, 359 ss.

¹⁷⁰ Vd., ad esempio, MORRIS, *The decline of guilt*, in *Ethics*, 1988, 1, 62 ss.

¹⁷¹ Vd., tra gli altri, CHRISTOPHER, *Deterring retributivism: the injustice of “just” punishment*, in *Northwestern University Law Review*, 2002, 3, 860 ss.

¹⁷² SINGER, *The rise and fall of strict criminal liability*, in *Boston Law Review*, 1989, 30, 337 ss.; ROBINSON, *Strict liability's criminogenic effect*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2018, 3, 411 ss. In prece-

Quel che si vuole porre in luce è, allora, che la progressiva svalutazione del dolo/*intent* a cui si è fatto dianzi riferimento¹⁷³ rende particolarmente ristretto il campo operativo dell'illecito colposo, ovverosia della *recklessness* e della *negligence*, che, peraltro, come si illustrerà qui di seguito, hanno catalizzato l'attenzione di molti studiosi della materia, alcuni dei quali hanno recisamente contestato anche l'opportunità delle scelte di politica criminale che sottendono all'introduzione dei *crimina culposa*.

4.1. *Le opinioni dottrinali sulla criminalizzazione della colpa.* Il panorama teorico anglo-americano ha fatto registrare, rispetto alla *recklessness* e alla *negligence*, un ampio dibattito, che si è esteso alla stessa ammissibilità della responsabilità penale per colpa.

Più in particolare, facendo leva sullo stretto collegamento tra *blameworthiness* e *criminal law*, nonché sulla sostanziale estraneità della colpa dal campo applicativo delle sanzioni tipiche dello *ius criminale* nella tradizione di *common law* inglese, alcuni autori, a partire dai primi del '900, negarono, *in radice*, che la *negligence* potesse essere ricondotta alla *mens rea*¹⁷⁴ e che, comunque, si trattasse di situazioni in cui fosse giustificato l'intervento penale. Ad esempio, Edween Keedy, rilevò che: «se l'imputato, essendo incorso in errore, dovesse essere punito in ragione del fatto che un altro soggetto, nelle stesse condizioni, si sarebbe comportato diversamente, accadrebbe che questi subirebbe una sanzione penale quando difetta del tutto la *criminal mind*. Un siffatto risultato è contrario ai principi generali dell'ordinamento ed è profondamente ingiusto

denza, vd. WECHSLER, *The challenge of a Model Penal Code*, cit., il quale segnalò come la *strict liability* dovrebbe essere, al più, associata a sanzioni particolarmente lievi. Secondo il *MPC*, invece, la *strict liability* potrebbe essere prevista solo per ipotesi non sostanziante reato, punibili al massimo con una sanzione di carattere pecuniario (vd. § 2.05). In argomento, vd. *Staples v. United States*, 511 U.S. 600, 607 (1994), con la quale la Corte suprema *U.S.A.*, pur non disconoscendo la legittimità costituzionale della *strict liability*, ciò nondimeno ha rimarcato come essa debba rappresentare una forma di ascrizione eccezionale.

¹⁷³ In argomento, vd. anche KELMAN, *Interpretive construction in the substantive criminal law*, in *Stanford LR*, 1981, 4, 591 ss. (spec. 620-633); LACEY, *A clear concept of intention: elusive or illusory?*, in *Modern Law Review*, 1993, 5, 621 ss.

¹⁷⁴ Vd., ad esempio, EDGERTON, *Negligence, inadvertence, and indifference; the relation of mental states to negligence*, in *Harvard LR*, 1926, 39 849 ss. *Contra*, SALMOND, *Jurisprudence*, London, 1924, 410.

punire per un difetto di intelligenza»¹⁷⁵.

Negli anni '70, George Fletcher, poi, osservò come negli *States* l'illecito colposo fosse ancora assai poco diffuso rispetto ai sistemi d'oltreoceano e che la dottrina mostrasse, in quell'epoca, una persistente ritrosia rispetto alla criminalizzazione della *negligence*, rilevando che essa «appare come un inferiore, quasi aberrante terreno per la responsabilità penale; le condotte dolose costituiscono il fulcro della *criminal law*, mentre quelle colpose sono relegate ai margini del settore»¹⁷⁶.

Anche Paul Robinson, nello stesso periodo, affermò: «ad eccezione dell'omicidio, vi è una generale riluttanza ad ammettere la responsabilità per colpa. La *negligence* nel settore penale subisce attacchi perché si ritiene che il *punishment* in questi casi sia abnorme. Punire una persona nel caso di colpa incosciente è in contrasto con una visione cara al *common law*, per il quale è richiesta la consapevolezza dell'infrazione e la previsione dell'evento. La *criminal liability* in caso di *recklessness*, invece, è generalmente accettata, in quanto la sua caratteristica è quella della previsione del rischio di provocazione dell'offesa»¹⁷⁷.

Tale atteggiamento restrittivo, verosimilmente, venne alimentato anche dall'emergere di una concezione spiccatamente normativa della colpa (per utilizzare la terminologia diffusa nel contesto nostrano), facente perno sulla violazione della regola comportamentale e sul nesso causale con l'evento, prescindendo dalla c.d. "misura soggettiva" (su cui *infra*) tale da condurre, sostanzialmente, all'assimilazione della *negligence* alla responsabilità oggettiva¹⁷⁸.

L'idea che la colpa dovesse, comunque, essere considerata sulla base di parametri "oggettivi", "esterni" al soggetto agente, ad uno con la constatazione, da parte di alcuni studiosi, della scarsa valorizzazione in sede giurisprudenzia-

¹⁷⁵ KEEDY, *Ignorance and mistake in the criminal law*, in *Harvard LR*, 1908, 1, 75 ss. (spec. 84). Vd., nel medesimo senso, più tardi, WILLIAMS, *The mental element in crime*, Jerusalem, 1965, *passim*.

¹⁷⁶ FLETCHER, *The theory of criminal negligence: a comparative analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1971, 3, 401 ss. (spec. 402).

¹⁷⁷ ROBINSON, *Crimes of carelessness in the United States*, in *NCJRS Virtual Library*, 1978, 1 ss. (spec. 6-7).

¹⁷⁸ WASSERSTROM, *Strict liability in the criminal law*, in *Stanford LR*, 1960, 4, 731 ss.; PACKER, *Mens rea and the Supreme Court*, in *Supreme Court Review*, 1962, 1, 107 ss.

le dell'errore-inabilità e delle scusanti¹⁷⁹, indussero, dunque, la dottrina, in quell'epoca, a ritenere che la *negligence* potesse, al più, essere ricollegata ad una *mens rea* intesa in senso normativo, piuttosto che "naturalistico"¹⁸⁰.

4.2. *La moral blameworthy e le tesi contrarie alla criminalizzazione della colpa o, comunque, della ordinary negligence.* Secondo alcuni studiosi, la *criminal liability* si dovrebbe fondare su una *moral blameworthy*, sicché, in estrema sintesi, la responsabilità penale potrebbe essere ascritta solo al ricorrere della consapevole violazione della legge e dalla previsione, da parte del reo, dell'evento lesivo.

Talché, la *negligence* finirebbe col rappresentare un "corpo estraneo" rispetto alla *mens rea*, tanto che la criminalizzazione della colpa, così come l'introduzione da parte del legislatore delle fattispecie di *strict liability*, hanno formato oggetto di serrate censure da parte degli studiosi, che fanno leva sulla compenetrazione tra morale e diritto penale¹⁸¹.

In questa cornice s'inserisce la c.d. "*choice theory*", dall'anima retributivista, che muove dal presupposto del *rational man* e si fonda sul libero arbitrio; l'individuo capace di autodeterminarsi e, pertanto, di conoscere ed osservare la legge, sarebbe responsabile nel caso in cui egli avesse, perlomeno, previsto le conseguenze della propria *wrongful action*.

Di conseguenza, solo il dolo e la *aware recklessness* sarebbero idonei a integrare la *mens rea*, mentre la *negligence*, almeno per la maggior parte dei sostenitori della *choice theory* medesima, non sarebbe sufficiente a sostanziare una *guilty mind*. Ciò per la circostanza che l'evento lesivo non sarebbe scaturigine di una scelta razionale e volontaria.

Per Michael Moore (che, peraltro, è considerato il più convinto sostenitore

¹⁷⁹ In argomento, con particolare riferimento all'*error iuris*, vd. CASS, *Ignorance of the law: a maxim reexamined*, in *William and Mary Law Review*, 1976, 4, 671 ss. e, più di recente, LARKIN JR., *Taking mistakes seriously*, in *Birmingham Young University Journal of Public Law*, 2014, 1, 73 ss.; sull'*error facti*, vd. BRINIG, *The mistake of fact defense and the reasonableness requirement*, in *George Mason School of Law*, 1977-1978, 2, 209 ss. Più in generale, vd. FLETCHER, *The individualization of excusing conditions*, in *Southern California Law Review*, 1974, 47, 1269 ss.

¹⁸⁰ FLETCHER, *The theory of criminal negligence: a comparative analysis*, cit.

¹⁸¹ Su questi temi, vd. HALL, *General principles of criminal law*, cit., 70 ss., 140; PERKINS, *Criminal liability without fault. A Disquieting trend*, in *Journal Iowa Law Review*, 1983, 5, 1067 ss.

del retributivismo nel panorama anglo-americano), in particolare, «l'individuo è in grado di calcolare quali azioni possono portare a determinati risultati e persino di assegnare probabilità relative a ciascuna di esse. Egli è, in altre parole, un eminente ragionatore pratico, che può individuare le principali premesse moralmente e giuridicamente corrette. È perché le persone hanno la capacità di ragionare in questo modo che si può dire che sono colpevoli quando non lo fanno».

Per questo Autore la *negligence*, dunque, non dovrebbe implicare la sanzione penale, poiché ciò che renderebbe il trasgressore colpevole non sarebbe la capacità non esercitata, bensì la scelta di non esercitarla¹⁸². Si tratta di una posizione sposata anche da Larry Alexander e Kimberly Ferzan, per i quali «la colpevolezza implica controllo, e l'attore negligente non ha questo controllo richiesto»¹⁸³.

Una particolare formulazione della *choice theory* si deve a Herbert Hart¹⁸⁴, per il quale un soggetto potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente solo laddove questi avesse potuto fruire, al momento della realizzazione della condotta lesiva, di una facoltà di scelta, di una concreta *capacity of choice*, di una *fair opportunity to obey the law*.

Si tratta, evidentemente, di una tesi che ammette la responsabilità colposa, ma che sembra porre alcune rilevanti limitazioni alla *liability* in questa prospettiva, in quanto essa entra in crisi nelle ipotesi di colpa senza previsione dell'evento lesivo, poiché, in effetti, l'idea stessa della scelta razionale è vincolata ad una chiara visione preliminare, da parte del reo, del fascio di rischi che si dipana da un determinato comportamento.

Quanto alla c.d. "*character theory*"¹⁸⁵, questa fonda la colpevolezza sui tratti caratteriali duraturi del singolo agente, nel senso che la responsabilità penale sarebbe adeguatamente attribuibile ad un individuo sol quando il suo comportamento facesse emergere un'indole antisociale, un *deficit* comportamentale radicato, tale da richiedere correzione¹⁸⁶.

¹⁸² MOORE, *Choice, character, and excuse*, *Social Philosophy and Policy*, 1990, 2, 29 ss.

¹⁸³ ALEXANDER-FERZAN, *Crime and culpability: a theory of criminal law*, Cambridge, 2009, 85.

¹⁸⁴ HART, *Punishment and responsibility*, Oxford, 1968, 136 ss.

¹⁸⁵ Che si fa risalire a HUME, *Treatise of Human Nature*, Oxford, 1888.

¹⁸⁶ BAYLES, *Hume on blame and excuse*, in *Hume Studies*, 1976, 2, 17 ss. Tale teoria è stata sostenuta,

Anche in questo caso si tratta di una teoria che entra in forte tensione con la responsabilità colposa, Infatti, come si è attentamente rimarcato: «per la *character theory* i tratti caratteriali rilevanti sono quelli che producono atti che sono soggetti al controllo volontario e all’esercizio del libero arbitrio. È stato sostenuto che la teoria potrebbe abbracciare un comportamento negligente. Mentre può sembrare appropriato ritenere qualcuno penalmente responsabile per un danno causato in circostanze in cui un individuo è “*negligent*” e “*reckless*”, mostrando indifferenza per il benessere di coloro che lo circonda, è difficile, come principio generale, giustificare la responsabilità penale quando qualcuno è stato momentaneamente distratto, semplicemente perché può succedere a tutti. Un’azione isolata non significa che si è spesso negligenti, e soltanto la persistente negligenza può indicare un cattivo tratto caratteriale. Sostenere, inoltre, che un soggetto costantemente negligente dimostri un certo carattere può sembrare corretto, ma non è necessariamente così per tutti, poiché taluni potrebbero essere semplicemente goffi o dotati di scarse capacità intellettive»¹⁸⁷.

Una sofisticata versione della *character theory* è stata proposta da Antony Duff¹⁸⁸, per il quale, in sintesi, la responsabilità penale per colpa dovrebbe fondarsi sulla “*practical indifference*” da parte del reo rispetto alle conseguenze del proprio agire. Anche da un singolo episodio colposo, dunque, espressivo di *negligence* o di *recklessness*, in caso di previsione dell’evento lesivo non voluto, si potrebbe desumere la *blameworthy attitude*, giustificativa dell’intervento penale.

Si tratta, però, anche in questo caso, di un’impostazione teorica per la quale l’illecito colposo è destinato ad assumere un ruolo davvero risicato nel contesto del diritto penale, poiché, evidentemente, essendo il *punishment* relegato all’ipotesi in cui si possa dedurre dal comportamento dell’individuo una sorta di sua “tendenza a delinquere”, tale elemento potrebbe emergere assai diffi-

tra gli altri, anche da PINCOFFS, *Legal responsibility and moral character*, in *Wayne Law Review*, 1978, 19, 905 ss.; ARENELLA, *Convicting the morally blameless: reassessing the relationship between legal and moral accountability*, in *University of California Los Angeles Law Review*, 1991, 6, 1511 ss.

¹⁸⁷ CROSBY, *Subjectivism and objectivism in the criminal law: an examination of the limits of recklessness and negligence*, Middlesbrough, 2013, 92.

¹⁸⁸ DUFF, *Choice, character and criminal liability*, in *Law and Philosophy*, 1993, 4, 345 ss.

cilmente da un singolo episodio, potendo essere desunto, al più, dalla condotta di vita complessiva dell'*offender*, al ricorrere di comportamenti di natura seriale, non certo in ordine alla constatazione di infrazioni episodiche, soprattutto per colpa incosciente. Ciò, chiaramente, al netto delle crisi della certezza del diritto che potrebbe determinare, *tanto* nel caso di “codificazione” *quanto* nell’applicazione pratica, una siffatta impostazione.

Più in generale, si può osservare che la criminalizzazione della colpa è stata ed è tuttora avversata anche da molti altri studiosi, come Herbert Packer e, più di recente, Kenneth Simons, per i quali la sanzione penale presupporrebbe, per l’appunto, una *moral blameworthiness* che mal si concilierebbe con forme di *ordinary negligence* e, soprattutto, quella incosciente¹⁸⁹.

4.3. *Segue. Illecito colposo tra retributivismo e utilitarismo.* Nella dottrina penalistica statunitense, come ben noto, si registra un amoso scontro tra teorie retributivistiche e utilitariste¹⁹⁰, anche se la maggior parte degli autori, a partire dagli anni '70 dello scorso secolo, ha abbracciato la *retribution idea*¹⁹¹, tanto che il gruppo degli accademici che sostengono una visione utilitaristica del diritto e della sanzione penale risulta ormai abbastanza ristretto.

Sul punto, John Mackie ha rimarcato, allora, il “*paradox of retribution*”, rilevando che, sebbene la concezione retributiva della giustizia difetterebbe della benché minima base razionale (perché, generalmente, si sostiene che essa si estrinsecerebbe in una sorta di “vendetta”), non di meno essa non sembrerebbe poter essere estirpata¹⁹².

Il nucleo delle teorie retributiviste, in particolare, è rappresentato dall’idea che alla realizzazione di un illecito qualificato come penale dovrebbe necessariamente seguire (perlomeno secondo la versione “*hard*” della teoria, ossia il

¹⁸⁹ PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, 1968, *passim*; SIMONS, *Punishment and blame for culpable indifference*, in *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, 2015, 1, 143 ss.

¹⁹⁰ SVERDLIK, *Punishment*, in *Law and Philosophy*, 1988, 2, 179 ss.

¹⁹¹ GARDNER, *The renaissance of retribution: an examination of doing justice*, in *Wisconsin Law Review*, 1976, 781 ss.; ALLEN, *The decline of the rehabilitative ideal in American criminal justice*, in *Cleveland State Law Review*, 1978, 2, 147 ss.; HAMPTON, *Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution*, cit.; KADISH, *Fifty years of criminal law: an opinionated review*, in *California LR*, 1999, 4, 943 ss. (spec. 978); WHITMAN, *A plea against retributivism*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2003, 1, 85 ss.

¹⁹² MACKIE, *Morality and the retributive emotions*, in *Criminal Justice Ethics*, 1982, 1, 5.

c.d. “*positive retributivism*”) una sanzione, proporzionale, correlata alla *blameworthy* della condotta e, in quest’ottica, con riferimento alla funzione *tanto* del diritto penale *quanto* della sanzione caratteristica, il sistema dovrebbe imporre al colpevole un “prezzo da pagare” alla società, dipendente dal carattere *wrongful* della condotta a questi ascrivibile.

Molti studiosi, allora, hanno sostenuto che l’illecito colposo mal si concilierebbe con l’impostazione di fondo che connota le teorie appena sopra richiamate¹⁹³; taluni altri, invece, hanno affermato che non vi sarebbe un contrasto insanabile ma che, comunque, la *moral guilt* e il *blame* che connoterebbero il diritto penale esigerebbero una limitazione della responsabilità ad ipotesi di *gross negligence*, che dovrebbe rappresentare il limite inferiore della *mens rea*¹⁹⁴.

Al netto, tuttavia, di tali diatribe interne al retributivismo, in effetti, la criminalizzazione della colpa risulta senza dubbio più conforme all’utilitarismo e allo scopo di prevenzione (*deterrence*) della *criminal law* che esso intende porre in risalto¹⁹⁵, tanto è vero che i redattori del *MPC* (che è, a sua volta, d’impostazione utilitarista), nella relazione di accompagnamento all’articolato, hanno segnalato espressamente come l’intervento penale in caso di *negligence* mirerebbe, per l’appunto, a garantire la prevenzione di eventi lesivi di particolare gravità¹⁹⁶.

Fatto è che, come si è già rammentato, siffatta impostazione teorica oggi non è affatto prevalente tra gli studiosi della materia. Il che contribuisce ulteriormente a chiarire le motivazioni della persistente resistenza ad ammettere la responsabilità colposa che emerge dal panorama dottrinale statunitense nel

¹⁹³ Nella manualistica, vd. DRESSLER, *Understanding criminal law*, cit., 130-131. In precedenza, vd. WILLIAMS, *Criminal law: the general part*, London, 1961, 30.

¹⁹⁴ Vd. SIMONS, *Culpability and retributive theory: the problem of criminal negligence*, in *Contemporary Legal Issues*, 1994, 5, 365 ss.

¹⁹⁵ GARFIELD, *A more principled approach to criminalizing negligence: a prescription for the legislature*, cit., 884. Su questo tema, con particolare riferimento ai fatti di omicidio, vd. DAVIS, *The development of negligence as a basis for liability in criminal homicide law*, in *Kentucky Law Journal*, 1939, 3, 209 ss.

¹⁹⁶ In argomento, vd. anche HUIGENS, *The dead end of deterrence, and beyond*, in *William and Mary Law Review*, 2000, 3, 943 ss.: «both specific and general deterrence clearly can be served by the imposition of liability for negligence. Because negligence is not only inadvertence, but also – and more to the point – the failure to meet a standard of due care, the imposition of negligence liability deters wrongdoing because it encourages both this defendant and other actors to exercise greater care in the future». Sul punto, vd. anche *infra*.

suo complesso.

4.4. *Ulteriori posizioni dottrinali contrarie alla criminalizzazione della colpa, o che ne propongono una sua stringente limitazione.* Uno dei maggiori oppositori alla criminalizzazione della colpa è Jerome Hall¹⁹⁷, il quale ha rilevato come siffatta opzione non apparterebbe alla tradizione di *common law*; che alla punizione della *negligence*, anche se *gross*, si frapporrebbe una motivazione etica (nel senso che si tratterebbe di condotte non caratterizzate da sufficiente disvalore per giustificare l'intervento penale); come le difficoltà nella determinazione dei gradi della colpa in concreto costituirebbero una valida ragione per limitare la rilevanza della *negligence* alla sfera del *tort*. Sicché, secondo l'Autore, le *negligence* dovrebbe essere contrastata con sanzioni a carattere amministrativo, anche di tipo interdittivo, perché maggiormente idonee, rispetto al *punishment*, a garantire la prevenzione di comportamenti antisociali.

Si è al cospetto, dunque, di una posizione dottrinale decisamente contraria all'intervento della *criminal law* rispetto alla *negligence*, di qualunque grado, niente affatto isolata nel panorama dottrinale statunitense, soprattutto negli anni '60 dello scorso secolo¹⁹⁸.

Per quanto rilevato, più di recente, da John Coffee¹⁹⁹, invece, la criminalizzazione della *ordinary negligence* rappresenterebbe una scelta *unfair*²⁰⁰, tale da determinare la perdita di credibilità del *criminal law system* in termini di controllo sociale. Anche Jeremy Horder, dal canto suo, in Inghilterra, pur riconducendo alcune forme di colpa grave alla *mens rea*, ha sollecitato la limitazione della responsabilità penale all'ipotesi della *gross negligence*, nonché a fattispecie di reato particolarmente gravi²⁰¹.

¹⁹⁷ HALL, *Negligent behaviour should be excluded from penal liability*, in *Columbia Law Review*, 1963, 4, 632 ss.

¹⁹⁸ Difatti, vd. FINE-COHEN, *Is criminal negligence a defensible basis for penal liability?*, in *Buffalo Law Review*, 1967, 3, 749 ss.

¹⁹⁹ COFFEE JR., *Does unlawful mean criminal? Reflections of the disappearing tort/crime distinction in American law*, cit., 193 ss.

²⁰⁰ In tal senso, vd. anche GARFIELD, *A more principled approach to criminalizing negligence: a prescription for the legislature*, cit., 910-911.

²⁰¹ HORDER, *Gross negligence and criminal culpability*, in *University of Toronto Law Journal*, 1997, 4, 495 ss.

4.5. *Le posizioni a favore della criminalizzazione della colpa.* Una parte della dottrina anglo-americana contemporanea riconosce, invece, che anche un comportamento colposo, pure nel caso di involontaria violazione della norma cautelare, possa essere riconosciuto come *blameworthy*²⁰².

Così come taluni studiosi della materia ritengono che la *negligence* possa essere ricondotta alla *mens rea* e, perlomeno a talune condizioni, giustificare l'intervento della sanzione penale²⁰³. Tra questi, vi è (il già citato) Herbert Hart²⁰⁴, per il quale la colpa, quale forma di manifestazione della *mens rea*, ben potrebbe essere oggetto di *punishment*, almeno nel caso di *gross negligence*.

Pure agli anni '60 risale un noto saggio di Herbert Wechsler, membro autorevole ed influente della commissione nominata dall'*ALI* per la redazione del *MPC*, il quale osservò: «l'imputazione e la condanna di coloro che inavvertitamente hanno provocato un rischio rappresentano elementi che in qualche modo incentivano gli individui ad attivarsi in modo tale da evitare di realizzare condotte dalle quali possa derivare un'offesa. In qualche maniera, dunque, la criminalizzazione della colpa promuove l'adozione di contromisure. Del resto, la disattenzione può essere espressiva di una mancanza di cura e d'interesse rispetto agli interessi di terze persone»²⁰⁵.

Sicché, tra le pieghe del ragionamento di questo illustre Autore, si coglie il proposito di fornire una "giustificazione" alla criminalizzazione della *negligence* in linea *tanto* con le teorie utilitariste (attraverso il richiamo alla prevenzione) *quanto* con l'impianto delle tesi retributiviste (nella misura in cui si è associata la *negligence* all'inadeguata attenzione rispetto alla sfera dei diritti altrui).

Guardando, poi, il panorama dottrinale attuale si può rilevare come gli autori

²⁰² In argomento, vd. SVERDLIK, *Pure negligence*, in *American Philosophical Quarterly*, 1993, 2, 137 ss. In tal senso, BRADY, *Punishment for negligence: a reply to Professor Hall*, in *Buffalo Law Review*, 1972, 1107 ss., nonché, più di recente, BERMAN, *Negligence and culpability*, in *Criminal Law & Philosophy*, 2022, 10, 455 ss.

²⁰³ HAMPTON, *Mensrea*, in *Social Philosophy and Policy*, 1990, 2, 1 ss.

²⁰⁴ HART, *Punishment and responsibility*, cit., 136 ss.

²⁰⁵ WECHSLER, *On culpability and crime: the treatment of mens rea in the Model Penal Code*, in *Annals*, 1962, 24 ss.

americani che non abbiano incentrato le proprie speculazioni teoriche sul dilemma che attanaglia la funzione del diritto penale e della sanzione criminale o che, comunque, non abbiano assunto posizioni retributiviste intransigenti, si siano, di massima, espressi in favore della criminalizzazione della *negligence*, oltre che della *recklessness* (sebbene generalmente rilevando come l'intervento penale dovrebbe essere limitato ad ipotesi di colpa particolarmente grave)²⁰⁶. Ciò, soprattutto, ponendo l'accento sulla funzione preventiva del diritto penale nel contesto della società moderna, connotata dalla proliferazione e dell'intersecazione dei rischi²⁰⁷.

4.6. *La c.d. "misura soggettiva" della colpa.* Per quanto riguarda la struttura dell'illecito colposo, molti studiosi moderni della materia, negli *States*, hanno rilevato come ai fini dell'addebito non sia affatto sufficiente la violazione della regola cautelare e la sussistenza di un nesso eziologico con l'evento lesivo tipizzato dalle norme incriminatrici, essendo necessaria, altresì, la prevedibilità dell'evento medesimo.

Tale elemento, in particolare, viene valorizzato attraverso la c.d. "*proximate cause*", per la quale l'imputazione del fatto implica l'accertamento della c.d. "*legal causation*" (*imputatio iuris*), ovvero sia della circostanza che il reo abbia attuato una condotta produttiva di una "*proximate cause of the harm*".

Con questa locuzione, innanzitutto, s'indica un fattore eziologico "*near*" all'evento (anche in termini temporali), "*closely related to the harm*", secondo un principio espresso, anche in questo caso, dal *MPC* che, al § 2.03, stabilisce che «*the result cannot be too remote or accidental in its occurrence to have a just bearing on the actor's liability*».

Allo stesso tempo, secondo la dottrina, tanto nel settore penale quanto in quello della *tort law*, tale elemento limitatore della responsabilità, fondato sulla regolarità causale, si lega al requisito della *foreseeability*, ovvero sia alla possibilità del soggetto agente di prevedere la situazione di rischio e l'evento che potrebbe derivare da una determinata condotta²⁰⁸.

²⁰⁶ Vd., ad esempio, HUIGENS, *Virtue and negligence*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, 2, 431 ss.

²⁰⁷ Vd. BALDWIN, *Command and persuade. Crime, law, and the State across history*, Cambridge, Massachusetts, 2023, 243.

²⁰⁸ In argomento, vd. KARP, *Causation in the Model Penal Code*, in *Columbia Law Review*, 1978, 6,

Si tratta di un criterio impiegato anche in giurisprudenza (specie in casi che coinvolgono il problema del concorso di concause esterne, confluenti sulla situazione di rischio ingenerata dal reo); nel contesto del *gross negligent manslaughter*, si può rammentare la sentenza *State v. Hall*, 299 S.E.2d 680 (1983), pronunciata dalla *Court of appeals of North Carolina*.

Volendo ripercorrere la vicenda oggetto del giudizio penale, si può rilevare che durante battuta di caccia al cervo il *defendant* aveva inseguito una preda in un luogo in cui egli pensava non vi fossero altre persone e, sentendo un fruscio tra i cespugli, sparò, colpendo accidentalmente un altro cacciatore, uccidendolo.

La Corte, allora, nell'occasione ha rammentato come la *negligence* nel settore penale possa formare base dell'addebito soltanto nel caso in cui essa si riveli "gross" («*culpable negligence in the criminal law requires more than the negligence necessary to sustain a recovery in tort. Rather, for negligence to constitute the basis for the imposition of criminal sanctions, it must be such reckless or careless behaviour that the act imports a thoughtless disregard for the consequences of the act, or the act shows a heedless indifference to the rights and safety of others*»).

La Corte, inoltre, ha soggiunto che la mera violazione di una regola cautelare non potrebbe consentire l'addebito colposo, essendo necessario verificare la condotta del reo nel prisma della *proximate cause* e, dunque, della *foreseeability* («la definizione di causa prossima è pacifica. Essa è tale quando: in una sequenza naturale, continua e non interrotta da alcuna causa nuova e indipendente, produce un danno; senza di essa il danno non si sarebbe verificato; una persona dotata di ordinaria prudenza avrebbe potuto ragionevolmente prevedere l'evento, o qualche simile risultato dannoso, come probabile conseguenza dell'azione alla luce dei fatti così come esistevano. Sicché, la *foreseeability* è un requisito della *proximate cause*»).

Talché, rilevando come il giudice di prima istanza non avesse fornito alla giuria delle adeguate istruzioni sul punto, la Corte ha annullato la sentenza di condanna oggetto di impugnazione, pronunciata nei confronti dell'imputato per omicidio colposo.

1249; MOORE, *Placing blame: a theory of the criminal law*, Oxford, 2010, 363 ss.

Quanto all'evitabilità, intesa in termini di capacità-possibilità dell'individuo di adottare le necessarie contromisure per scongiurare il rischio e la verificazione dell'evento lesivo, che evoca il concetto di esigibilità, si è già richiamata la c.d. "*capacity of choice*" nonché la tesi di Herbert Hart. Si tratta di un elemento che è stato posto in rilievo, in più occasioni, dalla dottrina anglo-americana²⁰⁹ come idoneo a segnare il distacco della *negligence* dalla sfera della *strict liability*. Il requisito imputativo dell'evitabilità, del resto, è ritenuto da alcuni studiosi strettamente correlato al concetto di "*unjustifiable risk*", che forma il sostrato *tanto* della *negligence* quanto della stessa *recklessness*²¹⁰.

In proposito, occorre però rimarcare come tale requisito, un tempo, venisse totalmente obliterato dalla giurisprudenza nel caso in cui la condotta riferibile al *defendant* presentasse caratteri di particolare *blameworthiness*. In proposito, si è notato, ad esempio, come negli anni '50 dello scorso secolo la *defense of unavoidable accident* mostrasse una davvero scarsa efficacia, tanto che le corti tendevano addirittura ad escludere l'ammissibilità di istanze di prova formulate dall'imputato volte a dimostrare l'inevitabilità del sinistro stradale, laddove l'automobilista avesse tenuto un comportamento di guida pericoloso, o avesse condotto il proprio veicolo in stato di alterazione derivante dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti²¹¹.

Si tratta, però, di orientamenti severi che, talora, affiorano ancor oggi²¹², ponendo ulteriormente in luce l'eccessiva valorizzazione della *moral blameworthy*, che conduce a forme di ascrizione derivanti, non di rado, dalla mera logica del *versari*.

4.7. *Lo standard comportamentale nella colpa e la reasonable person*. Alcuni

²⁰⁹ In argomento, vd. HUSAK, *Distraction and negligence*, in *Principles and values in criminal law and criminal justice: essays in honour of Andrew Ashworth*, a cura di Zedner-Roberts, Oxford, 2012, 85 ss. Più di recente, vd. WILLIAMS, *Taking responsibility for negligence and non-negligence*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2020, 14, 113 ss.; CROSBY, *Gross negligence manslaughter revisited: time for a change of direction?*, in *The Journal of Criminal Law*, 2020, 3, 228 ss. Per quanto riguarda il tema della *possibility to avoid the risk* nella *tort law*, vd. WRIGHT, *Negligence in the courts: introduction and commentary*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2002, 2, 425 ss.

²¹⁰ In argomento, vd. FLETCHER, *The fault of not knowing*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2002, 3 265.

²¹¹ Vd. HENRY, *Criminal law: involuntary manslaughter defense of unavoidable accident*, in *Marquette Law Review*, 1953, 2, 185 ss.

²¹² Vd., tra le più recenti, *People v. Olvera*, 2023 Ill. App. 210875 (Ill. App. Ct. 2023).

studiosi lamentano come la giurisprudenza statunitense tenda a valutare la responsabilità colposa, nel settore penale, attraverso uno *standard* eccessivamente astratto, overosia col ricorso alla *reasonable person*, obliterando del tutto le condizioni particolari che attengono alla persona del reo, al momento della commissione del fatto. In questo quadro, si è sottolineato, allora, che la responsabilità per *negligence*, ancorandosi la *foreseeability* e l'evitabilità (in termini di dominio della situazione di rischio) ad un modello astratto e ideale, finirebbe con il rappresentare una forma di responsabilità *sine culpa*²¹³, contribuendo ad evidenziare l'intrinseca indeterminatezza del concetto stesso di *mens rea*²¹⁴.

In questo contesto s'inserisce la c.d. "*role theory*", sostenuta, ad esempio, da John Gardner²¹⁵, per il quale la responsabilità penale potrebbe essere ascritta ad un individuo soltanto tenendo conto del "ruolo", per l'appunto, che questi svolgerebbe, come ad esempio il medico, l'agente di polizia, l'insegnante, il genitore, l'automobilista, il datore di lavoro, e così via; in questi ambiti, il soggetto sarebbe, dunque, *guilty* soltanto laddove la sua condotta risultasse distaccata dallo *standard* della persona ragionevole che svolge quel ruolo, che presupporrebbe il possesso di capacità, abilità e conoscenze specifiche. In questo quadro, per lo stesso Gardner, sarebbe irrilevante se il soggetto agente avesse o meno le "doti" per uniformarsi a *standard* ideali, così come l'eventuale possesso di capacità o competenze superiori²¹⁶.

Sulla questione dello *standard* fruibile per "misurare" la colpa, il *MPC*, come si è già rammentato, ha inteso "sorvolare"²¹⁷, ritenendosi che essa dovesse es-

²¹³ Vd., ad esempio, DIAMOND, *The crisis in the ideology of crime*, in *Indiana Law Review*, 2, 291 ss. (spec. 294).

²¹⁴ Su cui, vd. GARDNER, *The mens rea enigma: observations on the role of motive in the criminal law past and present*, in *Utah Law Review*, 1993, 3, 635 ss.

²¹⁵ GARDNER, *The gist of excuses*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, 2, 575 ss.

²¹⁶ Questa impostazione è stata sposata, ad esempio, da *New Jersey v. Weiner*, 194 A.2d 467 (N.J. 1963). La valorizzazione *contra reum* di eventuali conoscenze, competenze o capacità superiori rappresenta un tema controverso (anche) nel panorama anglo-americano, sebbene oggetto di un interesse da parte della dottrina assai più circoscritto rispetto al dibattito che si è formato in Italia. Su questo argomento, in ogni caso, vd. SINGER, *The resurgence of mens rea*, in *Boston College Law Review*, 1986, 2, 243 ss., spec. 280-281; MORAN, *Rethinking the reasonable person*, New York, 2003, *passim*.

²¹⁷ Sul punto, vd. anche ROBINSON-HOLCOMB, *Individualizing criminal law's justice judgments: shortcomings in the doctrines of culpability, mitigation, and excuse*, in *Villanova Law Review*, 2022, 2, 273 ss. (spec. 277).

sere devoluta al “buon senso” delle corti, anziché formare oggetto di specifica previsione normativa. Ciò, in un contesto in cui la giurisprudenza statunitense, nel valorizzare assai di rado le *physical characteristics*, incorporandole nel *reasonable person standard*, è radicalmente ostile ad assegnare valenza alle *mental characteristics* (che non rivestano carattere patologico)²¹⁸, mentre sporadicamente attribuisce un peso, *contra reum*, a conoscenze, competenze e capacità superiori.

Si è al cospetto di un tema particolarmente vasto, che non può essere affrontato *ex professo* in questa sede; valga però considerare come uno studioso di grande levatura quale Michael Vitiello ha rimarcato come, in effetti, il parametro da impiegare al singolo caso non potrebbe e non dovrebbe essere stabilito a priori dal legislatore, bensì rimesso al giudizio equitativo delle corti che, partendo da uno *standard* oggettivo, quello della *reasonable person*, dovrebbero poi stabilire se tener conto o meno elementi contingenti o caratteristiche personali del reo²¹⁹.

Sebbene, allora, il problema dello *standard* fruibile dall’interprete, perlomeno nel prisma della possibilità di valorizzare “doti” superiori in possesso del reo, non sia stato definitivamente risolto neppure nel nostro Paese, non ci si può esimere dal rilevare come la descritta impostazione, nel contesto statunitense, ove la definizione del grado della colpa deve essere tenuta in considerazione in termini di punibilità del fatto, contribuisca a delineare un quadro di estrema incertezza applicativa.

5. *Conclusioni.* Volendo tirare le somme, si può ribadire come, nel panorama statunitense, *recklessness* e *negligence* rappresentino due forme di responsabilità colposa e che la differenza tra i due concetti sia determinata dalla previsione da parte del reo del rischio di verificazione dell’evento, che connota la prima forma di *culpability* ed è, invece, assente nella seconda.

Si è avuto anche occasione di illustrare, con particolare riguardo alla disciplina dell’omicidio, come si rivelino assai labili i confini tra *recklessness* e re-

²¹⁸ DRESSLER, *Understanding criminal law*, cit., 132.

²¹⁹ VITIELLO, *Defining the reasonable person in the criminal law: fighting the Lernaean Hydra*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, 4, 1435 ss. Si tratta di una linea largamente diffusa anche nella dottrina di *tort law*. Vd. GREEN, *The negligence issue*, in *The Yale LJ*, 1928, 8, 1029 ss., spec. 1036.

sponsabilità a titolo di dolo, che è particolarmente estesa, tanto da involgere, attraverso forme di ascrizione “anomala”, condotte in cui l’evento lesivo è preveduto ma niente affatto voluto dal soggetto agente ma, addirittura, ipotesi in cui manchi *tout court* la sua previsione (in un’area in cui, quindi, è particolarmente complicato definire, a sua volta, il confine tra responsabilità per *murder* e *gross negligence manslaughter*).

Si tratta di alcune delle maggiori criticità che connotano il *criminal law* d’oltreoceano, idonee ad alimentare derive punitive niente affatto apprezzabili, perlomeno agli occhi dello studioso italiano e nella prospettiva del garantismo penale, cui i principi costituzionali statunitensi e, in particolare, la *cruel and unusual punishments* e la *due process clause*, non sono ancora riusciti a porre adeguati argini.

Si è anche rilevato come, in effetti, contrariamente al sistema nostrano, quello americano preveda una limitazione della responsabilità penale per colpa fondata sulla *gross negligence*, ovvero su forme di colpa grave, mentre la *ordinary negligence* e la colpa lieve (al netto di alcune eccezioni, specie in alcuni settori, quale l’infortunistica stradale) siano relegati alla *tort law*.

In argomento si è autorevolmente osservato come, in effetti, la limitazione della responsabilità penale all’ipotesi della *gross negligence* si rivelerebbe un energico argine all’imputazione di fatti colposi: «la responsabilità per colpa generalmente si aggancia ad un *objective standard*. La *criminal negligence* è però definibile in base al *MPC* come una “*gross deviation from a standard of care that a reasonable person would observe in the actor’s situation*”. Il grado di negligenza che determina la responsabilità nel settore penale è assai elevato, ed è arduo sostenere che una persona normalmente diligente possa incorrere in responsabilità penale. Un errore comune finirebbe, di converso, per evidenziare come il *defendant* non sia stato *grossly negligent*»²²⁰.

Così, ad esempio, nella *malpractice* medica, alcuni studiosi della materia hanno potuto rilevare come la contestazione di fatti di omicidio per eventi avversi occorsi ai danni dei pazienti risulti alquanto “*rare*”²²¹ e, difatti, da uno

²²⁰ HUSAK, *The “but-everyone-does-that” defense*, in *Public Affairs Quarterly*, 1996, 4, 307 ss. (spec. 311-312).

²²¹ DICKINSON, *The criminalization of human errors in healthcare*, in www.americanbar.org, 27 luglio 2022.

studio statistico emergerebbe come il numero dei procedimenti penali attivati nei confronti dei medici nel periodo tra l'anno 1981 ed il 2005 sarebbe pari a circa trenta²²².

Ciò sebbene dall'analisi condotta dall'autorevole *John Hopkins Medicine*, esposta in un contributo pubblicato sul sito *web* dell'istituto nel 2016, dal titolo *Study suggests medical errors now third leading cause of death in the U.S.*, emergerebbe come i decessi per *malpractice* ammonterebbero, in media, a circa 250.000 all'anno.

Da un recente rapporto stilato dall'*American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations* (in acronimo "*AFL-CIO*", che è un ente di categoria paritetico), pubblicato sul sito *web* dell'istituzione (dal titolo *Death on the job: the toll of neglect 2022*), emergerebbe, inoltre, come a fronte di circa 125.000 casi all'anno di malattie professionali e di infortuni occorsi sui luoghi di lavoro (con circa 9.000 decessi registrati solo nell'anno 2020), i procedimenti penali a carico dei datori di lavoro, per violazione delle norme per la tutela della salute e della sicurezza, sarebbero pure estremamente infrequenti (tanto è vero che il *report* stigmatizza l'assenza nel settore del diritto penale e della sua capacità preventiva).

Tutto ciò, allora, dovrebbe indurre a riflessione in ordine alle proposte relative all'introduzione di limitazioni alla responsabilità colposa avanzate in Italia, spesso formulate facendo riferimento, per l'appunto, a modelli stranieri, tra cui quello americano; paragonando i dati raccolti nel nostro Paese nei citati settori (nel 2020, nonostante l'emergenza pandemica, per quanto riportato dalla stampa specializzata, si sarebbero registrate circa 1.000 denunce per omicidio colposo²²³; nello stesso anno, secondo le rilevazioni di varie entità pubbliche, si sarebbero verificati circa 1.300 infortuni mortali sui luoghi di lavoro), tenendo conto del rapporto tra la popolazione dei due Paesi (quella degli *U.S.A.* è poco più di cinque volte quella italiana), si potrebbe giungere a ritenere, infatti, che la limitazione della responsabilità penale all'ipotesi della

²²² HOFFMANN, *Physicians who break the law*, in *Saint Louis University Law Journal*, 2009, 53, pp. 1049 ss.

²²³ PATRINI, *Decessi in ospedale, in Italia denunce in calo del 40% malgrado il Covid*, in www.sanita24.ilsole24ore.com, 22 dicembre 2021.

gross negligence sia idonea a generare degli scenari distopici²²⁴.

²²⁴ Ciò al netto della circostanza che l'ancoraggio della responsabilità penale al grado della colpa, come dimostra il panorama statunitense, conduce all'attribuzione alle corti di poteri eccessivamente ampi e, quindi, all'arbitrio punitivo.