



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



GUARDIA GIURATA SPARA ACCIDENTALMENTE AL LADRO DURANTE LA COLLUTTAZIONE: È OMICIDIO PRETERINTENZIONALE

Nell'omicidio preterintenzionale, l'evento morte deve costituire il prodotto della specifica situazione di pericolo generata dal reo con la condotta intenzionale volta a ledere o percuotere una persona, con la conseguenza che se la morte della vittima è del tutto estranea all'area di rischio attivato con la condotta iniziale, intenzionalmente diretta a percuotere o provocare lesioni, ed è, invece, conseguenza di un comportamento successivo, l'evento mortale non può essere imputato a titolo preterintenzionale, ma deve essere punito a titolo di colpa, in quanto effetto di una serie causale diversa da quella avente origine dall'evento di percosse o lesioni dolose.

di **Tommaso Cesareo**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Martedì 14 Gennaio 2020

Sommario: 1. Premesse generali e metodologiche. – 2. Vicenda fattuale. – 3. La tesi difensiva. – 4. La decisione della Corte di Cassazione. – 5. L’istituto della preterintenzione e ricostruzioni teoriche. – 5.1. La tesi della preterintenzione come misto di dolo e responsabilità oggettiva. – 5.2. Costituzionalizzazione del principio nullum crimen sine culpa e la tesi della preterintenzione come misto di dolo e colpa specifica. – 5.3. La tesi della preterintenzione come misto di dolo e colpa generica; la prevedibilità in concreto. – 5.4 La tesi della preterintenzione come filiazione del dolo indiretto. – 6. Osservazioni alla sentenza. – 7. Conclusioni. – 8. Prospettive de jure condendo.

Abstract ITA: la presente dissertazione offre una trattazione, di ordine analitico, dell’istituto della preterintenzione e della sentenza del 04/02/2019, n. 5515, emessa dalla Cassazione penale Sez. V, la quale è stata chiamata ad affrontare una questione di particolare importanza. In primo luogo, tale decisione permette di consolidare la linea di demarcazione tra la fattispecie di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) e quella di omicidio colposo (art. 589 c.p.), fornendo un apporto non indifferente da un punto di vista pratico. In secondo luogo, essa contribuisce a definire, sotto il profilo teorico, la ricostruzione dell’istituto giuridico della preterintenzione e, segnatamente, l’ipotesi delittuosa dell’omicidio preterintenzionale, entrambi oggetto di acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale che ha visto lo schierarsi di molteplici posizioni interpretative.

Abstract ENG: this dissertation offers an analytical treatment of the institution of pre-intention and of the judgment of 04/02/2019, n. 5515, issued by the Criminal Cassation Section V, who has been called to address a particularly important issue. Firstly, this decision allows to consolidate the dividing line between the case of pre-intentional homicide (art.584 of the criminal code) and that of manslaughter (art.589 of the criminal code), providing a significant contribution from a practical point of view. Secondly, it contributes to defining, from a theoretical point of view, the reconstruction of the legal institution of pre-intention and, in particular, the criminal hypothesis of pre-intentional murder, both subject of heated doctrinal and jurisprudential debate which has seen the deployment of many interpretative positions.

1. Premesse generali e metodologiche

In questa sede si intende focalizzare l’attenzione sulla sentenza del 04/02/2019, n. 5515, emessa dalla Cassazione penale Sez. V, con la quale la Suprema Corte si è pronunciata su di una controversia di peculiare importanza. Questa vicenda ha reso l’opportunità di disquisire, segnatamente, sul confine intercorrente tra l’ipotesi di omicidio preterintenzionale, disciplinata dall’art. 584 c.p., e quella di omicidio colposo, prevista dall’art. 589 c.p. Si precisa che sarà oggetto di trattazione esclusivamente la prima

fattispecie, mentre della seconda saranno forniti alcuni cenni a proposito delle arringhe difensive sulla qualificazione giuridica dell'illecito commesso dal prevenuto.

Ai fini di una chiara comprensione della massima sottesa al dispositivo e di collocare la relativa ratio decidendi nel suo corretto perimetro di applicazione futura, si ritiene necessario saldare alcune premesse di fondo, prodromiche alla successiva analisi della sentenza de qua.

Invero, non si può assolutamente prescindere dalla trattazione del significato normativo di cui agli artt. 42, comma 2, e 43, comma 2, c.p., rispettivamente recanti disposizioni in materia di responsabilità per delitto preterintenzionale e di elemento psicologico della preterintenzione. Spingersi all'esaminazione dell'omicidio preterintenzionale implicato in questa vicenda, senza aver prima ricostruito l'istituto della preterintenzione, non sarebbe idoneo a fornire le adeguate indicazioni per un approccio consapevole alle molteplici problematiche connesse a tale fattispecie base.

Sono ancora aperte, infatti, alcune questioni di fondo che orbitano attorno alla preterintenzione. Esse sono essenzialmente due: quale sia il modello di responsabilità tracciato dal legislatore e se essa, ad oggi, sia compatibile col nostro sistema giuridico costituzionalmente orientato, così come interpretato storicamente dalla giurisprudenza.

2. Vicenda fattuale

Il caso de quo prende le mosse dalla condanna inflitta dalla Corte di Assise di Appello di Napoli del 19/12/2017 all'imputato B.G., giudicato colpevole, anche in primo grado, del delitto di omicidio preterintenzionale perpetrato ai danni di G.B.G. Quest'ultimo, dopo essere stato sorpreso nel luogo in cui l'agente svolgeva la mansione di guardia giurata, veniva raggiunto da un colpo della pistola in dotazione del prevenuto, la stessa che questi aveva già utilizzato come strumento per percuotere la vittima. La condotta di percosse, quindi, era degenerata nell'evento più grave di omicidio preterintenzionale, rispecchiando appieno la formula di cui all'art. 584 c.p.

3. La tesi difensiva

Avverso tale decisione l'imputato ha ricorso per Cassazione deducendo il vizio di violazione di legge. In particolare, egli ha lamentato l'opera di esegesi eccessivamente estensiva realizzata dalla Corte territoriale in relazione all'espressione: "Con atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli articoli 581 e 582". L'interpretazione fornita dal giudice dell'impugnazione, a detta della difesa, presuppone la possibilità di

identificare, quali antecedenti causali, anche condotte diverse dalle percosse e dalle lesioni, a patto che siano a queste strettamente riconducibili. Il risultato è l'addebito, in capo all'agente, di un fatto più grave a titolo di mera responsabilità oggettiva.

Per tale ragione, la difesa ha proposto un'argomentazione logico-giuridica fondata su di una esegesi restrittiva dell'art. 584 c.p., alla cui stregua l'imputabilità dell'omicidio preterintenzionale deve implicare necessariamente l'effettivo riscontro di un nesso di derivazione diretta ed immediata tra la morte e le percosse o le lesioni. Inoltre, si è eccepito che durante l'istruttoria era emerso che la vittima era sì stata colpita al capo con il calcio della pistola in dotazione del prevenuto, ma che la sua morte era stata causata, invece, dal colpo dell'arma accidentalmente esploso durante la fase di colluttazione fra i due.

Il fatto dello sparo, secondo l'assunto difensivo, essendo stato del tutto involontario impone di qualificare la fattispecie come omicidio colposo, piuttosto che preterintenzionale; ciò in quanto a monte vi è la violazione di una regola cautelare che il prevenuto, ai fini di un sicuro e corretto espletamento dei suoi compiti di vigilanza, avrebbe dovuto onorare. In altri termini, l'esplosione involontaria del colpo, non potendo essere ricondotta, in termini stringenti, né alle percosse né alle lesioni, fa obbligo al giudice di riportare la fattispecie nell'alveo dell'art. 589 c.p.

4. La decisione della Corte di Cassazione

Gli ermellini hanno avallato l'opera esegetica svolta dalla Corte territoriale, rievocando che «ai fini dell'integrazione dell'omicidio preterintenzionale, è necessario che l'autore dell'aggressione abbia commesso atti diretti a percuotere o a ledere e che esista un rapporto di causa ed effetto tra gli atti predetti e l'evento letale, senza necessità che la serie causale che ha prodotto la morte rappresenti lo sviluppo dello stesso evento di percosse o di lesioni voluto dall'agente»^[1].

A ciò essa la Suprema Corte ha richiamato, corroborando la sua tesi, il principio di diritto in virtù del quale «nell'omicidio preterintenzionale, l'evento morte deve costituire il prodotto della specifica situazione di pericolo generata dal reo con la condotta intenzionale volta a ledere o percuotere una persona, con la conseguenza che se la morte della vittima è del tutto estranea all'area di rischio attivato con la condotta iniziale, intenzionalmente diretta a percuotere o provocare lesioni, ed è, invece, conseguenza di un comportamento successivo, l'evento mortale non può essere imputato a titolo preterintenzionale, ma deve essere punito a titolo di colpa, in quanto effetto di una serie causale diversa da quella avente origine dall'evento di percosse o lesioni dolose»^[2].

In particolare, si deve porre l'attenzione, ad avviso della Cassazione, sulla "specifica situazione di pericolo" od "area di rischio" creata dall'imputato il quale, se è vero che originariamente andava con l'intento di percuotere la vittima, è anche vero che egli era ben consapevole di avere il colpo in canna e che l'arma fosse carica per lo sparo. Ragion per cui, non è possibile negare che l'evento letale si sia realizzato per una serie causale avente la medesima origine nel reato di percosse.

Invero, è cruciale constatare che non costituisce ipotesi remota quella in cui il prevenuto, essendosi servito come strumento per percuotere la vittima di una pistola con il colpo in canna, possa aver accettato il rischio che questo potesse partire, anche accidentalmente, durante la fase della colluttazione.

5. L'istituto della preterintenzione e ricostruzioni teoriche

La preterintenzione è un caso di responsabilità oggettiva c.d. "mista", alla cui disciplina il legislatore dedica due norme nella parte generale del codice penale: l'art. 42, 2° comma, c.p. e l'art. 43, 2° comma, c.p.

Dalla lettura dell'art. 42 si ricava che il legislatore reputa la preterintenzione alla stregua di un criterio autonomo di attribuzione di responsabilità, diverso da un lato dal dolo e dalla colpa e, dall'altro, dalla responsabilità oggettiva: ciò è confermato dal fatto che il legislatore menziona il delitto preterintenzionale al 2° comma, mentre cita la responsabilità oggettiva nel terzo^[3].

La principale ipotesi di preterintenzione è contenuta nel codice penale ed è rappresentata dall'omicidio preterintenzionale, che viene posto in essere da un soggetto il quale, con atti diretti a percuotere o ledere, cagiona (involontariamente) la morte di un uomo (art. 584 c.p.)^[4].

5.1. La tesi della preterintenzione come misto di dolo e responsabilità oggettiva

In ordine alla qualificazione giuridica del modello di responsabilità rinvenibile nella preterintenzione, si registra lo schieramento di variegate posizioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Secondo una prima ricostruzione, il delitto preterintenzionale, anziché un indipendente modello di responsabilità, costituisce in realtà un'ipotesi mista di dolo e responsabilità oggettiva^[5].

Tale impostazione risente storicamente dell'assenza del fondamentale principio della personalità della colpevolezza, di cui era naturalmente sprovvisto il codice Rocco del 1930. La preterintenzione, quindi, veniva coerentemente inserita tra le ipotesi di responsabilità oggettiva mista, frutto della fusione tra il dolo della condotta base e l'imputazione della ulteriore conseguenza lesiva, in virtù del solo nesso di causalità materiale.

A dimostrazione di ciò, l'art. 43, 2° comma, sancisce che «il delitto è preterintenzionale o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente». A rigor di logica testuale, siamo in presenza di una fattispecie risultante dalla commistione di un'azione diretta a commettere un reato meno grave e la perpetrazione di un evento più grave di quello voluto. Mentre l'azione finalizzata a causare l'evento meno grave (in quanto voluto) è sicuramente ascrivibile a titolo di dolo, per l'evento più grave (non voluto) la legge si limita ad affermare che deve essere «conseguenza della propria azione od omissione»; ergo, non richiede espressamente che esso venga commesso con colpa. Il codice penale è reticente sulla necessità che l'evento più grave non voluto sia effetto di un comportamento contrario a norme cautelari; norme che, se violate, configurano il modello di responsabilità colposa.

In virtù della impostazione originaria del legislatore, si può dunque affermare che l'evento più grave viene addebitato in capo all'agente in virtù del mero nesso di causalità materiale, venendo alla ribalta una ipotesi di responsabilità oggettiva.

5.2. Costituzionalizzazione del principio *nullum crimen sine culpa* e la tesi della preterintenzione come misto di dolo e colpa specifica

Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione del 1948 ed alla presa d'atto, da parte degli operatori del diritto (in primis i giudici), delle nuove e fondamentali esigenze positivizzate nella carta fondamentale italiana, è stata avvertita la necessità di recuperare l'elemento personalistico implicito nella responsabilità da reato. La premura di elidere ogni forma di residuo bellico della responsabilità oggettiva spinse la giurisprudenza costituzionale, negli anni Ottanta, ad emettere due sentenze di rilevanza storica^[6].

Le massime sottese a tali decisioni hanno preso in diretta considerazione due enunciati normativi.

Il primo è rinvenibile nell'art. 27, comma 1, ed è il principio della personalità della responsabilità penale, il quale viene ad essere interpretato nella sua espansione massima, cioè come sinonimo di responsabilità personale colpevole^[7].

Il secondo, riscontrabile al comma 3 del suddetto articolo, concerne la funzione rieducativa della pena, la quale implica che il fatto addebitato sia psichicamente riportabile, almeno nella forma della colpa, al soggetto da rieducare; se così non fosse, non avrebbe senso alcuno infliggere una pena rieducativa per un fatto che non può costituire oggetto di disapprovazione da parte dell'agente^[8].

Il risultato è stato l'obbligo per il magistrato, al fine di addebitare ad un soggetto un determinato fatto – comprensivo della conseguenza non voluta –, almeno l'elemento psicologico della colpa.

In ossequio a questi orientamenti, nel solco della preterintenzione sono state elaborate diverse teorie maggiormente garantiste nei confronti dell'imputato.

Sull'onda dello sviluppo personalistico, è stata formulata una seconda ricostruzione teorica della preterintenzione, secondo la quale si sarebbe in presenza di un modello di responsabilità misto di dolo e colpa specifica^[9]. In particolare, quest'ultima verrebbe integrata dall'inosservanza di leggi, per cui l'evento più grave non voluto conseguirebbe alla violazione della norma penale che vieta la condotta (dolosa) finalizzata a commettere il reato meno grave^[10].

Tuttavia, tale argomentazione collide con un'obiezione difficilmente superabile: la colpa per inosservanza di leggi consegue alla violazione non di una legge qualunque, ma soltanto di quelle a finalità precauzionale, aventi specificamente per scopo l'impedimento di eventi del tipo di quello che si verifica^[11]. Invero, rimane ancora non dimostrata la possibilità di concepire un'autonoma violazione di regole cautelari, quale requisito fondamentale della colpa in senso proprio, nell'ambito di illeciti di base incentrati su un agire doloso: in proposito si rileva che è come se il legislatore da un lato imponesse il divieto di compiere l'aggressione volontaria e, dall'altro, di realizzarla correttamente al fine di evitare di perpetrare l'evento più grave^[12]. Si ricade, in tal senso, in una contraddizione sistematica non sormontabile se non con l'utilizzo di artifici puramente retorici.

5.3. La tesi della preterintenzione come misto di dolo e colpa generica; la prevedibilità in concreto

Trascurata l'idea di un modello colposo di tipo specifico, maggiore successo ha riscosso la tesi che definisce la preterintenzione come un misto di dolo e colpa generica^[13]. Secondo questa ricostruzione, il giudice, al fine di evitare l'attribuzione dell'evento più grave in base al semplice nesso di causalità materiale, dovrebbe accertare la «colpa» o,

perlomeno (in luogo della violazione di una vera e propria regola cautelare), la prevedibilità in concreto, da parte dell'agente, dell'evento non voluto. Questa tendenza persegue chiaramente l'obiettivo di rendere l'istituto della preterintenzione il meno possibile in contrasto col principio di personalità della responsabilità penale. La prevedibilità, in tal caso, verrebbe a figurare come requisito minimo di colpevolezza che, benché non identico in tutto e per tutto alla colpa, a questa può essere assimilato.

Grazie alla sua vocazione costituzionale, questa teoria sembra portare con sé tutti i connotati che permettono di individuare un giusto punto di incontro con la dottrina maggiormente garantista. Superando la logica dell'antico brocardo canonistico-medievale «qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu», di cui l'omicidio preterintenzionale costituisce massima espressione, si sciolgono le riserve di quel filone dottrinale e giurisprudenziale che richiede, per giustificare la rimproverabilità del prevenuto, la sussistenza di una componente minima di colpevolezza che abbracci sotto il suo manto gli elementi essenziali della fattispecie tipica complessiva.

5.4. La tesi della preterintenzione come filiazione del dolo indiretto

Accanto alle tre prospettate ricostruzioni teoriche della preterintenzione, non stupisce come una parte della dottrina manifesti ancora perplessità in ordine alla possibilità di mantenere in vita, nel nostro codice penale, tale modello misto di responsabilità. A ben vedere, secondo quest'orientamento, considerata l'evoluzione storica degli istituti penalistici (specialmente in un'ottica costituzionale), la figura in esame altro non rappresenta se non una “filiazione del dolo indiretto”, vale a dire una concezione del dolo da molto tempo relegata nel dimenticatoio. Riducendosi ad una presunzione di dolo, fondata sulla intrinseca pericolosità delle lesioni rispetto al bene giuridico della vita, la preterintenzione si espone a tutte le obiezioni che sono in generale eccepibili contro la responsabilità oggettiva^[14].

6. Osservazioni alla sentenza

La Corte di Cassazione, nella vicenda in esame, lascia intendere di aver aderito alla tesi che considera la preterintenzione come filiazione del dolo indiretto. Essa, infatti, afferma espressamente che «[...] corretta è stata la sussunzione del fatto nello schema del delitto di omicidio preterintenzionale, la quale lambisce, a ben vedere, lo schema dell'omicidio volontario animato da dolo eventuale, non essendo inverosimile che l'imputato, utilizzato come strumento per percuotere l'avversario un'arma con il colpo in canna, possa aver accettato il rischio che questo potesse partire durante la colluttazione».

I giudici ermellini parlano esplicitamente di “dolo eventuale”, coincidente con la terza

forma tradizionale di dolo, non a caso denominato altresì “indiretto”. Vi è riferimento, inoltre, alla “accettazione del rischio”, espressione che funge da indicatore, in primis, della volontà dei giudici di aderire alla teoria sul dolo eventuale tutt’oggi dominante^[15] e, in secundis, dell’interpretazione della preterintenzione come filiazione del dolo indiretto.

Rinviando l’approfondimento sul dolo eventuale e la relativa teoria dell’accettazione del rischio a separata sede^[16], si rileva che il giudice di tale vicenda, benché ispirato ad una concezione del dolo oramai abbandonata, non si è dispensato dal tenere in debita considerazione elementi congeniali ad un approccio costituzionale della preterintenzione.

La Corte di Cassazione è precisa ed illuminante nel momento in cui afferma che «[...] non può dirsi che l'evento letale si sia verificato per una serie causale diversa da quella avente origine dall'evento percosse e che, quindi, sia del tutto estraneo all'area di rischio attivato con la condotta di percosse inflitte nell'ambito della colluttazione». A ben vedere non si può collegare l’evento letale, come voleva la difesa, alla mancata osservanza delle regole cautelari che dovrebbero dirigere l’attività lavorativa della guardia giurata. Quest’ultima, infatti, ha causato la morte del ladro durante la colluttazione originata dalle percosse da lei stessa coscientemente perpetrate. Ration per cui è impossibile negare da un lato che l’evento voluto e quello non voluto abbiano avuto un identico punto di nascita, dall’altro che siano legati da un nesso di consequenzialità del secondo rispetto al primo. In altri termini, date queste circostanze fattuali e considerata la “specifica situazione di pericolo”, è fuori discussione che la guardia giurata, pienamente consapevole che la pistola avesse il colpo in canna, abbia avuto una chiara e lucida rappresentazione di un apprezzabile livello di probabilità di verifica dell’evento morte^[17] – dunque potendolo prevedere in concreto – ed abbia potuto accettare il rischio dell’accadimento letale.

7. Conclusioni

Dal quadro sinora prospettato, è possibile estendere da ultimo alcune osservazioni conclusive.

Sulla scorta di tutte le teorie elaborate intorno all’istituto della preterintenzione, è evidente che ognuna di esse presenta dei caratteri peculiari che valgono a differenziarla dalle altre e contribuiscono a giustificare la rimproverabilità personale del delitto preterintenzionale mediante un ragionamento logico-giuridico specifico.

Tuttavia, non si può non prendere atto di un elemento inconfutabile: il legislatore del codice Rocco del 1930, in assenza degli odierni valori costituzionali e sulla base dell’allora vigente politica criminale, durante la sua opera di creazione degli istituti di cui agli artt. 42-43 e 584 c.p. si è ispirato alla logica del versari in re illicita. Logica che, nel

diritto penale moderno, risulta essere del tutto storica e discordante rispetto agli obiettivi perseguiti.

In virtù dell'evoluzione del significato normativo dell'art. 27 Cost., è assolutamente indispensabile una revisione normativa che tenga conto non solo della sfera della preterintenzione, ma anche di tutti quegli istituti di natura penalistica che collidono col principio del *nullum crimen sine culpa*. Ciò al fine di non incorrere in una interpretatio abrogans dell'art. 43, comma 2, c.p. e, quindi, di evitare che tale enunciato legislativo rimanga lettera morta.

E proprio in questa direzione sembra volersi orientare la sentenza in questa sede esaminata. Invero, sebbene si sia servita di terminologie che fanno presumere la volontà di aderire alla tesi della preterintenzione come filiazione del dolo indiretto, alla Sezione V della Cassazione va riconosciuto il merito di essersi approcciata a tale delicata problematica in maniera rispettosa dei dettami costituzionali. Attribuendo a titolo di dolo il reato delle percosse ed a titolo di prevedibilità in concreto quello dell'omicidio preterintenzionale, i giudici ermellini hanno eliminato ogni dubbio circa una potenziale imputazione soggettiva dell'evento letale sulla scorta del mero nesso di causalità materiale.

In una prospettiva costituzionalmente orientata, è proprio nell'elemento della colpevolezza che va ravvisata la giustificazione giuridica della pena; ragion per cui intanto un fatto può dirsi "proprio" in quanto al suo agente sia possibile ricondurlo sotto un duplice profilo, oggettivo e soggettivo^[18]. Conseguenzialmente, in relazione al delitto preterintenzionale, se all'evento non voluto (commesso preterintenzionalmente) non è possibile ricondurre l'elemento soggettivo della colpa in senso proprio, ad esso va almeno riconnessa la prevedibilità in concreto, idonea quest'ultima a giustificare la colpevolezza del fatto criminoso^[19]. Colpevolezza che, essendo un elemento imprescindibile di ogni fattispecie delittuosa, «non costituisce elemento tale da poter essere, a discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato»^[20].

Sono questi i presupposti fondamentali per elidere ogni forma di residuo bellico della logica del versari in re illecita.

8. Prospettive de jure condendo

Nel panorama delle auspiccate modifiche legislative si registra lo schieramento di un triplice indirizzo.

Secondo il primo orientamento, l'istituto della preterintenzione ed i singoli reati da esso intrinseci dovrebbero essere totalmente eliminati dall'ordinamento penalistico sulla scorta di due motivazioni. La prima è il contrasto con la politica criminale e i principi costituzionali, in quanto se le norme sulla preterintenzione, allo stato attuale, risentono dell'antico brocardo del *versari*, allora esse vanno incontro a tutte le obiezioni eccezionali nei confronti della responsabilità oggettiva^[21]. Il risultato è, dunque, il mancato ossequio al supremo principio del *nullum crimen sine culpa*. La seconda motivazione consiste, invece, nell'assenza di basi ontologiche^[22].

A questo primo orientamento sembra voler aderire anche il legislatore, il quale non si è esonerato dal manifestare espressamente la volontà di rimuovere qualsiasi forma residuale di preterintenzione. A ben vedere, i recenti progetti di riforma del codice penale si propongono di non contemplare fattispecie non rimproverabili a titolo di dolo o colpa, tra le quali rientrano l'omicidio preterintenzionale e diversi delitti (dolosi) aggravati dall'evento (non voluto)^[23].

Il secondo orientamento, al contrario, suggerisce una permanenza dei delitti preterintenzionali all'interno del complesso normativo, paventando un *vulnus* legislativo che lascerebbe impregiudicate alcune questioni delicate, quali sono, appunto, quelle riguardanti l'omicidio preterintenzionale. Tale indirizzo spinge il legislatore a riformare solo parzialmente la disciplina attuale, allo scopo di renderla concorde col principio di personalità della responsabilità penale. Infatti, l'ordinamento positivo dovrebbe esclusivamente contemplare l'imputazione colposa del risultato più grave (non voluto) all'interno di una nuova definizione di parte generale della preterintenzione e, simmetricamente, emendare le fattispecie delittuose di cui agli artt. 584 e 586 c.p.^[24], contemplando espressamente la prevedibilità dell'evento ulteriore come elemento costitutivo dell'illecito^[25].

Il terzo orientamento, infine, propende a favore di un intervento della Corte Costituzionale, nel senso di una «declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 584 c.p. nella parte in cui non prevede che la responsabilità dell'evento morte sia subordinata all'accertamento della colpa in capo al soggetto autore degli atti diretti a cagionare lesioni o percosse»^[26].

Alla stregua di queste prese di posizione, si reputa preferibile aderire al secondo indirizzo ed auspicare, in una prospettiva *de jure condendo*, una ricostruzione primariamente legislativa che non lasci spazio ad aberrazioni giuridico-costituzionali e che prediliga per l'omicidio preterintenzionale un modello di responsabilità soggettiva il meno possibile dissonante con i fondamentali principi ex art. 27 Cost. Tale modello dovrebbe essere strutturato dal dolo, per la prima fase dell'iter delittuoso comprendente la commissione dei

reati di cui all'artt. 581 e 582 c.p., e dalla prevedibilità in concreto, in qualità di coefficiente minimo di rimproverabilità per l'addebito dell'evento morte.

In particolare, ad avviso di chi scrive, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 584 c.p. potrebbe essere emendata e formulata con l'enunciato normativo che segue: «Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, ne risponde qualora l'evento letale sia conseguenza prevedibile della sua condotta ed è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni».

Garantendo così, in termini sostanzialistici, quella "calcolabilità" degli effetti giuridico-penali delle azioni umane invocata dalla Corte costituzionale, che fonda la libertà delle scelte d'azione dei consociati^[27].

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cfr. Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 41017/2012, in www.italgiure.giustizia.it e Cass. pen., Sez. I, sentenza n. 1008/1986, cit.

[2] Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 3946/2002, in www.italgiure.giustizia.it.

[3] «La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente»

[4] In argomento ZUCCALA', Il delitto preterintenzionale, Palermo, 1952; SPASARI, Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale, in Arch. Pen., 1957, I, p. 229; CALVI, Reato aberrante e omicidio preterintenzionale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1962, p. 1137; DE ASUA, Il delitto preterintenzionale, ivi, 1962, p. 3; ALTAVILLA, voce Preterintenzionalità, in Noviss. dig. it., XIII, Torino, 1966, p. 798; INSOLERA, Riflessioni sulla natura giuridica della preterintenzione, in Ind. pen., 1981, p. 754; PATALANO, Delitti contro la vita, Padova, 1984, 233; ID., voce Preterintenzione, in Enc. dir., XXXV, Milano, 1986, 351; CANESTRARI, L'illecito penale preterintenzionale, Padova, 1989; ID., voce Preterintenzione, in Enc. giur. Treccani, XXIV, Roma, 1991; REGINA, L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584 c.p.), in Ind. pen., 1991, p. 517; ID., voce Preterintenzione, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 4481; GIANNELLI, La figura del delitto preterintenzionale, 1994; CAGLI, Preterintenzione e principio di colpevolezza, in Ind. pen., 1994, p. 532.

[5] In tal senso FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, Zanichelli, 2018, p. 686; ZUCCALA', Il delitto preterintenzionale, in Collana di Studi Penalistici, a cura di

Giuseppe Bettiol, Palermo, 1952, p. 42; SPASARI, Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale, Roma, 1957, I, p. 229 ss.; GROSSO, Preterintenzione, in Enc. giur. Treccani, vol. XXIV, Roma, 1991; PADOVANI, Diritto Penale. Parte generale, 2002, Giuffrè, p. 200 ss.).

[6] Il riferimento è alle sentenze della Corte Costituzionale n. 364/1988, in cortecostituzionale.it e n. 1085/1988, in cortecostituzionale.it, le quali propugnano la tesi della incostituzionalità della responsabilità oggettiva. In particolare, la prima decisione afferma che il dolo o la colpa devono immancabilmente coprire gli «elementi significativi» della fattispecie incriminatrice. Nella seconda la Corte, in maniera ancora più esplicita ed univoca, asserisce che: «Perché l'art. 27, 1° comma, Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

[7] Pertanto, se per fondare un rimprovero di colpevolezza è necessaria almeno la sussistenza di un comportamento contrario al dovere di diligenza (colpa), di colpevolezza non può di certo parlarsi nel caso della responsabilità oggettiva basata sul mero nesso di causalità materiale. Tale è l'interpretazione oggi divenuta dominante: BETTIOL, Diritto penale, Cedam, 1986., p. 484; BRICOLA, Teoria generale del reato. Estratto dal «Novissimo digesto italiano», Utet, 1974, p. 53; DELITALA, Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena, in *Iustitia*, 1956, p. 316 ss.; C.F. GROSSO, voce Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva, in AA.VV., Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, Jovene, 1989, p. 710 ss.; MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, 3a ed., Padova, 1992, p. 300; PORZIO, La responsabilità penale nella Costituzione italiana. Premessa all'interpretazione dell'art. 27 della Costituzione, Napoli, 1961; PULITANO', Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale, in *JUS*, 1974, p. 499 ss.; ID., L'errore di diritto nella teoria del reato, Giuffrè, 1976, p. 71 ss.; SINISCALCO, Giustizia penale e Costituzione, Eri, 1968, p. 76; SPASARI, Diritto penale e Costituzione, Giuffrè, 1966, p. 84 ss.; FIORELLA, voce Responsabilità penale, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, p. 1289 ss.; ALESSANDRI, Commento all'art. 27, comma 1°, Cost., in Commentario alla Costituzione, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 1 ss.

[8] In tal senso, ex multis, si segnalano BRICOLA, Teoria generale, cit., loc. cit.; MUSCO, La misura di sicurezza detentiva, Milano, 1978, p. 253 ss.

[9] La tesi è sostenuta, tra gli altri, da BETTIOL, Diritto Penale, cit., p. 480; DE ASUA, Il

delitto preterintenzionale, in Riv.it. dir. proc. pen., 1962, p. 10 ss.; PATALANO, Delitti contro la vita, Cedam, 1984, p. 238 ss.

[10] Ad es., BETTIOL, Diritto penale, cit., loc. cit.

[11] L'obiezione è sollevata da FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, Zanichelli, 2018, p. 687.

[12] Sul punto cfr. FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, cit., p. 405.

[13] In giurisprudenza è significativa, in questo senso, Cass. pen., 26 aprile 2006, in Foro it., 2007, II, 311 con nota di SERRAINO, La qualificazione dell'omicidio preterintenzionale: nota a margine di un contrasto interpretativo tra la prima e quinta sezione della Corte di cassazione; Cass. pen. sez. V, 6 marzo 2003, n. 19838, in C.E.D. Cass.; Cass. pen. sez. V, 19 marzo 1993, n. 2634, ivi. In dottrina, si segnalano MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, 2015, p. 365; DONINI, Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, Giuffrè, 1991, p. 422. Si rimanda ulteriormente, per una riqualificazione generale del delitto preterintenzionale come modello di illecito di pericolo qualificato che si concretizza nella conseguenza lesiva ulteriore, CANESTRARI, L'illecito penale preterintenzionale, Cedam, 1989, p. 148 ss.

[14] Tra coloro che sostengono la tesi della preterintenzione come filiazione del dolo indiretto, si segnalano DOLCINI, Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: l'esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento, in G. Vassalli (a cura di), Problemi generali di diritto penale, Milano, 1982, p. 282; FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, cit., p. 688.

[15] Secondo questa teoria, affinché il soggetto agisca con dolo eventuale non basta la rappresentazione mentale della concreta possibilità di verificazione dell'evento: è altresì necessario che egli faccia seriamente i conti con questa possibilità e, ciononostante, decida di agire anche a costo di provocare un illecito criminoso.

Per la teoria dell'accettazione del rischio cfr. in giurisprudenza, ex multis, Cass., 23 maggio 2013, n. 36399, in Foro it., Rep. 2013, voce Reato in genere, n. 50; Cass., 10 febbraio 2009 in Guida dir., 2009, 16; Cass., 1 gennaio 2008, in dejure.giuffre.it; Cass., 15 aprile 1998, in Cass. pen., 1999, 3423; Cass., 23 ottobre 1997, in Riv. pen., 1998, 342; Cass., 3 giugno 1993, in Cass. pen., 1994, 2992; Cass., 5 ottobre 1982, in Cass. pen. Mass. Ann., 1983, 1978; Cass., 30 luglio 1981, ivi, 1982, 1535.

[16] Per un approfondimento dottrinale, si segnalano: C.F. GROSSO, voce Dolo (diritto penale), in Enc. giur., XIII, Roma, 1989, 8; F. MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, 8a ed., Padova, 2013, 315; FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, 5a ed. agg., Bologna, 2008, 363-365; G. FIANDACA, voce Dolo, in S. Cassese (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, III, Milano, 2006, 2040-2041; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, Manuale di diritto penale. Parte generale, 4a ed., Milano, 2012, 299-300; F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, 16a ed. (a cura di L. CONTI), Milano, 2003, 353-354; M. ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, I, 3a ed., Milano, 2004, 443,

[17] Cfr. Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in www.italgiure.giustizia.it

[18] Corte Cost., sentenza n. 364/1988 cit.: «si risponde penalmente soltanto per il fatto proprio, purché si precisi che per “fatto proprio” non s’intende il fatto collegato al soggetto, all’azione dell’autore, dal mero nesso di causalità materiale (da notare che, anzi, nella fattispecie plurisoggettiva il fatto comune diviene anche “proprio” del singolo compartecipe in base al solo “favorire” l’impresa comune) ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, costituito, in presenza della prevedibilità ed evitabilità del risultato vietato, almeno dalla “colpa” in senso stretto».

[19] In tal senso MANTOVANI, Responsabilità oggettiva e responsabilità oggettiva occulta, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, p. 456.

[20] Corte Cost., sentenza n. 364/1988 cit.

[21] FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, cit., p. 688.

[22] Cfr. MANTOVANI, Responsabilità oggettiva., cit., p. 349: «il delitto preterintenzionale va soppresso, assieme a tali delitti (i delitti aggravati dall’evento, n.d.r.), perché privo di autonome basi ontologiche, non necessario, complicatorio»; ROMANO, sub art. 43, in Commentario sistematico del codice penale, I, artt. 1-84, Milano, 2004, 452, p. 454: «per una sistematica più semplice e più coerente, comunque, e quale sviluppo costituzionalmente imposto di civiltà dell’ordinamento dopo la sent. C. cost. 1988/364 sul punto della responsabilità oggettiva e dopo l’avvento dell’imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti (v. art. 42/26; 59/8), è compito urgente del legislatore ripensare ex novo alle categorie del delitto preterintenzionale e dei delitti aggravati dall’evento in una prospettiva in linea di massima unificatrice, eliminando la responsabilità oggettiva, e prevedendo invece, mediante l’impiego di circostanze aggravanti, una espressa responsabilità colposa [...], non senza però una

contestuale revisione dei minimi e dei massimi degli attuali trattamenti sanzionatori».

[23] Cfr. art. 12, Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo Codice penale, predisposto dalla commissione ministeriale per la riforma del codice penale nominata dal Ministro di Grazia e Giustizia prof. Vassalli nel febbraio 1988 e presieduta dal prof. Pagliaro, in *Doc. Giust.*, 1992, 305 ss.; art. 39, Disegno di legge n. 2038, d'iniziativa dei senatori Riz e altri, presentato al Senato della Repubblica nel corso della XII Legislatura, comunicato alla Presidenza il 2 agosto 1995, riguardante la riforma del Libro I del codice penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 927 ss.; art. 25, Progetto preliminare di riforma del Codice penale. Parte generale, redatto dalla commissione ministeriale istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia prof. Flick con d.m. 1° ottobre 1998, presieduta dal prof. Grosso, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 574 ss.; art. 18, Progetto di riforma del codice penale. Parte generale, redatto dalla commissione ministeriale istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia Castelli con d.i. 23 novembre 2001, presieduta dal prof. Nordio, in *Cass. pen.*, 2005, 251 ss.. Da ultimo, cfr. anche la prima bozza dello Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale predisposta dalla commissione ministeriale per la riforma del codice penale, istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia Mastella con d.i. 27 luglio 2006 e presieduta dall'avv. Giuliano, la quale prevede, all'art. 3 (Esclusione della responsabilità oggettiva), di «escludere qualsiasi forma di responsabilità oggettiva, prevedendo come sole forme di imputazione il dolo e la colpa».

[24] CANESTRARI, Preterintenzione, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995., p. 725 e 726: «si ritiene necessaria, al fine di perfezionare l'opera di delimitazione della responsabilità preterintenzionale, l'introduzione dell'imputazione per colpa dell'esito aggravante – nell'ambito di una definizione di parte generale» oppure «una “definizione generale” di parte speciale, nell'ambito dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale» «che potrebbe anche modificare una terminologia giudicata “arcaica”, denominando diversamente tale forma di responsabilità (“aggravata”; “qualificata”; “mista”) – e urgente la riforma delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 586 e 584 del c.p.».

[25] Cfr. per tutti, PATALANO, Preterintenzione, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 359.

[26] PISA, Responsabilità nell'omicidio preterintenzionale e per morte conseguente ad altro delitto doloso, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 325.

[27] Cfr. Corte Cost., n. 322/2007, in *Giur Cost.*

GUARDIA GIURATA SPARA ACCIDENTALMENTE AL LADRO DURANTE LA COLLUTTAZIONE: È OMICIDIO PRETERINTENZIONALE