

# "Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare

di Roberto Bartoli

Il tema della colpa in attività illecita necessita ancora di indagini approfondite. Se infatti risulta ormai pacifico che l'imputazione dell'evento più grave deve basarsi su un legame a carattere soggettivo, tuttavia, a ben vedere, sono ancora incerti la natura di tale componente psichica e il modo di strutturare il giudizio di "colpa". L'Autore, prendendo le mosse da una recente sentenza delle Sezioni Unite sulla fattispecie prevista dall'art. 586 c.p., sviluppa alcune riflessioni volte a porre l'attenzione proprio su questi aspetti problematici troppo spesso trascurati dalla teoria e dalla prassi.

## La "chiusura dei conti" col passato

È ormai un'idea condivisa che la colpa c.d. in attività illecita costituisce una componente psichica relativa a tutta una serie di istituti che, pur nella loro diversità strutturale, si caratterizzano comunque per un minimo denominatore comune offerto dalla circostanza che il soggetto agente vuole realizzare un fatto costituente reato, si adopera in tale senso, ma alla fine cagiona un evento ulteriore, diverso e non voluto (in argomento v. per tutti F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, *passim*; A. Carmona, *Il versari in re illecita "colposo"*, in *Ind. pen.*, 2001, 223 ss.; Id., *Il principio di personalità nell'ultima giurisprudenza della Corte di Cassazione: "colpa" o prevedibilità nel versari in re illecita, aspettando le Sezioni Unite*, in *Riv. pen.*, 2009, 501 ss.). A questo paradigma, infatti, si possono ricondurre sia le situazioni caratterizzate da una sorta di omogeneità di disvalore tra quanto voluto e quanto poi effettivamente realizzato (preterintenzione, *aberratio ictus*, reati aggravati dall'evento non voluto), sia quelle ipotesi in cui invece il fatto realizzato può esprimere un disvalore disomogeneo rispetto a quello preso di mira dall'agente (*aberratio delicti*, reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, art. 586 c.p.).

La recente sentenza delle Sezioni Unite n. 22676 del 2009 sull'art. 586 c.p. offre una ghiotta occasione per compiere alcune riflessioni su questo particolare elemento psichico, per la semplice ragione che essa, a mio avviso, rappresenta una sorta di punto di svolta proprio in ordine alla problematica dell'imputazione dell'evento ulteriore non voluto durante l'esercizio di un'attività illecita (Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, Ronci, in questa *Rivista*, 2010, 55, con nota di S. Beltrani, *La responsabilità del cedente per la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente*, *ivi*, 2010, 55 ss.; anche in *Cass. pen.*, 2009, 4564, con nota di A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, *ivi*, 2009, 4585 ss.; anche in *Corr. mer.*, 2009, 887, con nota di P. Piccialli, *La colpa dello spacciatore per la morte dell'assuntore di droga*, *ivi*, 2009, 887; anche in *Riv. pen.*, 2010, 1 ss. con nota di V. Musacchio, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto: la colpevolezza torna a svolgere il suo ruolo primario in tema di responsabilità penale*). Da un lato, sembra infatti mettere la parola fine alla annosa questione se si tratti di un'imputazione oggettiva oppure soggettiva: con estrema chiarezza la Corte nega qualsiasi spazio ad ipotesi di responsabilità oggettiva, mentre afferma con forza la necessità di un legame psicologico tra il soggetto agente e l'evento non voluto. Dall'altro lato, la sentenza individua, imposta e affronta alcune questioni - per così dire - del futuro, questioni fino ad oggi quasi sempre trascurate, in virtù del fatto che, prima di questa pronuncia, tutta l'attenzione si concentrava sulla alternativa tra responsabilità oggettiva oppure soggettiva, ma che adesso, una volta optato per la responsabilità soggettiva, sembrano destinate a divenire l'oggetto principale di ogni problematica applicativa.

In particolare, per quanto riguarda la prima parte della sentenza che chiude i conti col passato, non c'è nulla di nuovo da osservare, se non l'impianto sistematico della trattazione, decisamente solido ed esaustivo, e l'iter argomentativo sviluppato, saldamente ancorato alla prospettiva costituzionalistica. Più precisamente, sul piano sistematico, le Sezioni Unite ricostruiscono l'intera gamma di soluzioni elaborate sia in dottrina che in giurisprudenza in ordine al criterio di imputazione dell'evento. Pare opportuno ricordare anzitutto la soluzione della responsabilità oggettiva, che è stata fino a oggi la soluzione prevalente e indiscutibilmente la più antica di

colpevolezza (§§ 5.1 e 5.2 della motivazione; in giurisprudenza v. per tutte **Cass., Sez. VI, 5 giugno 2003**, Ciceri, in *CED*, rv 226254; **Cass., Sez. VI, 19.11.1997**, Paralupi, in *CED*, rv 210441); quella della colpa specifica, fondata sull'inosservanza della norma penale incriminatrice del reato base doloso che si ritiene contenente una norma cautelare avente il contenuto di astensione, considerata dalla sentenza una forma di responsabilità oggettiva occulta (§§ 6.1-6.3 della motivazione; in giurisprudenza v. **Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1992**, Nicolace, in *CED*, rv 193239; **Cass., Sez. VI, 22 marzo 1990**, Pergolesi, in *CED*, rv 186020); la soluzione della prevedibilità in astratto, per cui si deve verificare se esiste una sorta di rapporto di omogeneità strutturale tra la fattispecie che si voleva realizzare e quella che poi effettivamente si realizza, anch'essa considerata ipotesi di responsabilità oggettiva (§ 7 della motivazione; in giurisprudenza v. **Cass., Sez. VI, 24 gennaio 1989**, Irritano, in *CED*, rv 180747; **Cass., Sez. VI, 6 dicembre 1988**, Copola, in *CED*, rv 180420); quella della responsabilità da rischio totalmente illecito (§ 8 della motivazione; in giurisprudenza **Cass., Sez. I, 29 gennaio 1997**, Sambataro, in *CED*, rv 207274; **Cass., Sez. I, 28 maggio 1993**, Cimare, in *CED*, rv 194773); ed infine, quella della colpa in concreto a seguito di violazione di vere e proprie regole cautelari di condotta, la quale è stata accolta dalle Sezioni Unite (§§ 9.1 e 9.2 della motivazione; in giurisprudenza v. **Cass., Sez. V, 7 febbraio 2006**, Giancaterino, in *CED*, rv 234584. Dopo la sentenza delle Sezioni Unite v. **Cass., Sez. VI, 7 luglio 2009**, Cavallero, in *CED*, rv 244772).

Sul piano argomentativo la Corte fa ampio riferimento alla giurisprudenza costituzionale per notare come rispetto ad ogni elemento che concorre a contrassegnare il disvalore della fattispecie sia necessario un legame psichico, pena la violazione del principio di colpevolezza, la frustrazione della finalità rieducativa della pena, nonché una strumentalizzazione del reo. E proprio sulla base di questi principi costituzionali la Corte giunge alla seguente conclusione: «l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586 c.p., una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base. Un diverso orientamento in ordine al collegamento soggettivo necessario per l'imputazione dell'ulteriore evento non voluto imporrebbe di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'istituto per contrasto con il principio di colpevolezza, secondo cui deve necessariamente postularsi la colpa dell'agente almeno in relazione agli "elementi più significativi della fattispecie", fra i quali il "complessivo ultimo risultato vietato", se non si vuole incorrere nel divieto, ex art. 27, commi 1 e 3, Cost., della responsabilità oggettiva c.d. pura o propria» (§ 11 della motivazione).

Sul punto è interessante evidenziare come le Sezioni Unite richiamino nella sostanza tutte le principali sentenze della Corte costituzionale in tema di colpevolezza (364/1988; 1085/1988; 2/1991; 179/1991; 61/1995; 322/2007), ad esclusione della sentenza n. 42 del 1965, concernente l'art. 116 c.p., vale a dire l'unica sentenza del Giudice delle leggi che si sia specificamente occupata di un'ipotesi di colpa c.d. in attività illecita. Se da un lato, tale omissione ha in sé il limite di non aver permesso di allargare la riflessione a tutte le ipotesi di responsabilità in attività illecita, dall'altro lato si deve però ritenere che essa non sia del tutto casuale. A me pare infatti che, se la sentenza 42/1965 fosse stata richiamata, la Corte di Cassazione si sarebbe trovata costretta ad esaminare con qualche difficoltà in più la soluzione della prevedibilità in astratto, non potendosi dimenticare che proprio la Corte costituzionale ha offerto un contributo fondamentale alla elaborazione di tale criterio, non accolto poi dalle Sezioni Unite.

## Le problematiche "del futuro"

Senza dubbio di maggiore interesse è la parte della sentenza contenente le considerazioni orientate al futuro. In particolare, sono due i profili meritevoli d'attenzione: quello in cui si affronta il problema se la colpa in attività illecita rappresenti o meno un'ipotesi di vera e propria colpa; e il profilo in cui ci si sofferma sulla configurazione del giudizio di colpa.

In ordine alla prima questione, la Corte afferma che la colpa in attività illecita è un'autentica forma di colpa, ragion per cui al soggetto si imputa l'evento effettivamente verificatosi in virtù della violazione di una regola comportamentale elaborata sulla base dei "normali" criteri impiegati per individuare le regole cautelari, e quindi sulla base della prevedibilità ed evitabilità dell'evento offensivo: «anche nel caso di morte o lesioni conseguenti all'assunzione di sostanze stupefacenti, dunque, la responsabilità per questi ulteriori eventi a carico di colui che le abbia illecitamente cedute potrà essere ravvisabile quando sia accertata la sussistenza, da un lato, di un nesso di causalità fra la cessione e l'evento morte o lesioni, non interrotto da fattori eccezionali sopravvenuti, e, da un altro lato, che l'evento non voluto sia comunque soggettivamente collegabile all'agente, ovvero sia a lui rimproverabile a titolo di colpa in concreto, valutata secondo i normali criteri di valutazione della colpa nei reati colposi. Occorrerà quindi che l'agente abbia violato una regola cautelare diversa dalla norma (della legge sugli stupefacenti) che incrimina il delitto base e che sia specificamente diretta a prevenire la morte o le lesioni personali. Occorre poi una valutazione positiva di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento, compiuta ex ante, sulla base del comportamento che avrebbe dovuto tenere da un analogo agente modello, re-

nendo peraltro conto di tutte le circostanze della concreta e reale situazione di fatto» (§ 15.1 della motivazione).

Non si può nascondere che questa conclusione è destinata a suscitare non poche perplessità. Anzitutto si deve osservare come all'interno della giurisprudenza di merito e di legittimità non si giunga mai ad individuare il comportamento che il soggetto avrebbe dovuto tenere. Se infatti, si vanno a scandagliare anche solo le motivazioni delle sentenze di legittimità richiamate dalla sentenza delle Sezioni Unite e concernenti la cessione di sostanze stupefacenti, non v'è mai la chiara e netta indicazione del comportamento alternativo lecito che il soggetto ha omesso, ma avrebbe dovuto tenere.

E dietro a questa lacuna, si deve ritenere che vi sia una ragione sostanziale ben precisa, già da tempo lucidamente individuata, e su cui torneremo più approfonditamente in seguito: è impossibile individuare una regola comportamentale rispetto ad un'attività illecita ovvero non ha senso imporre a chi sta compiendo un illecito doloso (come anche colposo) di eseguirlo con cautela.

Si deve dare atto che la Corte si fa carico di questa obiezione e non si sottrae all'impegno di affrontarla, ma le argomentazioni che utilizza non persuadono. Anzitutto, si osserva che «l'esclusione della possibilità di configurare una colpa in chi versa in *re illicita* comporterebbe una violazione del principio di eguaglianza, ponendo sullo stesso piano chi cagioni l'evento ulteriore non voluto in circostanze che rendevano agevole la previsione del suo verificarsi e chi lo cagioni in circostanze eccezionali, tali da renderlo imprevedibile. Al contrario, ammettendo la possibilità di un rimprovero per colpa in chi realizza un evento non voluto mediante la commissione di un reato doloso, si avrà anche la possibilità di trattare in modo diverso situazioni diverse, quali quella in cui l'evento ulteriore era ragionevolmente prevedibile e quella in cui era assolutamente imprevedibile e quindi nessun rimprovero può muoversi al soggetto» (§ 12 della motivazione).

Tuttavia, questa argomentazione non coglie nel segno, potendo essere considerata - per così dire - asimmetrica rispetto alla questione che si affronta: essa, infatti, a ben vedere, ci dice la ragione per cui non è possibile prescindere da un coefficiente psichico, ma non ci dice in cosa esso debba consistere. Detto diversamente, la violazione del principio di eguaglianza si ha nel momento in cui si ammette una responsabilità oggettiva, ma negare che si sia in presenza di una vera e propria colpa non significa necessariamente affermare che l'imputazione deve essere oggettiva, ben potendosi anche sostenere che l'imputazione deve essere comunque soggettiva, ancorché diversa dalla vera e propria colpa.

In secondo luogo, le Sezioni Unite notano come sia innegabile «la possibilità che, in occasione della esecuzione dolosa di un reato, l'agente possa essere anche destinatario di regole cautelari per la prevenzione di ulteriori eventi purché ovviamente non si pretenda di ricavare tali regole cautelari in modo automatico e scontato, proprio dalla stessa disposizione». Però, quando la Corte passa a sviluppare ulteriormente il ragionamento, non riesce a compiere esemplificazioni di sorta, ma, restando su un piano per così dire teorico e astratto, afferma che tale possibilità «è riconosciuta esplicitamente in numerosi ordinamenti positivi, ma è anche ammessa da tempo dalla gran parte della dottrina italiana». Ed in particolare sul piano legislativo si osserva come «la riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59, comma 2, c.p. ha reso possibile una combinazione di dolo e di colpa» (§ 12 della motivazione).

Ebbene, anche questa argomentazione presenta non pochi limiti. Posto che il richiamo alla dottrina non ha molta utilità, il riferimento alle circostanze sembra essere un argomento addirittura contrario alla soluzione prospettata. Ed infatti, è noto come rispetto alle circostanze aggravanti la colpa richiesta dall'art. 59 c.p. possa essere anche ben diversa da quella richiesta come elemento soggettivo del fatto tipico, potendo consistere nella mera conoscibilità e/o prevedibilità di un determinato elemento esistente al momento della realizzazione del fatto (si pensi alla "conoscibilità" dell'ingente valore della cosa mobile sottratta al detentore nella realizzazione di un furto).

Infine, l'ultimo argomento utilizzato dalla Corte è il seguente: se si ritiene che la colpa possa avere una fisionomia ed un contenuto particolari, si corre il rischio che si possa poi giungere di fatto ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa stessa (§ 13 della motivazione). Ma anche questo argomento, a ben vedere, nulla prova, potendosi anzi aggiungere che rischia di svuotare di contenuto la colpevolezza più il tentativo di forzare la realtà, creando una finzione (colpa in attività illecita come vera e propria colpa), che quello di cercare di comprendere come sia effettivamente la realtà, al fine poi di "pensarla" e "gestirla", di modo che i principi di garanzia possano trovare la massima espressione e il più consistente riconoscimento.

Il punto è che la colpa in attività illecita non sembra essere una vera e propria ipotesi di colpa, da intendersi in senso classico come violazione di una regola cautelare comportamentale (nel senso della colpa in attività illecita come vera e propria ipotesi di colpa si esprimono invece F. Mantovani, *Diritto penale*, 2009, 354 s.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, 284; G.A. De Francesco, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, 462; S. Canestrari-L.

Cornacchia-G. De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 477 s.; F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., 254 ss.). Essa, piuttosto, sembra consistere nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento da intendersi come "mero" potere, vale a dire in una componente psicologica avente carattere normativo non in quanto basata sulla violazione di un dovere comportamentale qual è la regola cautelare, ma in quanto fondata su un giudizio normo-valutativo volto a misurare la possibilità di prevedere ed evitare: in sostanza si tratta di una componente psichica non attuale, ma potenziale, priva di ogni carattere deontico (in questo senso sembrano esprimersi A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 330; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, 353; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2009, 398; Carmona, *Il versarsi in re illecita "colposo"*, in *Ind. pen.*, 2001, 237).

Che la colpa in attività illecita non possa consistere in una violazione di una regola cautelare discende non solo dal fatto che sarebbe un assurdo pensare una regola che suonasse "nel compiere un crimine utilizza cautela" e che quindi non avrebbe senso fare riferimento a un parametro consistente nel "delinquente modello", ma anche, e forse prima ancora, dal fatto che la configurazione di una regola comportamentale di contenimento del rischio ha senso soltanto in presenza di una attività lecita. Sia chiaro: concettualmente la configurabilità risulta senza dubbio possibile, ma normativamente essa finisce per non avere alcuna ragion d'essere. Ed infatti, non c'è dubbio che, ad esempio nella cessione criminosa di una sostanza stupefacente, è possibile pretendere che sia ceduta una dose inferiore o di qualità diversa, a seconda del destinatario; tuttavia, là dove la stessa vendita è illecita, una pretesa del genere non ha senso, perché, trattandosi di attività vietata, l'ordinamento non ha alcun interesse a contenere e controllare il rischio. Detto in altri termini, presupposto per la possibilità di elaborare una regola cautelare comportamentale è che l'attività sia lecita e rischiosa, rappresentando la regola cautelare il confine tra lecito (rischio consentito) ed illecito (rischio non consentito). Ma quando si è in presenza di un'attività già illecita, rispetto alla quale il rischio non è più consentito, non ha più senso individuare un comportamento capace di contenere un rischio già di per sé non tollerato dall'ordinamento in quanto qualificato come illecito.

Più precisamente, in presenza di un'attività lecita, dove il rischio è consentito, ha senso parlare di contenimento del rischio mediante un comportamento doveroso individuato attraverso i criteri della prevedibilità ed evitabilità: là dove il rischio è consentito si è ancora in grado di dire ad un soggetto cosa deve fare per contenere tale rischio. In presenza di un'attività illecita, invece, dove il rischio non è più consentito, non si può più parlare di contenimento del rischio e quindi di un dovere, ma soltanto di un potere, e ciò perché il dovere si può imporre solo in un contesto dove il rischio è ancora consentito e quindi contenibile.

Ecco allora che, se si vuole restare ancorati ad una colpa basata su un dovere in un contesto illecito addirittura doloso, si hanno soltanto due alternative: o si ritiene che la regola comportamentale sia posta dal precetto che vieta di tenere il comportamento doloso (precetto penale come regola cautelare con contenuto che impone di astenersi) oppure si ritiene che tale regola sia quella sottesa al dolo (non c'è dolo senza colpa). Tuttavia in entrambe le ipotesi si tratta di una responsabilità oggettiva perché la regola comportamentale che si basa sull'evitabilità e che si ritiene violata attiene al passaggio dal lecito all'illecito, cioè al passaggio dalla situazione di rischio consentito a quella di rischio non consentito, non anche all'attività illecita che si svolge in una situazione di rischio ben diverso. Con la conseguenza finale che in presenza di un'attività illecita non può venire in gioco un dovere, ma soltanto un potere.

## La configurazione del giudizio di colpa

La precisazione che abbiamo appena cercato di compiere non è meramente concettuale, ma ha importanti ricadute anche sulla prassi applicativa, soprattutto in ordine alla configurazione del giudizio di colpa in attività illecita. E ciò emerge molto chiaramente dalla stessa sentenza delle Sezioni Unite.

Ed infatti, l'altro tema affrontato dalla Corte nella sentenza 22676/2009 riguarda proprio il giudizio di colpa in attività illecita. Come si fa a stabilire quando un determinato soggetto era in grado di prevedere ed evitare ciò che non ha previsto ed evitato? Presupposto è la mancanza di una conoscenza attuale. La conoscenza attuale al momento della realizzazione del comportamento criminoso determina infatti una responsabilità per dolo quanto meno nella forma più lieve del dolo eventuale. Là dove il soggetto non aveva la coscienza attuale e quindi la volontà di cagionare l'evento più grave, si tratta di "verificare" l'esistenza o meno di una conoscenza/previsione potenziale. Ebbene, la Corte sembra far propria la seguente struttura di tale giudizio: «si dovrà fare riferimento non già alla condotta di un ipotetico "delinquente modello", bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale». Quindi, in buona sostanza, si tratterebbe di valutare se un agente modello sarebbe stato in grado o meno di prevedere ed evitare la verificazione dell'evento: se la conclusione è positiva, vi sarebbe colpa; se invece è negativa, si dovrebbe concludere nel senso della mancanza di colpa (sul punto v. per tutti G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 284, dove, rispetto alla prerogativa, si afferma che la verifica deve avvenire attraverso un'interpretazione secondo Costi-

tuzione, si può - e si deve - rimodellare il delitto preterintenzionale secondo lo schema della responsabilità colpevole, subordinando l'applicazione della norma incriminatrice alla possibilità di rimproverare a *colpa* dell'agente la causazione dell'evento: chi con atti diretti a cagionare percosse o lesioni ha provocato la morte di un uomo risponderà di omicidio preterintenzionale solo se un uomo ragionevole poteva rappresentarsi l'intervento del fattore causale (ad esempio, un vizio cardiaco) che ha fatto degenerare le percosse o le lesioni nella morte della vittima». Ebbene, così strutturato, a mio avviso, il giudizio di colpa è un'autentica ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto l'agente reale finisce per essere del tutto estromesso dal giudizio. Ed infatti, a ben vedere, nel momento in cui ci si interroga se un agente modello sarebbe stato in grado o meno di prevedere ed evitare, si formula un giudizio in cui non esiste alcun nesso tra l'agente reale protagonista del fatto storicamente verificatosi e l'agente modello utilizzato nel giudizio. Più precisamente, un nesso con la realtà esiste, perché l'agente modello è inserito nella vicenda storicamente verificatasi (base del giudizio reale), tuttavia tale agente non viene mai messo a confronto con l'agente reale, poiché quest'ultimo è espulso dalla valutazione. In sostanza, dire che un agente modello avrebbe previsto o non previsto nulla ci dice in ordine alla prevedibilità dell'agente reale.

Andando ancora più a fondo, si può osservare come questa configurazione sia funzionale alla elaborazione di un dovere, non alla configurazione di un potere: proprio perché sviate da una colpa concepita come dovere, le Sezioni Unite finiscono per strutturare il giudizio come se si trattasse di elaborare una regola comportamentale da osservare, normativamente imposta.

D'altra parte, l'aspetto davvero interessante della sentenza è offerto dal fatto che in un secondo momento è la stessa Corte a fornire un contributo essenziale per la "corretta" elaborazione del giudizio di colpa intesa come "mero" potere. Ed infatti, quando passano ad esaminare ipotesi concrete, le Sezioni Unite affermano che «in via generale dovrà dunque escludersi la responsabilità del cedente per la morte del cessionario in tutte le ipotesi in cui la morte risulti in concreto imprevedibile, in quanto intervenuta per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente, come potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso di cessione di una sostanza "normale" per qualità e quantità e di morte dovuta alla contemporanea assunzione di alcol che abbia accentuato gli effetti della droga (a meno che lo spacciatore sapesse che la vittima era dedita all'uso di alcol o intendesse farne uso in quella occasione)» (§ 15.2 della motivazione).

Ebbene, da questa affermazione si ricava che la struttura del giudizio di colpa in attività illecita elaborata dalla Corte è ben diversa da quella prospettata fino a quel momento, visto che, da un lato, attraverso un agente modello elaborato in termini - per così dire - di ragionevolezza, si selezionano i fattori che se conosciuti determinano la possibilità di conoscere ed evitare; dall'altro lato la conoscenza di tali fattori viene accertata in capo al soggetto reale. Così, nell'esempio di poc'anzi, prima si stabilisce che un soggetto modello (normale, medio, ragionevole?) poteva prevedere ed evitare la morte di un uomo se era a conoscenza che la vittima era dedita all'alcol; poi si va a verificare se l'agente reale era o meno a conoscenza di questo fattore, con la conseguenza che se era a conoscenza, si conclude per la colpa; se invece non lo era, tale colpa deve essere esclusa. E questa struttura è pienamente coerente con una colpa concepita in termini di "mero" potere.

È interessante notare come si sia in presenza di un'ipotesi in cui la giurisprudenza finisce per dire in termini impliciti più di quanto dica esplicitamente e per arricchire la stessa elaborazione dottrinale.

## Le frontiere "estreme" del problema

Ricapitolando, la conclusione a cui giungono le stesse Sezioni Unite è che la colpa in attività illecita consiste in un mero potere di prevedere ed evitare l'evento ulteriore e che tale giudizio si basa sulla individuazione di fattori che se conosciuti dal soggetto agente fanno presumere la possibilità di previsione ed impedimento di verifica dell'evento.

A questo punto, però, si aprono due questioni problematiche ulteriori. Anzitutto, si deve osservare come la Corte, ai fini della sussistenza della colpa, non richieda soltanto che il fattore sia realmente ed effettivamente conosciuto, ma ritenga sufficiente anche la sua mera conoscibilità. Così, le Sezioni Unite hanno affermato che «potrà, invece, nei singoli casi concreti, ravvisarsi una responsabilità del cedente quando questi sia stato a conoscenza che il cessionario o il soggetto che di fatto avrebbe assunto lo stupefacente ceduto era dedito all'alcol o al consumo di psicofarmaci o aveva, al di là dell'apparenza, gravi difetti fisici ovvero (ed ecco il punto) anche quando la mancata conoscenza di uno di questi fattori sia derivata da errore o da ignoranza evitabili, e quindi inescusabili, come ad esempio, nel caso in cui il soggetto abbia ceduto la sostanza ad un acquirente che denotava un alito vinoso, o che presentava caratteristiche esteriori di fragilità fisica o di consumatore di medicinali, o abbia ceduto la droga all'interno di una discoteca o di altro locale in cui solitamente si fa uso di sostanze alcoliche (essendo quindi altamente probabile una assunzione congiunta di droga e alcol), ovvero l'abbia ceduta a soggetti minorenni di cui poteva essere conoscibile la minore resistenza a quella determinata sostanza» (§ 15.2 della motivazione). Ed ancora, con riferimento alle ipotesi di plurime e successive cessioni, la Corte ha affermato che anche in queste ipotesi «potrà ravvisarsi una colpa del cedente

qualora questi particolari fattori relativi ai successivi cessionari non siano stati nel caso concreto conosciuti dal cedente per errore o per ignoranza evitabili, e quindi colpevoli, come ad esempio nel caso che l'agente abbia ceduto la droga sapendo o potendo sapere che il cedente l'avrebbe a sua volta venduta in una discoteca o in un simile locale» (§ 15.2 della motivazione).

Ebbene: ha senso attribuire rilevanza anche alla conoscenza potenziale del fattore indiziante? A mio avviso la risposta deve essere negativa. Se infatti con tale rilevanza si vuole affermare che la conoscibilità di un elemento costitutivo si ricava dalla conoscibilità di un fattore indiziante, si finisce per sfilacciare e diluire eccessivamente la componente psichica: già di per sé la conoscibilità rappresenta la forma di legame psichico più tenue, se poi essa viene ancorata a conoscenze potenziali di fattori indizianti, il rischio è quello di perdere qualsiasi contatto con il substrato psichico, creando così un legame meramente normativo, come tale suscettibile di manipolazioni. Se invece si attribuisce rilevanza alla conoscenza potenziale del fattore indiziante al fine di imporre al soggetto di fare attenzione alla situazione di fatto, formulando così una sorta di pretesa a conoscere, la soluzione non può essere accolta perché la prevedibilità che viene in gioco in questo ambito non attiene al dover essere, alla formulazione di una pretesa, ma ad un potere.

In secondo luogo, si pone il problema della distinzione tra dolo eventuale e mera prevedibilità. In un passaggio della sentenza la Corte afferma che «la colpa potrà poi essere rinvenuta in particolari circostanze attinenti alla quantità, natura e qualità della sostanza ceduta, come ad esempio nel caso in cui lo spacciatore predisponga dosi a composizione diversa da quelle usuali o miscelate con sostanze diverse, con consapevolezza della probabilità di particolari maggiori rischi per la vita del consumatore». Non solo, ma nell'ipotesi in cui un soggetto cede una sostanza ad un altro che si trova in evidente stato confusionale, perché magari in crisi di astinenza o perché in stato di ubriachezza, si potrebbe tranquillamente ritenere che in realtà il cedente ha voluto la morte, quanto meno a titolo di dolo eventuale.

Il punto, inserendosi nel più ampio tema della prova dei fatti psichici (in argomento si vedano i numerosi contributi contenuti nel volume collettaneo *La prova dei fatti psichici*, a cura di G.A. De Francesco, C. Piemontese ed E. Venafrò, Torino, 2010), è molto delicato e merita la più attenta considerazione, anche perché sono ben note le difficoltà che si incontrano quando in altre ipotesi di colpa c.d. in attività illecita si tratta di distinguere tra dolo di omicidio e preterintenzione oppure tra concorso nel reato effettivamente realizzato (concorso c.d. tipico) e art. 116 c.p. (concorso c.d. anomalo): molto spesso, infatti, la giurisprudenza sembra tendere ad estendere il concetto di dolo e quindi ad ampliare l'ambito di applicazione dell'omicidio o del reato effettivamente commesso, restringendo invece l'ambito di applicazione dell'ipotesi di colpa in attività illecita (in ordine alla distinzione tra dolo di omicidio e preterintenzione v. **Cass., Sez. I, 30 giugno 2009**, Montagnoli, in *CED*, rv 244743; **Cass., Sez. I, 4 luglio 2007**, Zheng, in *CED*, rv 237685. Per quanto riguarda la distinzione tra concorso c.d. tipico e concorso c.d. anomalo v. **Cass., Sez. I, 29 gennaio 2008**, Li, in *CED*, rv 240276; **Cass., Sez. I, 10 gennaio 2006**, Nika, in *CED*, rv 233580; **Cass., Sez. I, 16 maggio 2003**, Puglisi, in *CED*, rv 225850).

Ebbene, a mio avviso si tratta del punto maggiormente delicato, anche perché foriero di non pochi equivoci soprattutto da parte della dottrina. Quest'ultima, infatti, tende a credere che prima si possa stabilire la consistenza della componente psichica (conoscenza oppure conoscibilità) e in seguito compiere l'accertamento fattuale in una prospettiva di perfetta strumentalità dell'accertamento fattuale rispetto al concetto giuridico. Con la conseguenza che la dottrina tende a considerare inammissibili quegli orientamenti giurisprudenziali che, ricostruita la componente psichica in termini di previsione attuale, evitano (perché impossibile) di accertare direttamente tale componente, affidandosi a indizi indizianti che consentono di provare indirettamente la conoscenza, inammissibilità derivante dalla convinzione che si viene a degradare la conoscenza attuale a mera conoscibilità.

A me pare che in realtà non si possa fare a meno dell'impiego di fattori indizianti, a causa dell'impossibilità di una "prova diretta" del fatto psichico. Tuttavia, si deve anche osservare come il singolo fattore, pur essendo di per sé significativo, non sia mai in grado di offrire alcuna indicazione definitiva, mentre è soltanto la pluralità di fattori valutati in termini di motivata concordanza che può esprimere una significato complessivamente univoco. Così ad esempio, per quanto riguarda la colpa in attività illecita, non c'è alcun dubbio che un fattore come i precedenti penali di un concorrente conosciuto da altro concorrente possa fondare una previsione o una prevedibilità del reato diverso da quello concordato a seconda che sia "solitario" oppure si vada a raccordare con uno o più fattori ulteriori, come ad esempio la circostanza (conosciuta) che nel luogo del fatto vi sarebbero state potenziali vittime oppure quella che il concorrente con i precedenti avrebbe portato con sé un'arma da sparo.

E questo modo di procedere sembra essere stato razionalizzato in modo convincente anche dalla stessa giurisprudenza. Ed infatti, in tema di ricettazione, che com'è noto pone problemi di distinzione dalla fattispecie di incauto acquisto, di recente le stesse Sezioni Unite hanno avuto modo di precisare che «occorrono per la ricettazione circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché in ragionevole

convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato il rischio della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di dati inequivoci, che rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza» (Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009, Nocera, in CED, n. 12433/2010). Detti in altri termini, «la consapevolezza dell'agente circa l'illecita provenienza della cosa [...] può trarsi anche da elementi indiretti, ma solo nell'ipotesi in cui la loro coordinazione logica ed organica sia tale da consentire l'inequivoca dimostrazione della mala fede; detta consapevolezza può dunque desumersi anche dalla qualità delle cose ricevute nonché (e questo mi pare il punto davvero decisivo) dagli altri elementi considerati dall'art. 712 c.p. in tema di incauto acquisto, purché i sospetti sulla legittimità della provenienza della res siano così gravi ed univoci da ingenerare, in qualsiasi persona di media levatura intellettuale e secondo la più comune esperienza, la certezza che non possa trattarsi di cose legittimamente detenute» (Cass., Sez. II, 20 giugno 1996, Coletto, in Cass. pen., 1997, 2077).

In sostanza, anche alla luce di quanto appena riportato, non mi sembra del tutto corretto ritenere che la giurisprudenza ragioni in questi termini: là dove il soggetto poteva prevedere, il soggetto alla fin fine prevedeva, con la conseguenza che la prevedibilità di un certo elemento (molto spesso l'evento), finisce per costituire il segno di una previsione effettiva attraverso un inammissibile e del tutto ingiustificato salto logico. Piuttosto la giurisprudenza tende a dare rilevanza ai singoli fattori che inevitabilmente di per sé possono essere espressione di mera conoscibilità oppure di effettiva conoscenza a seconda del se e del come siano organicamente e argomentativamente coordinabili.

## LIBRI

### Massime notarili in materia societaria

Elaborate dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società

a cura del Consiglio Notarile di Milano

Edizione IV - Aggiornata a giugno 2010



Il volume raccoglie tutte le massime elaborate, dal 2001 ad oggi, dalla "Commissione per i principi uniformi in tema di società" del Consiglio Notarile di Milano.

Le massime - tutte corredate da un commento esplicativo - si propongono di indicare ai notai un complesso di autorevoli interpretazioni, non vincolanti, a cui uniformarsi in sede di giudizio sull'iscrivibilità degli atti societari.

Il Consiglio notarile di Milano offre spunti interpretativi in materia societaria a tutti gli operatori pratici del diritto (notai, avvocati e dottori commercialisti), esaminando le principali vicende societarie non solo delle grandi imprese quotate ma anche delle imprese di piccole e di medie dimen-

sioni. Tra gli istituti presi in considerazione: le operazioni sul capitale sociale; la trasformazione; la fusione e la scissione, il recesso; il riscatto e l'esclusione; l'assemblea dei soci; le obbligazioni; le azioni e le quote; l'amministrazione e il controllo e le modifiche statutarie.

Ipsos 2010, pagg. 464, € 43,00

#### Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente ipsoa di zona ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- <http://ipshop.ipsoa.it>