

QUESITI

LUIGI CORNACCHIA

Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma

Il modello di responsabilità colposa del codice penale italiano è irrazionale per due ragioni: in primo luogo, perché incentrato sulla imputazione di eventi dovuti al caso; in secondo luogo, perché la forma normale di colpa è quella lieve e incosciente. Si suggerisce pertanto un approccio diversificato di prevenzione, fondato sulla compliance individuale, sulla vigilanza e su modelli riparativi per gli eventi lesivi che si verificano nonostante la prevenzione.

Liability for Negligence: Irrationality and Reform Perspectives

The model of liability for negligence of the Italian penal code is irrational for two reasons: first, because it focuses on the imputation of events due to the case; secondly, because the normal form of negligence is the slight and unconscious one. A diversified approach to prevention is therefore suggested, based on individual compliance, vigilance and restorative models for harmful events that occur despite prevention.

SOMMARIO: 1. Il modello danno-centrico aleatorio di reato colposo dell'art. 43 c.p. - 2. Delimitazione della colpa alle forme più gravi. - 2.1. Esigenza di un coefficiente psicologico effettivo: sola colpa cosciente. - 2.2. Esigenze connesse al principio di esiguità: sola colpa grave. - 2.3. Ragioni deflative fondate sui principi di sussidiarietà, frammentarietà e proporzione. - 2.4. Pretesa assoluta di piena conoscenza delle regole cautelari: responsabilità colposa per la mera *suïtas*. - 2.5. Prospettiva "asimmetrica" *de jure condendo*: depenalizzazione della colpa incosciente, salva l'incriminazione della colpa grave. - 3. Per un approccio diversificato in termini di *compliance* individuale.

1. *Il modello danno-centrico aleatorio di reato colposo dell'art. 43 c.p.* Il modello di illecito colposo sancito dal codice penale, incentrato sulla colpa lieve e incosciente e sul disvalore di evento, sembra costituire un mero meccanismo differenziale di imputazione di accadimenti lesivi dovuti al caso¹. Fattori

¹ Sul tema recentemente BURGHARDT, *Zufall und Kontrolle*, Tübingen, 2018, 1, intendendo il caso come concetto antitetico a quello di controllo: la tesi sostenuta è che il principio del controllo dovrebbe sostituire il concetto di colpevolezza come rimproverabilità (52 ss., 377 ss.); cfr. anche ZACZYK, *Über Zufall und Kontrolle Im Strafrecht*, in *Goldammer's Archiv*, 2021, 147 ss. Sul ruolo del caso nell'addebito colposo, che fa ricadere la pena a mo' di lotteria sul soggetto più sfortunato tra tanti, v. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 105 ss.; N. MAZZACUVA, *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di Donini-Orlandi, Bologna, 2013, 70 ss.; sulla sua incompatibilità con l'art. 27 Cost, dal momento che far rispondere a seconda del verificarsi casuale dell'evento ricalca la logica del "*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*" v. EUSEBI, *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enciclopedia del Diritto*, I tematici, II, *Reato colposo*, a cura di Donini, Milano, 2021, 1209 ss.

concretamente indominabili o addirittura imponderabili per il singolo governano il realizzarsi di un evento e le sue caratteristiche anche dimensionali, a partire da condotte identiche, egualmente difformi rispetto a standard cautelari. E la reazione penale, nell'ordinamento vigente, risulta appiattita sulla mera verifica dell'evento, tanto che il trattamento sanzionatorio viene, irrazionalmente, calibrato sulla magnitudo di quest'ultimo, secondo un retribuzionismo di tipo rigidamente sinallagmatico che prescinde completamente da qualsiasi considerazione relativa all'efficacia preventiva che non sia quella dell'intimidazione pura, ammesso che rispetto a negligenze o imprudenze possa sortire qualche effetto, dal momento che i soggetti chiamati a rispondere non necessariamente sono quelli più incauti o avventati o meno scrupolosi: una criteriologia sinallagmatica danno-centrica che in un certo senso fa apparire coerente il progressivo avvicinamento quantitativo delle pene per il reato colposo a quelle per il corrispondente doloso e anzi l'avvento, attraverso le riforme degli ultimi anni, di pene draconiane rispetto a certi reati colposi (omicidio e lesioni colposi stradali, nonché derivanti da inosservanza di norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro) che possono risultare addirittura più severe di quelle previste per il dolo². Ma si tratta di una coerenza tetragona a reali istanze preventive e di giusta allocazione delle responsabilità.

Riprendendo la sollecitazione di Luciano Eusebi³, per fare realmente prevenzione occorre invece piuttosto migliorare i sistemi di controllo su condotte pericolose (e rivalutare il disvalore di azione come contrassegno essenziale della colpa penale⁴).

In quest'ottica, si suggeriscono due rimodulazioni, reciprocamente complementari, della responsabilità colposa:

² Cfr. EUSEBI, *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1202, 1206 ss. Le dimensioni dell'evento incidono poi, a monte, sullo stesso accertamento della colpa, nel senso che a eventi macroscopici o disastrosi segue, nell'applicazione giurisprudenziale, la sostituzione della prevedibilità dell'evento dell'art. 43 c.p. con la mera prevedibilità del rischio o addirittura l'impossibilità di escludere la verifica di un qualsiasi evento di danno, anche concretamente imprevedibile, laddove lo stesso "non potere escludere" rimane a livello puramente virtuale (cfr. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva della colpa"*, Torino, 2013, 157 ss., 202 ss.).

³ Cfr. EUSEBI, *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1201, 1212 ss.; ID., *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in *Arch. pen.*, 2022, 1, 11 ss.

⁴ Sul ruolo del disvalore d'azione, M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014.

A) in primo luogo, ove siano attingibili standard cautelari cristallizzati dall'esperienza, puntare direttamente ai comportamenti che non si adeguano ad essi, attraverso sanzioni amministrative pecuniarie o eventualmente pene private - ma anche strategie comportamentali di altro genere, idonee a promuovere condotte conformi alle regole cautelari, come si dirà in seguito -, evitando comunque *in generale* (e non solo con riguardo a ambiti professionali predefiniti) di utilizzare la pena detentiva a fronte di eventi infausti che si verificano nonostante il rispetto degli standard stessi, in considerazione della sua scarsa idoneità preventiva e anzi della sua capacità di indurre atteggiamenti difensivistici - ad esempio di tipo astensionistico (rispetto ad attività socialmente utili, come quella terapeutica, o amministrativa) - di fronte al rischio di vedersi esposti a procedimenti penali⁵;

B) in secondo luogo, in relazione a eventi che invece costituiscano la conseguenza non prevista di cautele non osservate scrupolosamente, offrire un ventaglio di soluzioni riparatorie adattate più possibile alla situazione concreta.

La riscrittura dell'apparato sanzionatorio per il reato colposo - nel senso predetto di utilizzare solo sanzioni amministrative o pene private per condotte inosservanti di standard cautelari condivisi (e di pensare a risposte non di tipo sanzionatorio orientative del comportamento) e sanzioni riparative per eventi infausti - si dovrebbe comunque accompagnare a una complementare delimitazione della colpa penale alla sola forma grave e cosciente (con piena rappresentazione attuale della possibilità di verificazione dell'evento lesivo), nell'ottica di una reale attuazione del principio di *extrema ratio*, laddove eventi lesivi conseguenza di colpa meno grave o incosciente dovrebbe costituire fonte di responsabilità civile di tipo aquiliano.

2. *Delimitazione della colpa alle forme più gravi.* La prospettiva della delimitazione della responsabilità colposa alle forme di manifestazione più gravi, appare innanzitutto una corretta opzione deflattiva in prospettiva *de iure con-*

⁵ EUSEBI, *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1206.

dendo, quale “congrua selezione” della tipicità della colpa nell’ottica del controllo sulla meritevolezza di pena⁶.

2.1. *Esigenza di un coefficiente psicologico effettivo: sola colpa cosciente.* Diversa, ma connessa appare l’esigenza, ai fini del giudizio di colpa, di una specifica componente psicologica effettiva, di un coefficiente minimo di partecipazione soggettiva: la coscienza della pericolosità dell’azione⁷; ovvero la *consapevole deviazione da una regola comportamentale*. Si tratta della c.d. colpa cosciente (distinta dalla colpa con previsione dell’evento)⁸, una forma di colpa “il cui contenuto intellettuale risulti empiricamente descrivibile secondo uno schema in fondo analogo al dolo di pericolo”⁹, ovvero contrassegnata dalla coscienza del sostrato precauzionale della norma¹⁰.

⁶ Già nota ai glossatori era la possibilità di una differenziazione qualitativa e quantitativa dei livelli di colpa. E proprio sull’elaborazione dei pratici medievali, oltre che sulla teoria civilistica della *culpa*, appare ritagliata la stessa tricotomia di Carrara tra colpa *lata* (“quando l’evento sinistro si sarebbe potuto prevedere da *tutti* gli uomini”), *leve* (“quando si sarebbe potuta prevedere soltanto dagli uomini *diligenti*”) e *levissima* (“quando si sarebbe potuto prevedere soltanto mercé l’uso di una diligenza *straordinaria e non comune*”: CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 1886 (riproduzione, Bologna, 1993), § 88, 105): con esclusione del rilievo penale di quest’ultima, per un principio di giustizia e soprattutto per mancanza della *forza morale oggettiva* (“non può nascere allarme ...da tale imprevidenza, nella quale i cittadini sentono che la *maggior parte di loro* sarebbe facilmente incorsa”: CARRARA, *Programma*, cit., § 268, 190). Un’indicazione che peraltro fu disattesa sotto la vigenza del codice Zanardelli dalla prevalente dottrina.

⁷ V. già DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 89.

⁸ V. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 40 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 337 (che parla della colpa con previsione come di una *colpa doppia*, “dovuta sia alla volontaria inosservanza delle cautele... e sia all’errore colposo circa la possibilità, nondimeno, di ‘farcela’...”: *ibid.*, 339); distingue tra colpa cosciente (della portata cautelare delle regole violate), colpa con rappresentazione (di elementi del fatto diversi dall’evento) e colpa con previsione (dell’evento) CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 23 ss., 79 ss., 202 ss., 308 ss.

⁹ SPASARI, *Esegesi e dottrina della colpa*, in *Studi Delitala*, III, Milano, 1984, 1522; cfr. anche ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, 117 ss.; ART. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913, 332 ss.; in tempi più recenti CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 231 ss.; DE FRANCESCO, *Il modello analitico fra dottrina e giurisprudenza: dottrina e garantismo nella collocazione sistematica dell’elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 133; DONINI, *Teoria del reato*, cit., 337 ss. e n. 83.

¹⁰ DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 140 ss. Il tema è da tempo oggetto di precipuo interesse in Germania: a riguardo va menzionata soprattutto l’opera di Michael Köhler, che suggeriva una selezione della colpa sul piano oggettivo, assumendo come tipiche solo condotte che mettano *concretamente in pericolo* il bene giuridico, con esclusione dunque di comportamenti di *culpa levis*, che al più possono integrare un pericolo astratto; decurtando in maniera radicale

La colpa incosciente nel nostro ordinamento costituisce la forma "normale" di colpa: mentre la colpa con previsione rappresenta solo una figura circostanziata aggravata, prevista dall'art. 61 n. 3 c.p. (quindi passibile di risultare soccombente nel giudizio di bilanciamento con altre circostanze).

La colpa cosciente (nel significato di consapevolezza di agire in contrasto con regole di cautela, a prescindere da ogni riferimento a eventi futuri) di per sé non sembra espressamente menzionata, ma assume certamente rilevanza in sede di commisurazione della pena (attraverso il "grado della colpa", richiamato dall'art. 133 c.p.).

Con riguardo alla pertinenza di uno specifico contrassegno psicologico reale e non ipotetico, la soluzione del codice vigente di assumere la *colpa incosciente come normale forma* è estremamente opinabile, già soltanto per lo iato troppo forte che ne risulta tra questa e il dolo intenzionale (peraltro l'unica forma di dolo espressamente menzionata dal legislatore, all'art. 43, co. 1°, ove si dice che "il delitto è doloso, o secondo l'intenzione"); ma prima ancora perché un rimprovero di tipo normativo - "sei responsabile perché non ti sei rappresentato le cautele che avevi l'obbligo di rappresentarti..." - fondato su un dato psicologico meramente potenziale - "...dal momento che avresti potuto rappresentartele" - non è altro che una forma non troppo dissimulata di responsabilità oggettiva.

2.2. Esigenze connesse al principio di esiguità: sola colpa grave. Inoltre, rispetto invece alla questione distinta e connessa della eventuale statuizione di un livello minimo di gravità della colpa, deve essere quantomeno preso in

il novero dei beni giuridici che possono fondare l'incriminazione per colpa (in via di principio solo la vita e l'incolumità individuale, comunque non meri interessi funzionali); inoltre, attraverso delimitazione della punibilità alle sole condotte di lesione o messa in pericolo grave, vanno impuniti le trasgressioni di mere norme ordinarie. Il "rasoio" dell'autore neokantiano riguarda anche la dimensione soggettiva dell'illecito colposo: in questa direzione, richiede la *consapevolezza del pericolo* illecito che si crea o si incrementa con la condotta contraria al dovere di diligenza, quindi, della portata cautelare delle norme che si è obbligati ad osservare; sul presupposto che "anche il più saggio e avveduto fa errori", la circoscrizione del rilievo penale alla sola *bewußte Fahrlässigkeit* implica l'esclusione delle mere dimenticanze, degli errori di percezione rispetto a situazioni di pericolo, degli errori conseguenze di involontarie distrazioni o di situazioni di debolezza emotiva, degli sbagli dovuti alla *routine* di certi comportamenti (KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1982, 172).

considerazione lo stimolo proveniente dalla letteratura tedesca - ma già dall'antico dibattito sulla non punibilità della *culpa levissima* - con riguardo a un'opzione di deflazione sostanziale (in collegamento alla prospettiva di codificazione del c.d. *principio di esiguità*) che attraversa la storia del diritto penale dall'epoca dei postglossatori fino all'*Alternativ-Entwurf* in Germania (il cui § 16 II escludeva la punibilità del "*gering fahrlässiges Verhalten*").

Ciò, non solo con riguardo alle classiche figure di omicidio e lesioni: anzi, in prospettiva *de lege ferenda*, sarebbe proficua una rimediazione specialmente rispetto a quei settori in cui più urgente appare una chiara linea di demarcazione tra moduli di allocazione della responsabilità civile e criteri di definizione della responsabilità penale (es. l'esercizio professionale, non limitato alla sola attività sanitaria, e dell'attività d'impresa).

Operando una sintesi concettuale, si può approssimativamente tratteggiare la colpa grave¹¹, sul piano oggettivo, come violazione di *un obbligo di diligenza particolarmente importante*, o di *un grande numero di obblighi di cura poco significativi*, ergo come una negligenza o imprudenza di proporzioni inusitate, di fronte ad un evento tipico che si sarebbe presentato come *altamente probabile* per chiunque si fosse trovato nelle condizioni dell'agente e avesse adoperato un minimo di cautela e avvedutezza; sul piano soggettivo, come caratterizzata dalla possibilità, in capo all'agente, di riconoscere il rilievo o il numero degli obblighi stessi (e, correlativamente, l'alto rischio connesso al mancato rispetto degli stessi) e dalla sua capacità di comportarsi in modo conforme¹².

Si dovrebbero dunque assumere come parametri cumulativi: l'entità *quantitativa* dell'inosservanza (es. è grave superare il limite di velocità di più di 10 km/h); il *numero* delle inosservanze (es. è grave superare il limite con una macchina vecchia, senza avere controllato i freni da lungo tempo); il grado di *divergenza* tra condotta astrattamente doverosa (individuata secondo il parametro dell'agente modello) e comportamento concretamente realizzato, quindi la *misura della violazione* della regola cautelare; l'*esigibilità* dell'osservanza, per cui la colpa è di solito più grave in soggetti di particolare abilità,

¹¹ Sul tema v. POLI, *Colpa grave*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 103 ss.

¹² Cfr. WEGSCHEIDER, *Zum Begriff der Leichtfertigkeit*, in *ZStW*, 1986, 98, 624 ss. Sul grado della colpa v. le opere fondamentali di PADOVANI, *Il grado della colpa*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 818 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 279 ss.

competenza, esperienza; il grado di *prevedibilità* dell'evento; il grado di *evitabilità* dell'evento attraverso il comportamento alternativo lecito (richiedendosi la certezza, se si ritengono sufficienti a fondare la responsabilità anche modestissime probabilità di salvare il bene giuridico tenendo la condotta osservante; ovvero la probabilità, pur “significativa”, di evitare l'evento, cioè la constatazione che solo difficilmente il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato la lesione)¹³; la maggiore o minore diponibilità dei mezzi per raggiungere lo scopo cautelare¹⁴.

Talora con la colpa grave (*Leichtfertigkeit*¹⁵) viene identificata *tout court* la colpa grossolana (*grob Fahrlässigkeit*), che in realtà ne costituisce una sottocategoria: quest'ultima consiste nella violazione di regole precauzionali di evidenza assoluta, in una crassa imprudenza (es. andare contromano in autostrada) o negligenza (es. la madre, consapevole della propria abitudine di muoversi bruscamente nel sonno, prende nel letto con sé il neonato)¹⁶.

2.3. *Ragioni deflative fondate sui principi di sussidiarietà, frammentarietà e proporzione.* Le ragioni politico-criminali che potrebbero giustificare una estromissione dall'area della rilevanza penale di alcune forme “minori” di colpa si basano di solito sul *principio di sussidiarietà e frammentarietà* (non-

¹³ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 42-85, 78. L'indisponibilità di una condotta alternativa osservante idonea a neutralizzare o almeno a diminuire il pericolo in direzione del bene giuridico escluderebbe addirittura *tout court* l'antigiuridicità della violazione del dovere di diligenza secondo LAMPE, *Tun und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte*, in *ZStW*, 1989, 101, 40 ss.

¹⁴ Nell'ambito della dottrina spagnola, suggerisce di ancorare la gravità della colpa alla maggiore o minore infrazione dell'obbligo cautelare, alla violazione di norme di diligenza elementari che sono alla portata di chiunque, alla creazione di un pericolo elevato, incontrollabile o controllabile ma senza assumere adeguate misure di contenimento, ai mezzi di controllo adottati, alla pericolosità della condotta come probabilità di lesione del bene giuridico, al rilievo dell'interesse protetto, alla prevedibilità della lesione, al superamento notevole del rischio consentito, specialmente quando il bilanciamento di interessi viene operato dal legislatore o dall'autorità amministrativa (cfr. OLAIZOLA NOGALES, *Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial*, in *Revista penal*, 2020, 46, 168 ss., 172, 176; cfr. anche DAUNIS RODRÍGUEZ, *La imprudencia menos grave*, in *InDret*, 2018, 3, 34; DAUNIS RODRÍGUEZ, *Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el Ordenamiento español*, in *Revista penal*, 2018, 41, 73; sul tema v. anche CAPPELLINI, *Imprudencia grave*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 656 ss.).

¹⁵ V. STAFFLER, *Leichtfertigkeit*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., 763 ss.

¹⁶ Sulla colpa grave v. recentemente CASTRINUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 526 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici nelle note).

ché, di conseguenza, *di proporzione e necessità*)¹⁷: in questa direzione, secondo parte della dottrina sarebbe auspicabile che la punibilità per colpa fosse prevista solo nei casi di negligenza o imprudenza grave o non lieve¹⁸.

Inoltre, si evidenziano esigenze di alleggerimento della giustizia da processi che sempre più spesso vengono intentati dalle vittime solo per ottenere il risarcimento dei danni attraverso la costituzione di parte civile in tempi relativamente rapidi (data la eccessiva lunghezza del processo civile).

Sul piano della meritevolezza di pena, che qui più interessa, si adduce il c.d. *Jedermann-Argument*: è un dato strutturale della società del rischio la non impedibilità di certi pericoli, quindi di errori umani, che sono anzi statisticamente preventivabili, in qualche modo rispondono a una regolarità statistica di tipo scientifico (*Systemgefahren*); questi "pericoli di sistema" sono intrinsecamente legati alla dimensione dell'interazione tra comportamenti molteplici e delle relazioni collettive anonime: loro caratteristica precipua è quella di essere sì statisticamente prevedibili, ma in buona misura *occulti*, non identificabili chiaramente dal singolo agente (il che rimanda chiaramente all'altro lato della medaglia, quello della colpa cosciente). Inoltre, anche se evitabili nei singoli casi, in qualche modo si tratta di pericoli rapportabili a quelli naturali: anzi, semmai rispetto a questi ultimi sono più controllabili, in forza della capacità di autocorrezione di chi vi incorre, dell'intervento di terzi, della preconstituzione di garanti. Per tali ragioni, rispetto ad essi sarebbe sufficiente la tutela offerta dal diritto civile e amministrativo: al contrario, l'utilizzo dello strumento penalistico in funzione di contenimento dell'aumento esponenziale di condotte di colpa lieve e soprattutto di colpa incosciente sarebbe espressione di un modello olistico di diritto penale, inteso non più come *ultima ratio*, ma quasi come *prima*.

Così si ritiene corretto stabilire l'irrilevanza penale delle piccole negligenze in particolare nei casi in cui l'agire umano sia mediato da pericoli di sistema: in effetti, il tema della *colpa lieve* può assumere particolare rilievo nelle situa-

¹⁷ La responsabilità penale dovrebbe emergere solo di fronte a "un vizio significativo della volontà, implicante una condotta compiuta nella consapevole violazione della regola di diligenza o nel consapevole superamento della soglia del rischio consentito: RONCO, *La colpa in particolare*, in *Scritti patavini*, I, Torino, 2017, 403 s.

¹⁸ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 79.

zioni caratterizzate dalla presenza di fasci di fattori umani reciprocamente relazionati¹⁹, laddove il contributo dell'individuo è solo un elemento di grandi pericoli di sistema, e la condotta stessa spesso si riduce a un automatismo, che però non ha la stessa precisione della macchina²⁰.

Si lega a tali considerazioni, in un'ottica deflattiva, la constatazione dell'espansione dell'area di risarcibilità del danno biologico (e/o del danno morale) in sede civile, che potrebbe avvalorare ulteriormente, e sul piano degli interessi concreti, l'ipotesi della non punibilità di forme meno gravi di colpa: ciò in quanto il risarcimento del danno potrebbe già valere come *poena naturalis*²¹; comunque il ristoro per la vittima giustificerebbe una abdicazione del diritto penale (eventualmente affinando i meccanismi di devoluzione in via provvisoria del danno stesso); infine la allocazione del rischio da danno nell'ambito della responsabilità civile, attraverso l'intervento delle agenzie assicurative, in qualche modo trasformerebbe il danno stesso in "reddito" (chiaramente, quest'ultima considerazione contraddice quella precedente della valenza del risarcimento come *poena naturalis*).

Ora, l'individuazione della colpa penalmente rilevante secondo criterio *quantitativo* - solo colpa grave, relegando la colpa lieve all'ambito della responsabilità extrapenale - appare indubbiamente più duttile in sede interpretativa e maggiormente idonea ad adeguarsi alle dinamiche (anche di contesto ambientale) del caso concreto, ma certamente contrassegnata da rimarchevole indeterminazione²².

¹⁹ La prospettiva dell'irrelevanza delle *colpe mediate* era già presente alla letteratura penalistica di fine 1800 - inizio 1900: v. ad esempio MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale ed amministrativo*, Roma, 1896, 165; ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, Torino, 1901, 273; JANNITI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, Milano, 1913, 19.

²⁰ Cfr. DANNECKER, *Fahrlässigkeit in formalen Organisationen*, in *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, a cura di Amelung, Sinzheim, 2000, 227; un automatismo inserito all'interno di processi sempre più atomizzati e complessi di decisioni e informazioni, che in casi estremi fagocitano gli stessi individui (SCHÜNEMANN, *Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft - Eine Bestandsaufnahme*, Berlin, 2002, 48).

²¹ Così già lo Schema di delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice penale, c.d. progetto Pagliaro, del 1992, che prevedeva all'art. 40 "che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall'infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale".

²² PALAZZO, *La colpa medica: un work in progress*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma,

Come noto, con riguardo alla responsabilità del sanitario, la delimitazione alla sola colpa grave, emersa in quegli orientamenti giurisprudenziali indulgenti del secolo passato che rispetto alla sola perizia, e con riguardo alla soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, richiama l'art. 2236 c.c., ha poi caratterizzato la breve stagione di vigenza del decreto Balduzzi, laddove l'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189 escludeva la responsabilità per colpa lieve per l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

La selezione della sola colpa grave è stata poi abbandonata dalla l. 24/2017 ("Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie"), salvo rientrarvi attraverso l'interpretazione, sedicente costituzionalmente orientata, ma in realtà *in malam partem* in quanto circoscrive l'ambito applicativo della causa di non punibilità, offerta dalla sentenza Mariotti delle Sezioni Unite 8770/2018, che reintroduce in via ermeneutica il limite della colpa grave.

2.4. *Pretesa assoluta di piena conoscenza delle regole cautelari: responsabilità colposa per la mera suitas.* Ancora, proprio l'assunzione di un livello ridotto, depauperato di colpa, quale quella incosciente e quella lieve, a fondare il rimprovero finisce con il legittimare certe tendenze "semplificatorie" della giurisprudenza: ci riferisce a quegli orientamenti che senza la dovuta analisi assumono la sussistenza della violazione dell'obbligo in ambiti in cui le regole cautelari non sono (o non sono ancora) sufficientemente formalizzate, ovvero hanno contenuto elastico: così, la colpa viene facilmente "presunta" rispetto ad attività *ab origine* connotate da profili di illiceità (secondo l'inveterata concessione al canone del *versari in re illicita*), o rispetto ad attività lecite ma supposte di importanza non prioritaria in un indebito bilanciamento con i beni messi a repentaglio (così le lesioni colpose nell'attività sportiva); ancora, la colpa viene ripartita seguendo automatismi dettati dalle regole scritte della

2021, 740 ss.

c.d. colpa specifica rispetto alla materia antinfortunistica, con un rigorismo che trova facile aggancio in una disciplina fin troppo minuziosa.

Quanto alle ragioni dommatiche della eventuale depenalizzazione, l'idea della non punibilità della colpa incosciente appare retaggio della *Vorsatztheorie*: il rimprovero presuppone la cosciente violazione della norma²³.

Inoltre, il *back-ground* naturale della pretesa incompatibilità tra colpa incosciente e principio di colpevolezza è certamente la *concezione psicologica della colpa*: fu proprio uno dei suoi esponenti nel nostro paese²⁴ a sostenere coerentemente che la punibilità a oltranza della colpa incosciente risponda a un modello di responsabilità adagiato sostanzialmente sui canoni del *versari in re illicita*.

In realtà, sotto un certo aspetto una simile reprimenda può essere addotta anche nell'ambito di una concezione normativa della colpa (oggi sostanzialmente dominante). *Rectius*, può dirsi che la incriminazione della colpa incosciente anticipi il momento del rimprovero a una fase in realtà antecedente a quello in cui la regola di diligenza viene violata.

Quello che nella colpa incosciente si rimprovera all'agente è in sostanza di non avere previsto quanto poteva (e doveva) essere previsto: c'è alla base del *Sorgfalt* un ulteriore obbligo cautelare: quello di rappresentarsi le conseguenze del proprio agire, di rendersi conto del pericolo che la propria condotta può innescare e di quali siano e come si caratterizzino le contromisure necessarie e idonee a neutralizzarlo.

Si potrebbe parlare insomma di una sorta di *duplice misura del Sorgfalt* (di cui la prima "contiene e anticipa" la seconda): in primo luogo, un obbligo di conoscenza delle regole cautelari, ovvero di rappresentazione del pericolo; inoltre, e solo in dipendenza dal primo, un obbligo di rispettare le regole stesse. Ma è il primo dovere a fondare il secondo: nella colpa incosciente in pratica si imputa all'autore l'incoscienza stessa, anticipando la base del rimprovero rispetto al sorgere della regola cautelare.

²³ KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich - Rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1976, 127 ss.

²⁴ SPASARI, *Esegesi e dommatica della colpa*, cit., *passim*.

Si consacrerrebbe dunque uno di quegli “obblighi di attivarsi”, radicati nella prospettiva solidaristica che ispira il nostro ordinamento (art. 2 Cost), in particolare il dovere costituito in capo ai cittadini di conoscere le situazioni di pericolo che la propria quotidiana attività può comportare per altri soggetti.

Questo meccanismo comporta però conseguenze notevoli: in pratica si viene a rimproverare all'autore non di avere violato regole cautelari, ma *di non averle conosciute*; cosicché, se l'agente non si rende conto del significato cautelare delle regole che sta violando, *il rimprovero si arretra alla fase in cui il reo doveva prendere coscienza*, data una situazione di pericolo, della sussistenza di tali regole; in tal modo la dimensione normativa della colpa appare volatilizzata, e l'ignoranza, non importa se colpevole o meno, è sufficiente a esaurire il giudizio di colpa.

La pretesa, ovvero la presunzione che chiunque sia a conoscenza delle regole cautelari che sorgono rispetto a ciascuna situazione sembra comportare, in molti casi, una vera e propria *responsabilità per posizione*: non solo l'appartenente a una determinata categoria professionale, ma persino chi si trovi in una situazione stereotipa “non può non sapere”, e se l'evento si verifica, ne risponde per il semplice fatto di appartenere a quella categoria o di trovarsi in quella situazione: si punisce un soggetto per il fatto di essere colui che in quella contingenza rivestiva la posizione di dovere e potere conoscere le regole cautelari.

In questo modo, si esalta al massimo il *momento omissivo* della colpa, la componente ascrittiva impersonale: ciò che conta è il fatto di non avere osservato un determinato dovere di diligenza, trovandosi in una certa situazione di rischio; a nulla rilevando la evenienza di non averlo riconosciuto, né, oltretutto, che si tratti di un rischio creato dall'agente stesso o di un rischio in cui questi si è venuto a trovare.

La conseguenza è che si legittima una sorta di responsabilità oggettiva “truccata”: si punisce per la mera coscienza e volontà della condotta, per la *suitas*, senza ulteriori filtri.

2.5. *Prospettiva “asimmetrica” de jure condendo: depenalizzazione della colpa incosciente, salva l'incriminazione della colpa grave.* Per tale ordine di

considerazioni potrebbe assumere pregio una soluzione deflattiva che comporti da un lato la *depenalizzazione della colpa incosciente* in generale, *salvo incriminare comunque (anche in caso di colpa incosciente) le condotte gravemente colpose, o dovute a colpa grossolana*: la ragione di una simile soluzione “asimmetrica” si radica nell’idea che, in ipotesi di colpa grave, può mancare la previsione attuale dell’evento, ma non la consapevolezza di violare regole cautelari di assoluta evidenza (tanto più se si assume come metro quello dell’*homo eiusdem condicionis et professionis*). In pratica, la carenza di una base psicologica effettiva in direzione del significato delle regole cautelari violate, mentre può giustificare l’esonazione da pena nella colpa lieve – soprattutto in settori in cui la formalizzazione degli obblighi di diligenza assume una elevata tecnicizzazione –, non può sortire il medesimo effetto rispetto a una violazione grossolana della diligenza (una violazione *che chiunque avrebbe dovuto riconoscere* nella situazione data, e non solo il soggetto in questione): anzi, con riguardo a una negligenza di questo genere la colpa incosciente potrebbe ben essere fatta oggetto persino di una valutazione di maggiore gravità²⁵.

L’obiezione più immediata a una simile prospettiva è che, specialmente con riguardo ad attività professionali qualificate, la conoscenza delle *leges artis* concreta un obbligo che attiene proprio allo *status* professionale rivestito: non vi sono particolari ragioni perché debba andare impunito il medico specialista che viola una regola cautelare che non ha riconosciuto, mentre *si doveva presumere che la conoscesse in quanto obbligato*. Rispetto a queste costellazioni di casi non si tratterebbe, insomma, di responsabilità di posizione, ma della semplice applicazione del criterio dell’*homo eiusdem professionis et condicionis*²⁶.

²⁵ In generale, rispetto alla possibilità che in certe circostanze la colpa incosciente possa risultare più grave di quella cosciente, v. già M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 40 ss. La previsione dell’evento è un dato psichico di per sé neutro rispetto al giudizio di gravità della condotta colposa, laddove anzi l’incoscienza potrebbe manifestare trascuratezza, indifferenza noncuranza nei confronti dei beni tutelati: v. recentemente BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 1305 ss.

²⁶ Sul dovere di riconoscere (*Erkennensollen*), proprio del rimprovero per colpa – dovere che peraltro si attiverebbe solo *in presenza di indizi idonei a fungere da “monito”, da avvertimento* per il soggetto – v. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 217 ss.; argomentando dall’art. 47, co. 1, per cui se in certi casi il permanere della responsabilità dipende da errore colposo sul fatto, significa che

L'idea di presupporre un "obbligo primario di prendere conoscenza", e quindi del mancato riconoscimento della situazione fattuale come fonte del rimprovero per colpa, è espressamente teorizzata da Joachim Hruschka a fondazione generale (ossia non solo rispetto a certe attività) di una delle ipotesi di c.d. *imputatio extraordinaria*²⁷: nella logica di quest'ultima, chi ignora colpevolmente (quindi, chi "liberamente causa" la propria ignoranza)²⁸, risponde delle conseguenze proprio perché il suo comportamento costituisce violazione di uno speciale obbligo (*Obliegenheit*), che impone di non mettersi *mala fide* in situazione di difetto dei requisiti che compongono la *imputatio ordinaria*²⁹.

Di fatto si punisce la "colpa precedente", la colposa ignoranza, il fatto di non avere messo cautela nel conoscere³⁰.

In un ordinamento come quello italiano, ove dallo stesso art. 43 c.p. è espressamente assegnato alla violazione di regole cautelari il ruolo di elemento centrale del rimprovero per colpa, non sembra esservi spazio per una concezione della colpa fondata su *Obliegenheiten*, cioè su obblighi la cui trasgressione comporta una colposa auto-posizione in condizione di ignoranza della situazione di pericolo (né per un rilievo della malafede): all'agente colposo si rimprovera direttamente il comportamento negligente, imprudente, imperito, etc. Ora, rispetto all'obiezione di cui sopra, si tratta di valutare che tipo di obblighi cautelari vengono in questione. Di fronte a regole a contenuto rigidamente

proprio in quei casi l'errore stesso *deve* essere evitato (*ibid.*, 223).

²⁷ V. HRUSCHKA, *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, in *Rechtstheorie*, 1991, 22, 457 ss. L'Autore, come noto, richiama teorie risalenti a Pufendorf: v. ID., *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, in *ZStW*, 1984, 662 ss.; ID., *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, 457 s.

²⁸ In sostanza, la ragione della fondazione dell'imputazione in tali casi è data dalla *actio praecedens* (non coincidente con il concetto di precedente azione pericolosa propria della teoria della *Ingerenz* nella dottrina del reato omissivo improprio): HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin-New York, 1976, 22 ss.; ID., *Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit*, München, 1979, 421 ss.; ID., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, Berlin, 1988, 415 ss. In quest'ottica analogamente anche NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, Berlin, 1985, 24 ss.; ID., *Normentheorie und strafrechtliche Zurechnung*, in *GA*, 1985, 389 ss.

²⁹ Hruschka classifica significativamente come forma di *imputatio extraordinaria*, accanto alla colpa, anche la *actio libera in causa*, nonché l'*error iuris* evitabile.

³⁰ Sui rapporti tra colpa e "*Vorverlagerungsdoktrin*", v. NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, cit., 149 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, 75 ss.

predeterminato, è vero che, proprio in ragione del criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, il professionista non potrà esimersi da responsabilità adducendo di non avere avuto contezza dell'esistenza dell'obbligo cautelare: ma ciò, in quanto obblighi di questo tipo, specialmente quando abbiano a che fare con *leges artis*, non possono essere ignorati da chi appartenga alla schiera professionale di riferimento se non per colpa grossolana: in sostanza, si tratterà sempre di ipotesi di colpa grave (potrebbero costituire colpa lieve solo per il *quivis de populo*, per chi non posseda quelle competenze)³¹. Diversamente rispetto a obblighi a contenuto elastico o non determinato, *rectius*, modalità cautelari, secondo la lettura che si è suggerito: in queste ipotesi occorre accertare il grado della colpa, e si dovrà ritenere la gravità della stessa quando si accerti che l'agente ha optato, tra i possibili modelli di soluzione del conflitto tra esercizio della propria libertà personale e gestione del pericolo da essa derivante per altri, per uno *standard* bassissimo di precauzione (es. precedente della madre: la consapevolezza di muoversi bruscamente e repentinamente nel sonno, l'età del neonato, eventualmente la "stazza fisica" della donna dovevano indurre ad assumere un livello di diligenza superiore, non potendosi addurre di non avere compreso il pericolo e l'esigenza di quelle precauzioni)³².

³¹ Cfr. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 119: la non conoscenza di un elemento della fattispecie non esclude la colpa, ma occorre vedere se e fino a che punto la non conoscenza viola uno specifico dovere di diligenza oggettiva. Nell'ambito della misura oggettiva della colpa rileva il "dovere di riconoscere" anche secondo CANESTRARI, *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 708; ID, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 174.

³² Si può confrontare a riguardo la giustificazione alla minore punibilità della colpa derivante da errore, fino al punto da ammetterne eventualmente anche l'esclusione, offerta da Günther Jakobs, sulla scorta del ragionamento per il quale chi sbaglia in fondo non pone in essere un progetto che contraddice l'identità della società, ma anzi, *fallisce nel suo progetto conforme* (JAKOBS, *Strafrechtliche Zurechnung*, in *ARSPBh*, 1998, 62): per questo la pena, se c'è, assume solamente la valenza di affermare che il contatto con altri non può diventare il campo in cui accumulare ed esercitare esperienze a rischio e discapito altrui. Tuttavia, e coerentemente con tali premesse, l'Autore distingue nettamente la colpa per *ignoranza "selettiva" fondata sul disinteresse per il destino altrui* (*ibid.*, 62, n. 7), o *da indifferenza, o da ostilità*: in questi casi non sarebbe sufficiente una mera *poena naturalis*, trattandosi di una imperdonabile *Pflichtverletzung* per la quale anzi, secondo Jakobs, l'agente potrebbe rispondere addirittura come per il dolo.

Una soluzione non lontana da quella suggerita si ritrovava nello StGB della DDR (§ 8, Abs. 2), laddove si prevedeva che la colpa incosciente fosse punibile soltanto laddove l'agente abbia agito in modo contrario al dovere di diligenza per indifferenza o per assuefazione a causa di atteggiamento o mentalità indisciplinata ("aus *Gleichgültigkeit* oder aus *Gewöhnung aufgrund disziplinloser Einstellung*").

Peraltro, un sia pur parziale rilievo alla colpa cosciente come strumento di delimitazione della responsabilità potrebbe essere assunto a livello di *misura soggettiva*, laddove si tenga conto della concreta possibilità per l'agente di agire altrimenti e dell'eventuale ignoranza del dovere di diligenza come effetto della sua personale inesperienza.

3. *Per un approccio diversificato in termini di compliance individuale.* L'irrazionalità del modello vigente di responsabilità penale colposa non dipende, peraltro, soltanto dalla normale rilevanza della colpa incosciente e di forme anche minimali di colpa, ma da deficit intrinseci al modello stesso.

Il legislatore non ha tenuto adeguatamente conto della ormai riconosciuta differenza strutturale dell'illecito colposo rispetto a quello doloso, che comporta l'esigenza anche di un apparato sanzionatorio adeguato alle sue peculiari caratteristiche: esigenza che sembra essere stata trascurata dalla legge 27.9.2021, n. 134 (Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari).

Una delle più rimarchevoli sfaccettature di un approccio correttamente diversificato all'illecito colposo è, come accennato, il riconoscimento della sua natura fortemente connotata dal disvalore di condotta (anziché dalla casuale allocazione dell'esito infausto). Valorizzando questa eterogeneità, l'auspicata conversione della responsabilità colposa in modello di controllo preventivo delle condotte incaute comporta innanzitutto l'esigenza di ripensare la responsabilità in termini di *compliance individuale*: il che fa apparire opportuno, da un lato, incentivare comportamenti conformi agli standard cautelari, anche mediante modelli preventivi calibrati sulla categoria professionale, sulla sfera di rischio che viene gestita, sul rango del bene protetto; dall'altro, sanzionare quelli difformi, cercando di rintuzzare le prassi diffuse negligenti, attraverso accertamenti rapidi delle violazioni anche tramite utilizzo di strumentazioni tecnologiche (ad esempio, prevedere pene pecuniarie elevate e anche sanzioni amministrative come una cospicua decurtazione di punti della patente - oviabile in alternativa tramite pagamento di una ulteriore somma di denaro - per i conducenti di veicoli che non rispettano i passaggi pedonali, spe-

cialmente in un paese come il nostro in cui l'abitudine è particolarmente invecchiata e l'esigenza di una "pedagogia" rivolta all'utente medio della strada molto evidente e urgente). Inoltre, l'avvento della società della vigilanza digitale – specialmente dopo la pandemia – apre alla possibilità di utilizzarla in funzione realmente – e materialmente – preventiva di condotte incaute (con riguardo all'esempio precedente, predisponendo sistemi di captazione fotografica delle trasgressioni, eventualmente messi a disposizione anche dei privati potenziali vittime attraverso applicazioni per i cellulari): abituare alla consapevolezza di essere sempre potenzialmente osservabili (e passibili di sanzioni pecuniarie e *lato sensu* interdittive) può assumere una valenza di orientamento comportamentale ben più efficace dell'astratta minaccia della pena.

Un profilo su cui è fondamentale operare è quello dell'informazione rispetto alle situazioni di rischio e alle misure cautelari disponibili, e della sua diffusione, specialmente con riguardo ad attività specialistiche e soprattutto a protocolli di sicurezza mutevoli e soggetti a rapida obsolescenza.

Inoltre, occorre ripensare l'intero sistema dei controlli, eventualmente riassegnando più efficaci compiti di vigilanza alle autorità amministrative indipendenti: prevedendo in particolare specifiche responsabilità dei controllori in caso di mancata o inadeguata attivazione della vigilanza stessa.

Sul piano prettamente sanzionatorio, va sicuramente raccolto il suggerimento relativo all'adozione sempre più massiccia di sanzioni pecuniarie – eventualmente mediante dosaggio per quote – idonee a incidere sugli interessi materiali che motivano determinate scelte negligenti (ad es. le politiche d'impresa che suggeriscono decurtazioni sulle spese per la sicurezza sul lavoro).

Ma non va trascurata anche la prospettiva, derivante dagli studi di economia comportamentale, di influenzare positivamente in direzione "*compliant*" le decisioni, che potrebbero altrimenti sfociare in violazioni cautelari, adottando leve motivazionali di tipo '*behavioural insight*'³³: elaborare '*nudge*'³⁴ (non ne-

³³Definito dall'OCSE «*An inductive approach to policy making that combines insights from psychology, cognitive science, and social science with empirically-tested results to discover how humans actually make choices*».

³⁴Concetto basato sul '*welfare-promoting*' e senza pregiudizio per la libertà di scelta: v. SUNSTEIN-THALER, *Libertarian paternalism is not an oxymoron*, in *University of Chicago Law Review*, 2003, 70, 1159 ss.; SUNSTEIN-THALER, *Libertarian paternalism*, in *American Economic Review*, 2003, 93, 175 ss.; THALER-SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven &

cessariamente economici), promuovendo anche l'interesse dell'attore sociale potenziale trasgressore – professionista, operatore sul mercato, etc. – a conformarsi a modelli virtuosi, permette di implementare efficaci sistemi proattivi di controllo, come incentivi, strategie di auto-regolamentazione, *policy* che sfruttino i 'bias' (giudizi fondati su razionalità limitata³⁵, dispercezioni, *bias* affettivi, etc.) che si innestano nel processo decisionale, nella prospettiva di incoraggiare comportamenti desiderabili appunto tramite il meccanismo della c.d. "spinta gentile"³⁶.

E, laddove si verificano eventi lesivi, il ricorso a congrui meccanismi riparatori – economici ma non solo – in favore delle vittime oggi non è più inteso come mero surrogato del risarcimento civilistico: i modelli della giustizia riparativa permettono piuttosto di rinvenire soluzioni calibrate sulle situazioni concrete e sulle reali aspettative, anche emotive, di queste ultime, da attivare eventualmente prima dell'inizio di un eventuale procedimento penale al fine di evitarlo (in modo da evitare che l'emersione di condotte che potrebbero integrare gli estremi di un reato colposo possa pregiudicare il *nemo tenetur se detegere* e in generale i diritti di difesa)³⁷.

Insomma, la risposta al reato colposo non può tradursi nella riproposizione stantia di un'ennesima variazione della dosimetria delle pene o della stratificazione di sanzioni alternative comunque basata sempre solo sullo schema repressivo, ma induce a ripensare l'intera materia nell'ottica di sviluppare un caleidoscopio di soluzioni e di approcci diversificati alla luce delle situazioni concrete, facendo tesoro anche delle indicazioni che provengono oggi dalle scienze comportamentali.

London, 2008, 5 ss.; SUNSTEIN, *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*, New Haven & London, 2014, 51 ss., 87 ss.; SUNSTEIN, *How Change Happens*, Cambridge, 2019, 59 ss. (di cui è apparsa recentemente la trad. it. a cura di Barile, *Come avviene il cambiamento*, Torino, 2021, v. Parte seconda. *Uso e limiti dei nudge*).

³⁵ Assumono peculiare importanza i *bias* cognitivi, che consistono in distorsioni del giudizio tali da condurre a errori sistematici ogni volta che sia necessario scegliere in situazioni di incertezza.

³⁶ Su cui, data la vastità del dibattito in corso, in questa sede non è possibile soffermarsi. Basti ricordare ovviamente gli studi pionieristici di Daniel KAHNEMANN, di cui vale menzionare le raccolte di saggi tradotti in italiano: *Economia della felicità*, Milano, 2007; nonché *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2020. Sul paradigma dei *nudges*, v. *supra*, in n. 34.

³⁷ EUSEBI, *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1213.