

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

FEDERICO CONSULICH

IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO COLPOSO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

**OLTRE LA LOGICA DEL CAPRO ESPIATORIO
NEL CAMPO DELLA RESPONSABILITÀ
PLURISOGGETTIVA COLPOSA**

L'espansione della colpa, in particolare della colpa in contesti plurisoggettivi, è un fenomeno profondamente contemporaneo. Non c'è campo che non sia disciplinato, fin nei dettagli, da regole tecniche di condotta, la cui violazione innesca una responsabilità, spesso penale. Ma altresì non c'è settore della vita associata in cui il raggiungimento di un obbiettivo socialmente meritevole non dipenda dalla collaborazione tra più persone.

Nei contesti economici la figura, codicistica e al contempo anacronistica, dell'imprenditore si è frammentata da tempo in una pluralità di centri di *decisione* e di centri di *conoscenza* a supporto dei primi¹; ma più in radice e in generale non vi è bene o servizio minimamente composito che non rappresenti il frutto di un approccio integrato di più soggetti, ciascuno dei quali esposto a variegiate tipologie di errore con esiti dannosi. Si pensi all'interazione necessaria tra programmatori, sviluppatori e collaudatori di prodotti basati sull'impiego di algoritmi (per la diagnostica per immagini o per il controllo del traffico aereo o per l'assistenza alla guida di autoveicoli e così via). Siamo dunque al tempo in cui può dirsi tramontata la dimensione individualistica dell'errore, tanto nell'ambito imprenditoriale che in quello professionale, e cresce invece, ponendosi al centro della riflessione del penalista, l'errore organizzativo².

¹ Sono fenomeni noti alla dottrina penalistica, si vedano a mero titolo esemplificativo A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 189; e V. MONGILLO, *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 325 ss.

² Si tratta di considerazioni già svolte, di recente da L. RISICATO, *Responsabilità medica e colpa di organizzazione: una breve riflessione de iure condendo*, in *Studi in onore di Fiorella*, I, Napoli, 2021, 840, che rileva in particolare (847) come

Ecco, la profonda contemporaneità della cooperazione colposa implica un test di adeguatezza del sistema penale rispetto a fenomeni endemici di discontrollo di attività rischiose. La dogmatica della colpa ha raggiunto un tale livello di approfondimento che consente di beneficiare di saldi risultati concettuali, dotati di connotati trasversali spendibili perfino nel contesto del reato doloso³ (l'imputazione, il pericolo, la causalità e così via); non altrettanto si può dire della manifestazione concorsuale del reato contro l'intenzione. Il rischio pandemico sperimentato a partire dal 2020 ha solo acuito la percezione dell'inadeguatezza della distribuzione della responsabilità penale nelle organizzazioni, a fronte del pericolo di contagio e delle mancate o carenti regole tecniche di gestione dello stesso. Tanto nelle strutture ospedaliere, non importa se pubbliche o private, come in quelle imprenditoriali, troppe sono le sacche di impunità dei reali decisori (si pensi alla sostanziale irresponsabilità dei vertici sanitari e organizzativi per deficit gestionali pur causalmente connessi ad eventi infausti dei pazienti); al contempo è spesso presuntiva la collocazione della risposta punitiva su specifiche posizioni asseritamente di garanzia (la responsabilità di posizione del datore di lavoro e di altri garanti della sicurezza aziendale e ambientale è evidente a chiunque abbia un minimo di esperienza di diritto penale dell'economia), senza considerare la frequente dissociazione, ad esempio, tra chi detiene il potere di decidere e vincolare gli altri appartenenti alla struttura e colui o coloro che lo condizionano, poiché in possesso delle informazioni tecniche o di fatto indispensabili alla gestione. Tanto il primo quanto i secondi esercitano un dominio sugli eventi e dunque occorre comprenderli in un fenomeno concorsuale⁴.

La cooperazione colposa non è un esercizio di ripartizione di ruoli in un'attività collettiva, né di ricostruzione di regole di prudenza aventi ad oggetto la condotta altrui per riempire così di significato la

l'errore sistemico sia diventato una delle ordinarie forme di manifestazione della compartecipazione colposa.

³ Lo rileva da ultimo M. DONINI, *Presentazione*, in ID. (diretto da), *Reato colposo* (Enc. dir.), Milano, 2021, IX. I progressi della scienza penale in materia di colpa sono evidenziati anche da R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1283 ss.

⁴ In argomento si vedano le riflessioni di V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE-A. FIORELLA-V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 28.

clausola generale di cui all'art. 113 c.p. Non tutto può essere infatti risolto dalla analisi delle cautele nel contesto plurisoggettivo, né l'analisi del concorso nella negligenza può essere ridotta ad una semplice tassonomia di regole più o meno tecniche e specialistiche di coordinamento di attività complesse.

Definire la conformazione del concorso colposo significa disciplinare le condizioni di rilevanza dell'errore in un contesto plurisoggettivo, nella consapevolezza della sua pervasività ed onnipresenza nell'azione quotidiana. Sono ormai maturi i tempi per la presa di coscienza in ordine alla limitata razionalità degli attori sociali e al condizionamento spesso decisivo di fattori emotivi e di ragionamenti puramente intuitivi⁵.

Non è sufficiente procedere alla ricerca dell'omessa prevenzione (*ex ante*) o alla mancata correzione (*ex post*) dell'errore altrui per individuare una partecipazione concorsuale: non si farebbe altro che espandere senza limiti il già amplissimo dovere di diligenza penalmente rilevante. Occorre piuttosto ricercare nessi di rischio, perimetrare tipi definiti di cautele e verificare le possibilità materiali di conoscenza e azione del singolo in un ambiente collettivo. Solo così si può arginare un'imputazione penale altrimenti sconfinata.

La partecipazione colposa non è un doppione del tipo colposo di parte speciale⁶. È chiaro invece che qualsiasi studio sulla cooperazione colposa deve ricercare vincoli di sistema all'espansione del rimprovero in ambito pluripersonale, proprio attraverso l'identificazione dei *requisiti strutturali* peculiari della partecipazione, diversi da quelli del fatto monosoggettivo.

Quale il compito della dottrina penalistica quando riflette sulle condizioni di rilevanza della colpa, monosoggettiva o plurisoggettiva

⁵ A riguardo H.A. SIMON, *Rational Choice and the Structure of the Environment*, in *Psychological Review*, 1956, 129 ss.; ID., *Rationality in Psychology and Economics*, in R. HOGARTH-M. REDER (eds.), *Rational Choice: the Contrast Between Economics and Psychology*, Chicago, 1986, 25 ss. In materia di errori cognitivi, a puro titolo di esempio, si vedano M. HILBERT, *Toward a Synthesis of Cognitive Biases: How Noisy Information Processing can Bias Human Decision Making*, in *Psychological Bulletin*, 2012, 211 ss.; B.R. NEWELL-D. LAGNADO-D.R. SHANKS, *Straight Choices: The Psychology of Decision Making*, London, 2007, 71 ss.; M.J. PAZZANI, *The Influence of Prior Knowledge on Concept Acquisition: Experimental and Computational Results*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1991, 416 ss.

⁶ Lo nota, nella dottrina spagnola, J.E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La "code-lincuencia" en los delitos imprudentes en el Código penal del 1995*, Barcelona, 2001, 67.

che sia? Trovare linee di tendenza, modelli di spiegazione della realtà normativa che, senza piegare quest'ultima alla personale ricostruzione del sistema del singolo interprete, riescano a fornire una teoria che aspiri al generale e non si disperda nella nozionistica specialità delle singole ipotesi presenti qua e là nell'ordinamento. Solo procedendo in questo modo ci si può attendere un controllo di razionalità del prodotto normativo che limiti i costi, inevitabili, dell'intervento penale nelle realtà organizzative, semplici o complesse che siano.

Come recentemente dimostrato, l'arnese penalistico, focalizzando la reazione pubblica rispetto ai disastri colposi sulla pura ricerca del colpevole, allontana la collettività dalla correzione degli errori e dall'apprendimento di strategie utili a evitarne di nuovi in futuro. Nel fare ciò tende altresì ad eleggere a colpevoli soggetti che hanno tutto l'aspetto del capro espiatorio, nella specie di capro espiatorio organizzativo, colui che cioè paga per colpe che sono soprattutto di altri e solo in minima parte proprie (magari in ragione della pura e semplice posizione di responsabilità ricoperta⁷).

Non si può negare che il ricorso al diritto penale sia però irrinunciabile. Troppo importanti i beni protetti che vengono lesi o posti in pericolo da organizzazioni difettose e troppo accentuato il bisogno di pena che la società esprime per abbandonarlo senza contraccolpi gravissimi. I reati colposi sono per lo più *incidenti*, intesi come eventi dannosi inattesi e indesiderati che conseguono ad azioni che pure erano state decise e performati in modo di per sé razionale da uno o più soggetti⁸.

Essi assumono però poi le fattezze di «incidenti caldi», implicano cioè oggi, anche se non *da* oggi, una reazione emotiva comunitaria⁹.

⁷La definizione è in M. CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022, 33, il quale evidenzia altresì (37, 215) come lo strumento penale allontani spesso dalla soluzione reale del problema organizzativo alla base dell'evento dannoso. Sulla costruzione del capro espiatorio organizzativo come modello di comportamento strumentale per falsare la corretta attribuzione delle responsabilità, P.E. WILSON, *The Fiction of Corporate Scapegoating*, in *12 Journal of Business Ethics* (1993), 779 ss. Sul ruolo del capro espiatorio al crocevia tra giustizia penale e pulsioni sociali profonde e sulla mancata soluzione dei problemi che sono alla base di eventi negativi G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, 140.

⁸Per una definizione in questi termini si veda M. CATINO, *Trovare il colpevole*, cit., 62.

⁹Distingue a questo proposito tra incidenti caldi e freddi in base alla reazione che provocano nel sistema sociale G. BONAZZI, *Colpa e potere. Sull'uso politico del capro espiatorio*, Bologna, 1983, 36 ss., 42 ss., 70 ss. Sull'indignazione sociale,

In ogni fattispecie penale colposa, che non sia lieve, c'è infatti sempre una quota di «danno fatto alla nazione», come intuiva Beccaria¹⁰, o, per dirla con Foucault, *una parte del principe*¹¹, che rende indispensabile la punizione pubblica. Questa placa una altrimenti incontrollata paura sociale del danno da ignoto (anche dal punto di vista di chi lo cagiona: chi è d'altra parte meno riconoscibile *ex ante* dell'autore colposo?), sempre pronto a prorompere all'improvviso secondo dinamiche casuali e imprevedibili e senza che nessuno possa dirsi al sicuro¹².

Ecco, dunque, lo scopo di una razionale disciplina del concorso colposo: imputare responsabilità penali secondo un metodo condiviso e verificabile, lontano dalla tribale dinamica della ricerca rabbiosa del capro espiatorio.

Impresa difficile, ma non impossibile.

spesso fomentata dai media, che si genera in occasione di eventi disastrosi, cfr. T. HORLICK-JONES, *Modern Disaster as Outrage and Betrayal*, in *13 International Journal of Mass Emergencies And Disasters* (1995), 305 ss.

¹⁰ Ci si riferisce al passaggio secondo cui «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione», cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Lyon, 2009, 164.

¹¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, 52.

¹² Sui rischi da ignoto, si vedano le considerazioni di G.A. DE FRANCESCO, *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 665 ss.

CAPITOLO I

IL TEMA E GLI STRUMENTI

SOMMARIO: 1. Premessa (a mo' di motivazione): perché studiare il concorso colposo oggi. – 2. Metodo: pragmatica vs dogmatica. – 3. La colpa come concetto autopoietico. – 4. La degradazione delle categorie generali della colpa e l'emersione di statuti penali differenziati. – 5. La mappatura dei principi utili per una responsabilità penale ragionevole. – 6. Il principio di affidamento: possibilità e limiti di azione nel sistema penale. – 6.1. La geometria variabile dell'affidamento. – 6.2. Il bilanciamento tra affidamento e doveri di controllo, tra legislatore e giurisprudenza. – 6.3. Sintesi: il declino inesorabile di un "non principio". – 7. Il principio di autoreponsabilità. – 7.1. Autoreponsabilità e paternalismo penale. – 8. Argomento: organizzazioni complesse e responsabilità penale per il ruolo. – 9. Programma. La disciplina dell'interazione imprudente come ricerca dell'equilibrio tra fatto e diritto.

1. *Premessa (a mo' di motivazione): perché studiare il concorso colposo oggi*

Raramente un istituto è stato più discusso del concorso colposo¹. Così articolato *teoreticamente* da essere ritenuto in dottrina persino inutile, illogico, intrinsecamente contraddittorio e, dunque, da superare alla prima occasione di riforma utile.

Eppure, esso è vitale *nella prassi* e trova frequente applicazione perché, pur concettualmente quasi "impossibile", tanto da precipitare lo scienziato del diritto in una litografia escheriana, è alla prova del processo malleabile come pochi altri strumenti di imputazione.

Difficile ormai cogliere l'autore solitario di un reato colposo. Tutti, anche nella negligenza, agiamo condizionati da comportamenti di al-

¹ Per l'impiego del termine concorso colposo si veda ad esempio C. BRUSCO, *L'effetto estensivo della responsabilità penale nella cooperazione colposa*, in *Cass. pen.*, 2014, 2876 e già M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, 1 ss.

tri, finanche della stessa vittima, tanto che anche il processo penale deve abbandonare l'idea che il reato colposo sia un fatto singolare, e prendere le mosse dalla consapevolezza che, sul piano fenomenologico e della struttura dell'illecito, sia insopprimibile l'esigenza di una responsabilità proporzionata al fatto individuale e ciò imponga l'adozione di uno sguardo più ampio, aperto a fenomeni di cooperazione tra più agenti.

Pur rifuggendo da affermazioni assolute, tanto definitive quanto imprecise, si può constatare che il concorso colposo sia oggi la forma di manifestazione per eccellenza della colpa, poiché le precauzioni bilaterali o plurilaterali sono il modello di gestione del rischio ormai preminente nella società contemporanea².

Ecco, dunque, perché è opportuno studiare il concorso colposo. Le motivazioni sono in fondo due. Da una parte occorre comprenderne i caratteri, così sfuggenti sul piano *teorico*, dall'altra fornire dei criteri *applicativi* che consentano un impiego razionale dell'art. 113 c.p.

L'obiettivo è porre degli argini concettuali che ne evitino una dilatazione incontrollata, a detrimento del principio di responsabilità per fatto proprio, da una parte, e di quello di colpevolezza, dall'altra parte. Si tratta di individuare la giustificazione interna dell'istituto, cioè *rispetto al sistema penale* e alle sue garanzie di riferimento, e quella esterna, *dal punto di vista della sua utilità pratica* nel contrasto e nella repressione della criminalità per negligenza³.

L'impresa non è semplice a causa dell'ambiguità del concorso colposo, che dipende direttamente dalla natura dei suoi due elementi costitutivi (la colpa e il concorso di persone), sia in sé considerati, sia nella loro interazione reciproca.

Si prenda la colpa.

Nella coscienza sociale è una sorta di implicazione della "regola d'oro", cioè quel precetto morale fondamentale, comune a molteplici religioni e filosofie, che va anche sotto il nome di etica della reciprocità⁴: è in colpa chi viola l'equilibrio del rapporto tra due o più per-

²Sulla distinzione tra precauzioni unilaterali e bilaterali F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, 122 ss.

³In merito alla tassonomia che distingue tra giustificazione interna ed esterna della decisione giudiziale J. WROBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, I, Torino, 1987, 277.

⁴W. PADEN, *Interpreting the Sacred: Ways of Viewing Religion*, Boston, 2003, 131 ss.

sone, tentando di fare prevalere il proprio diritto su quello degli altri o, il che è uguale, di sottostimare i propri doveri. Sottesa alla colpa, nel senso comune, è la complementarità tra il diritto di ciascuno e il dovere della contingente controparte della relazione sociale, quindi, in definitiva, la natura interattiva del concetto. Nelle società contemporanee essa assume così, con varietà di accenti, le connotazioni di un biasimo retributivo, orientato puramente a porre sul capo dell'autore del danno un dovere di riparare all'offesa prodotta⁵.

Nel diritto penale, rimane in fondo incerto il fondamento della punizione della colpa. Si fatica a decrittare la logica che giustifica la repressione di un comportamento non voluto e peraltro, proprio perché tale, questo non è nemmeno governabile con i meccanismi di rinforzo motivazionale propri delle norme penali: queste ultime presuppongono infatti, almeno a livello teorico e generale, che il destinatario scelga di agire illecitamente alla luce di ragionamenti coscienti.

Che si adotti una prospettiva economicamente orientata (il rimprovero per colpa riguarda condotte inutilmente rischiose) oppure si segua un approccio eticamente motivato (il biasimo si radica sulla violazione di valori comunitari condivisi o semplicemente dell'imperativo del *neminem laedere*), quel che è chiaro è che la colpa è perennemente in deficit di legittimazione, a meno di non ricorrere ad un'impostazione puramente retributiva della punizione, però difficilmente compatibile con il volto costituzionale della sanzione penale.

A ciò si aggiunga una considerazione forse semplicistica. Le regole cautelari che sostanziano il rimprovero per colpa sono antagonistiche al rischio, ma l'atteggiamento che l'ordinamento esprime nei confronti di quest'ultimo è ambivalente. Esso, infatti, è *incentivato* perché le attività che lo producono rappresentano una fonte di ricchezza collettiva e avanzamento tecnologico, ma al contempo *represso* allorché si superino livelli di tollerabilità, definiti però secondo equilibri sempre variabili se non instabili: il rischio è insomma al contempo la miniera del profitto e la fonte del danno.

Quale che sia l'approccio del penalista, rimane sempre la disagiata sensazione di una domanda insoddisfatta di proporzione tra responsabilità e pena e di una disapprovazione normativa equivoca della condotta pericolosa. Di qui il dubbio che raffinate costruzioni teoriche esprimano un inconsapevole tentativo di riempire un vuoto di senso. Sembrano confortare una simile ipotesi le esperienze giuridi-

⁵Per una riflessione sul concetto K.W. SIMONS, *Negligence*, in *Soc. Phil. & Pol.*, 16, 1999, 52 ss.; ID., *The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing Fairness as Well as Efficiency Values*, in *Vand. L. Rev.*, 54, 2001, 901 ss.

che d'oltre manica e d'oltreoceano, dove la dogmatica della colpa è più povera e la *negligence*, come vedremo *infra* (cap. V), non ha cittadinanza penale, se non nelle forme più gravi.

Nemmeno sul piano del concorso il discorso si fa più chiaro.

Non c'è bisogno di motivare l'affermazione secondo cui si tratta di una disciplina indeterminata sul piano della tipizzazione della condotta concorsuale e, dunque, imprevedibile⁶. Vi rientra qualsiasi forma di contribuzione causale all'evento penalmente rilevante tanto da interpellare una correzione sul piano soggettivo e imporre una marcata caratterizzazione dolosa dell'agire, addirittura "doppia", stante la necessità di una duplice componente intenzionale che deve coprire tanto il proprio contributo quanto il fatto dell'autore materiale.

Un simile argine non è disponibile nel caso del concorso colposo e questo spiega perché l'interazione tra l'involontarietà della colpa e atipicità del concorso ponga un problema non di inutilità dell'art. 113 c.p., come spesso si sostiene, ma semmai di una sua sfrenata ipereffettività.

Questa, in breve, la più attuale ragione di riflessione sul concorso colposo.

2. Metodo: pragmatica vs dogmatica

Al cospetto di un tema tanto complesso si staglia l'alternativa più radicale.

Si può guardare al fenomeno empirico-criminologico, vale a dire alla realtà della delinquenza per colpa nell'agire organizzato, per poi stabilire una corretta dinamica delle norme, affinché, pur entro il perimetro disegnato dai principi di garanzia penalistici, il sistema delle responsabilità sia il più adeguato possibile ai comportamenti dei concorrenti, in particolare dal punto di vista della proporzione della sanzione alla "quota" di fatto illecito che a ciascuno è effettivamente ascrivibile.

All'opposto, si può prendere le mosse da alcuni principi di fondo, declinarli entro le categorie penalistiche e poi ricondurre ad esse il

⁶Oggi la certezza del diritto viene infatti per lo più intesa come prevedibilità, come rileva F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico*, Roma, 2016, 250; sul punto anche G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, 22 ss. e L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (ristampa riveduta a cura di S. Zorzetto), Torino, 2018, 81 ss.

fatto. Si tratta di una prospettiva più statica della prima, poiché i concetti giuridici vivono in una dimensione astratta e senza tempo, ma soprattutto di un'impostazione non verificabile, se non nei termini di coerenza interna, tra le premesse, lo svolgimento e le conclusioni del ragionamento giuridico.

Tra le due prospettive, quella preferibile per il diritto penale, pur sempre strumento funzionale alla soluzione di conflitti concreti, è sicuramente la prima. Peraltro, ciò non significa rinunciare a priori alla costruzione di categorie coerenti tra loro, poiché il dato empirico è il più formidabile dei rasoi concettuali: il fatto è per definizione resistente alle superfetazioni e non si adatta a nessuna lettura della realtà se non a quella che ne colga la struttura profonda.

Le lineari categorie astratte esercitano una fascinazione assai pericolosa sullo scienziato sociale, e più modestamente sul penalista, poiché rispetto al volto irregolare e discontinuo dei fatti si prestano a una più facile comprensione, riducendo la fatica intellettuale dell'interprete. Tuttavia, la semplicità degli schemi dogmatici reca con sé il rischio di tralasciare elementi importanti della realtà, di preconstituire modelli di lettura dei rapporti sociali che si risolvono nella manipolazione del loro significato. A ciò si aggiunga che le categorie della sistematica non possono essere tacciate di verità o falsità, possono essere moltiplicate a piacimento, creando sempre nuove opzioni di ricostruzione dei concetti, con ciò prestandosi a confusioni, a sovrapposizioni e in definitiva all'incomunicabilità tra i sostenitori di questa o di quella sistematica. Quel che la dogmatica dapprima pare semplificare, ovvero la comprensione dell'imputazione, finisce per risultare complicato, costringendo alla traduzione reciproca di modelli di lettura della realtà. Alla complessità della realtà si somma, dunque, la complessità delle opinioni giuridiche su come essa debba essere qualificata⁷.

⁷ Nella misura in cui i concetti teorici hanno carattere convenzionale, la "dogmatica" giuridica si apre a linguaggi e modelli esplicativi diversi; in fondo ogni sistematica diventa arbitraria, anche se, a condizione che sia logicamente coerente, non può essere logicamente scartata, cfr. K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Milano, 1972, 55.

La teoria del reato è dunque evidentemente il prodotto, oltre che strumento, di un patrimonio culturale storicamente formato, fatto di esperienze e saperi che aspirano per definizione ad un orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi, come rilevato molti anni fa da B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 338, a proposito della tripartizione degli elementi del reato e finanche evidente per la manualistica, ad es. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 192 s.

L'impostazione di metodo che pare preferibile è dunque quella tesa al serrato confronto con il dato di fatto, per rendere il più efficiente possibile l'uso del diritto, inteso non come esercizio fine a se stesso, ma come strumento per orientare la punizione verso i principi di responsabilità personale e di proporzione⁸. Ciò impone, dunque, di prediligere alla simmetria delle categorie astratte l'asimmetria del fatto sociale, riottoso ad entrare in qualsiasi schema speculativo preconcetto.

Fedeli al proposito, gli aspetti di realtà ineludibili per la riflessione penalistica in merito alla cooperazione colposa paiono due:

i) la *dialettica del rischio*, costituita dalla continua rincorsa tra il pericolo, connesso al progresso tecnico che connota pressoché ogni fenomeno sociale, e la ricerca di schemi comportamentali che i consociati elaborano via via per contenerlo;

ii) l'*organizzazione* come cifra essenziale della più parte delle attività sociali che producono rischi.

A fronte di tali dati di fatto, l'interpretazione della norma repressiva del concorso colposo ha subito un eccesso di normativizzazione⁹.

Ciò è dipeso, comprensibilmente, dalla necessità di colmare un evidente spazio vuoto che si presenta in chiave concorsuale quando è assente il coefficiente psicologico doloso. Il dolo, come noto, non è solo un elemento di imputazione soggettivo, ma una componente costitutiva della tipicità, anche di quella concorsuale, poiché riempie di senso il mero contributo causale, conferendogli la portata di azione dotata di significato sociale¹⁰.

Alla quota di normativizzazione del rimprovero apportata dalla colpa in cui deve versare il singolo si aggiunge quella del legame che

⁸ In argomento K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, 15 s.

⁹ Sulla concezione della colpa come elemento o concetto normativo e non psicologico, a mero titolo esemplificativo, M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 637, che ne parla come di elemento oggettivo dell'imputazione soggettiva; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 259; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 113 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 125 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993, 169 ss.

¹⁰ La normativizzazione della colpa, che l'ha progressivamente privata di una dimensione psicologica, fino a renderla di fatto uno strumento con funzioni allocative e preventive, prima che garantista, è guardata giustamente come un processo da correggere da D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 185 ss.

deve intercorrere tra i coagenti, poiché questi si riconoscono come tali non sulla base di dati fattuali, ma in ragione di una qualche disciplina giuridica che li accomuni entro una medesima fattispecie operativa. Quest'ultima è indispensabile per individuarli come parte di un tutto unitario, attribuendo a ciascuno un ruolo nel quadro di un organigramma e una procedura.

Rimane invece sullo sfondo, salvo alcuni accenni giurisprudenziali, l'aspetto cruciale per cui i soggetti sono parte di un contesto organizzativo e fomentano, tutti insieme per sommatoria, un pericolo, inteso come propensione al danno empiricamente verificabile. Due dati fattuali, non puramente normativi, che possono supplire alla mancanza di volontà dell'offesa e rispetto a cui può valutarsi come si pongono i soggetti agenti, relazionandosi tra loro sulla base delle competenze e dei ruoli rivestiti nella vicenda concreta.

Insomma, la colpa ha assunto una conformazione che sovrastima la componente *normativa* a discapito di quella *fattuale*. Si trascura così la portata di tale criterio di imputazione che, non diversamente dall'antigiuridicità, pur se da un diverso punto di vista, rappresenta un punto di congiunzione tra il diritto penale, il resto dell'ordinamento e la dimensione sociale dell'esperienza quotidiana. A differenza del giudizio di illiceità, però, quello di colpa connette la dimensione penalistica con norme *non giuridiche*, bensì con parametri di condotta che hanno natura tecnica o addirittura con istruzioni operative prive di connotati di generalità e astrattezza, ma generate istantaneamente dalla reazione tra il generico *standard* di prudenza¹¹ e il tipo specifico

¹¹ Lo *standard* è un criterio generale di scelta, in base al quale vengono rimproverate condotte che, isolatamente considerate, non sono suscettibili di una qualificazione univoca. Ogni *standard*, infatti, in quanto tale non definisce tutte le circostanze che sono rilevanti per la classificazione di un comportamento, ma è piuttosto il criterio per individuare quali connotati del caso concreto debbano essere considerati e, al contempo, il parametro per valutarli. Rispetto ad altri *standard*, l'affidamento è ulteriormente vago in quanto privo di un riconoscimento normativo che definisca i presupposti al ricorrere dei quali l'agente sia legittimato a disinteressarsi della condotta altrui e, viceversa, a quali condizioni si debba invece intervenire in funzione suppletiva della diligenza mancata in capo al terzo. Come ogni *standard* si fornisce solo un criterio operativo, costruito sulla percepibilità dell'inaffidabilità dell'altro e che esprime la nota di disvalore che deve essere rinvenuta in colui che non avrebbe dovuto affidarsi per imputargli le conseguenze dell'errata scelta. Sullo *standard* come strumento normativo, è d'obbligo il rinvio al pionieristico saggio di I. EHRlich-R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in *J. Legal. Stud.*, 3, 1974, 258, i quali definiscono lo *standard* «a general criterion of social choice». Lo *standard* si sottrae all'obsolescenza determinata dal passare del tempo, poiché non definisce il tipo di circostanze che

di pericolo che sia sorto nel caso concreto e proprio per questo non considerato in precedenza da alcun tipo di regola di prudenza.

Togliendo la patina di normatività alle regole cautelari è più facile far emergere la dimensione personalistica della colpa, che si presenta come errore o ignoranza sulla causalità della condotta tenuta rispetto ad eventi avversi e si traduce in superamento di limiti, inosservanza di autorizzazioni e discipline di settore prive di connotazioni giuridiche¹².

Ecco, dunque, la cifra metodologica che si intende perseguire: coniugare il profilo normativo della colpa con quello fattuale, inserendo poi la loro sintesi entro un giudizio imputativo che deve essere condotto non a rime sciolte, ma entro parametri rigidamente fissati da principi di garanzia ineludibili, modellati dall'interazione tra legge e altri formanti del diritto e oggetto di una dogmatica *dei principi*.

In quest'ottica, come vedremo, l'ibridazione tra colpa e concorso

devono condurre all'infrazione della sanzione, né il peso che devono avere nella formulazione del giudizio, ma si limita a identificare i caratteri generali che il fatto concreto deve presentare per determinare l'applicabilità della norma incriminatrice: cfr. ancora I. EHRLICH-R.A. POSNER, *An Economic*, cit., 277. La dicotomia "regola vs. *standard*" non deve essere confusa con la dicotomia "regola vs. principio". Nell'impostazione di Ehrlich e Posner, infatti, il principio non è altro che l'insieme delle considerazioni di politica del diritto che precedono e riempiono di contenuto una regola (cfr. I. EHRLICH-R.A. POSNER, *An Economic*, cit., 260). In tema, si veda ancora P. SCHLAG, *Rules and Standards*, in *UCLA L. Rev.*, 33, 1985, 379; sulle ricadute processuali dell'impiego di *standards*, K.M. SULLIVAN, *The Supreme Court 1991 Term – Forward: The Justices of Rules and Standards*, in *Harv. L. Rev.*, 106, 1992, 58; nella letteratura italiana, si veda anche il fondamentale saggio di M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in M. BESSONE-R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 267 e, più di recente, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 251 ss.

¹²Questo implica che il singolo si ponga rispetto a questi parametri di condotta, dal punto di vista meramente psicologico, con atteggiamenti ben più articolati e numerosi di quanto non accada in caso di dolo: si può andare dalla mera *suitas* potenziale fino alla volontà dell'evento e della condotta accompagnata da un errore su elementi circostanziali al comportamento che impediscono la sussistenza della volontà del fatto, passando dalla *suitas* attuale e dalla *suitas* con previsione dell'evento. In questi termini R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in G.A. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE-E. VENA-FRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 220. La dogmatica della colpa monosoggettiva ha conosciuto negli anni una progressiva accelerazione sul fronte della normativizzazione, tanto da fomentare letture tese a recuperare un tasso di individualizzazione in chiave psicologica da parte della dottrina più attenta, tra cui, ad esempio, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 365 ss., 462 ss., 560 ss.

comporta una particolare lettura delle due categorie implicate dall'art. 113 c.p.

Quanto al rimprovero per colpa, occorre accentuarne il lato relazionale; a dire il vero non si tratta di un mutamento traumatico, perché negli ultimi anni tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno via via valorizzato tale carattere del rimprovero per negligenza¹³.

Con riguardo alla struttura del concorso, invece, il cambio di prospettiva si fa più brusco. La cooperazione è composta da condotte inosservanti tra loro intrecciate, ma non guidate da intenzionalità lesiva; ne deriva che il ruolo giocato nel concorso doloso dalla causalità psichica e dal dolo di partecipazione sfumi e venga sostituito dalla dialettica tra cautele relazionali, cioè preposte a governare azioni di più soggetti in un medesimo contesto di fatto, e di rischio, nella duplice variante in cui si può presentare, tanto lecito quanto illecito¹⁴.

Problemi teorici quelli fin qui esposti? No davvero: basti qui riferirsi a un innegabile risvolto processuale della concezione di reato che si presceglie: se la cautela è una norma giuridica, di essa non va data la prova, ma se ne può argomentare l'esistenza in base al sistema normativo di riferimento, sicché poi il giudice si determinerà in base alla maggiore plausibilità e coerenza della ricostruzione interpretativa offerta dalle parti; se invece è una proposizione fattuale, la constatazione che se si tiene un certo comportamento non si realizza un evento (in seconda battuta qualificato dal diritto come dannoso), bensì uno diverso, neutro o addirittura favorevole (sempre in base a una norma giuridica), della sua esistenza ed efficacia nel caso di specie deve dare prova oltre ogni ragionevole dubbio la Pubblica Accusa.

È proprio quest'ultima la matrice principale della fortuna dell'imputazione per colpa, e in particolare della cooperazione colposa, in questi ultimi anni. Certo, ragioni di fatto hanno condotto alla normalizzazione della delinquenza per negligenza, ma non si può negare che la praticabilità probatoria del concorso colposo sia alta. Spesso capita infatti che le fattispecie concrete rendano opaca, se non oscura, l'identità dell'autore dell'illecito, benché sia chiaro che esso si tro-

¹³ Rileva come l'azione sociale, quindi anche quella colposa, sia ontologicamente connotata da intersoggettività e comunicatività C.E. PALIERO, *Il Mercato della Penalità*, Torino, 2021, 36 ss.

¹⁴ Tra le prime sentenze che sposano l'idea di una competenza sul rischio, modulando il concetto di posizione di garanzia anche in tema di reati commissivi è la c.d. sentenza Lovison, Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2014, n. 49821, in *Foro it.*, 2013, II, 349 ss., con nota di G. FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*.

vi sicuramente all'interno di un ristretto gruppo di soggetti (i componenti di un ufficio, i membri di un *team* di lavoro o di un'*équipe*), sicché la tentazione di ricondurre tutti i coagenti ad un'imputazione indistinta riferita ad un fatto collettivo è alta.

Si pensi ai meccanici che si alternano attorno ad un veicolo in riparazione, il quale poi, tornato in strada, incorre in un incidente mortale per il suo conducente a causa del distacco di una ruota non correttamente fissata al mozzo. Pressoché impossibile comprendere chi dei tre soggetti intervenuti sul mezzo abbia materialmente avvitato in modo inadeguato il bullone poi uscito dalla sua sede: in questi casi sarebbe facile ricorrere ad un'imputazione generalizzata in capo a tutti i componenti della squadra, sulla base del fatto che comunque ognuno di essi avrebbe dovuto procedere ai controlli di rito, monitorando reciprocamente l'operato l'uno dell'altro¹⁵. Si cade così nella trappola probatoria della cooperazione, strumento repressivo formidabile, perché dalla contestazione avente ad oggetto l'omissione di controlli è difficile sfuggire: vi è sempre una condotta che avrebbe potuto essere realizzata con migliore cura e attenzione. Rispetto ad una malleabile imputazione normativa nessun argomento in fatto consente la discolta.

Le sollecitazioni in questo senso saranno ancora più forti sull'onda del c.d. diritto penale pandemico. A fronte del difetto di prova del nesso causale tra singolo comportamento imprudente di questo o quell'operatore (che abbia ommesso in qualche frangente di adottare i protocolli di igienizzazione delle mani o l'impiego di mascherine) o di questo o quel dirigente di presidi ospedalieri o residenze sanitarie per anziani (che magari non abbia disposto la segregazione tempestiva di ospiti sospettati di aver contratto la malattia), vi è da scommet-

¹⁵ Non si tratta di un timore teorico. È quel che è accaduto nel caso, diverso da quello indicato nel testo, ma comunque ad esso assimilabile per struttura, scrutinato da Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 571, con nota di L. RISICATO, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o partecipazione in colpa "impropria"?* Pur confermando l'affermazione di responsabilità degli imputati della Corte d'assise d'appello, ad eccezione di quanto riferibile ad un ricorrente, i Giudici riconoscono nondimeno che «*per ciò che attiene all'applicazione dell'art. 113 cod. pen., i ricorsi prospettano una questione assai delicata e complessa. La pronunzia d'appello descrive l'azione congiunta di sei o sette agenti nei confronti dell'evaso e, a seguito di una serrata valutazione critica di alcune deposizioni testimoniali, perviene a ritenere che la violenza esercitata non fu il frutto di una volontaria deliberazione congiunta, ma di un colpevole malgoverno dell'azione di ritenzione del fuggitivo. Nonostante la analitica descrizione dei comportamenti ultronei, la Corte non giunge ad individuare specifiche condotte analiticamente attribuibili a ciascuno degli agenti, che indossavano la divisa d'ordinanza*».

tere che la prospettiva di una complessiva cooperazione tra soggetti inosservanti che compongono la squadra medica e amministrativa potrebbe essere adottata come suggestivo grimaldello per scardinare l'argine del principio di personalità della responsabilità (anche colposa) penale¹⁶.

3. La colpa come concetto autopoietico

La colpa è nella prassi giurisprudenziale un'entità cangiante. Nelle contestazioni si assiste ad un'interscambiabilità, anche a processo aperto, tra colpa generica e specifica e viceversa, ma anche il piano monosoggettivo si alterna spesso senza soluzione di continuità con quello plurisoggettivo¹⁷. Questo è possibile per la struttura esclusivamente normativa del rimprovero colposo nella conformazione moderna, in cui l'integrazione della fattispecie incriminatrice dipende dalla violazione di altre regole, quelle cautelari¹⁸, le quali spesso sono formalizzate in norme giuridiche, altre volte rimangono ad uno stadio informale, benché siano conosciute perfettamente dai soggetti

¹⁶Apprezzabile dunque l'approccio adottato dalla Procura di Milano, in una richiesta di archiviazione, del 7 ottobre 2021, a seguito dell'indagine condotta sull'eccesso di mortalità per Covid registratasi durante la prima fase della pandemia presso la struttura sanitaria assistenziale milanese del Pio Albergo Trivulzio, nella quale si legge: «*lo standard probatorio richiesto al riguardo richiederebbe la dimostrazione precisa del nesso causale tra il singolo evento dannoso e una specifica condotta riprovevole: il che pare senz'altro da escludere sulla base delle evidenze acquisite*». Sul provvedimento, e altro analogo della Procura di Lodi, S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da covid-19*, in *Sist. pen.*, 22 aprile 2022, 8, nt. 24. Sugli ostacoli di sistema, in tema di prova del nesso causale e di rischio O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Leg. pen.*, 27 gennaio 2021, 1 ss.; M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 503 ss.

¹⁷Sostiene a questo proposito F. DONELLI, *La violenza come infortunio: specificare la colpa e ragionare per principi*, in *Leg. pen.*, 24 aprile 2021, 7 che la colpa viva in una dimensione puramente argomentativa.

¹⁸Sulla ricostruzione del dovere oggettivo di diligenza come fenomeno di etero-integrazione normativa "dall'esterno" dell'elemento colpa D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 279 ss.; ID., *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza del lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in M. RONCO-M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden-Baden, Torino, 2020, 195 ss.

che appartengono ad un determinato gruppo (ad esempio professionale). Altre volte ancora non esistono prima e a prescindere dal giudizio sulla sussistenza di una responsabilità colposa: ci si interroga sulla loro esistenza in ragione di un accadimento avverso, sicché occorre trovarne una spiegazione e verificare la sussistenza di una responsabilità. Qui la norma cautelare emerge in qualche modo *ex post*, sulla base di considerazioni di prevedibilità ed evitabilità generica: ove non si fosse verificato il danno, probabilmente nessuno si sarebbe mai posto il problema di valutare la condotta che lo ha causato.

In questa considerazione, abbastanza ovvia, risiede la natura, se non tautologica, almeno “autopoietica” della colpa¹⁹; essa produce rimprovero e alimenta la creazione di regole cautelari che supportano a loro volta il giudizio di disapprovazione penalistica. Entro una visione esclusivamente deontologica della colpa, il fuoco della negligenza sta nell’obbligo giuridico e non nella possibilità pratica di dominare questo o quel fattore di rischio²⁰; se si punta esclusivamente sull’aspetto del dovere, rimane insondato l’aspetto delle possibilità fattuali di controllo e dell’utilità impeditiva della condotta cautelare.

Come in ogni circolarità, il vizio della petizione di principio è incombente: vi è colpa perché si doveva fare diversamente, e si doveva fare diversamente perché il diritto penale disapprova quel risultato lesivo. Ciò genera un rimprovero astratto, non personale, basato sulla mera posizione dell’agente o su ragionamenti ispirati a finalità puramente general-preventive, spesso per il tramite della manipolazione della causalità naturalistica in senso normativo. Tutto ciò evidentemente rende la regola cautelare una sorta di giustificazione *ex post* dell’imputazione. Non solo, la dimensione normativa è ben più varia-

¹⁹ L’associazione tra autopoiesi e diritto prende le mosse da una riflessione svolta in tutt’altro contesto, quello della biologia, da F. VARELA-H.R. MATURANA-R. URIBE, *Autopoiesis: The Organisation of Living Systems, Its Characterization and a Model*, in *Bio Systems*, 5, 1974, 187 ss., trasposta poi nella riflessione giuridica da Luhmann, come rilevato da P. NERHOT, *The Fact of Law*, in G. TEUBNER (a cura di), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin-New York, 1987, 312 ss. Si noti che è insita nel concetto di autopoiesi una tensione dinamica, come ebbe modo di sottolineare uno dei primi Autori che ricorse ad esso, F. VARELA, *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979, 6, il quale infatti segnalò come l’interesse del tema risiedesse non nelle proprietà delle componenti di un sistema, ma nei processi e nelle relazioni tra processi che tali elementi realizzavano.

²⁰ L. CORNACCHIA, *Autoresponsabilità e imputazione*, in M. RONCO-M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden-Baden, Torino, 2020, cit., 111.

bile e opinabile della realtà fattuale, sicché al crescere del tasso di normatività del rimprovero colposo aumenta anche il tasso di imprevedibilità dello stesso da parte del cittadino medio.

Uno dei rischi più incombenti nel diritto penale della colpa è la tentazione, giurisprudenziale, ma anche legislativa, di costruire responsabilità per accumulo, una gabbia paralizzante per cui la negligenza altrui comporta un rimprovero a catena, nel contesto di doveri di controllo incrociato. Certamente la dimensione della colpa è facilmente preda di una visione normativista della società, in cui la dimensione del ruolo e dei doveri che ne derivano rischia di far perdere di vista l'importanza della preminenza della libertà di azione. L'identificazione della persona con il ruolo contingentemente ricoperto e la concezione del reato come pura infrazione dei doveri al ruolo connessi possono originare una visione distopica della società e del diritto penale. Una prospettiva che poi si fa via via autoritaria ove gli obblighi e i ruoli non vengano contenuti sia per estensione che numericamente²¹.

Ma ogni circolo vizioso può essere rotto arrestando la ripetizione infinita delle sue componenti, quel che nel campo della colpa può essere rappresentato dalla considerazione delle regole cautelari non come norme giuridiche, bensì come programmi di azione fattuali, proposizioni condizionali basate su constatazioni empiriche. Lo schema è quello del "se... allora...", senza che in esso sia implicata alcuna considerazione di valore o disapprovazione, che compete esclusivamente alla norma penale.

Si capisce bene che la regola cautelare non distingue i comportamenti in leciti e illeciti, non separa, dunque, l'universo dei comportamenti ad essa riferibili in diritto e non diritto, ma si limita a porre il soggetto agente nella condizione di scegliere come condursi in funzione dei risultati che possono derivare dalla condotta, conseguenze che peraltro si esprimono per lo più in forma probabilistica. E così, sulla base della regola cautelare che impone di sottoporre a manutenzione periodica l'impianto frenante della propria vettura, il proprieta-

²¹ In questo quadro l'imputazione assume valore centrale ed è intesa come individuazione dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere, schema di attribuzione di responsabilità in conseguenza dell'inadempimento dei doveri e violazione delle regole che caratterizzano il ruolo di appartenenza nel contesto sociale, come tratteggiato da G. JAKOBS a più riprese nella sua produzione scientifica, tra cui *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, in U. NEUMANN-L. SCHULZ (a cura di), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart, 2000, 57 ss., 65.

rio può comprendere che vi sarà il rischio di collisione in assenza di controlli meccanici e sarà invece probabile che il governo del mezzo verrà conservato in ogni condizione, anche di emergenza, ove periodicamente l'auto venga revisionata.

Per evitare che la colpa divenga un meccanismo di valutazione chiuso rispetto ai contesti in cui deve fungere da strumento di regolazione, occorre mantenere e, se possibile, implementare quello che Teubner chiama "iper ciclo", uno scambio costante di senso con l'ambiente esterno al diritto, di modo che la razionalità del ragionamento giuridico mantenga la propria coerenza rispetto al dato di realtà²².

Ne trae giovamento anche la legittimazione del rimprovero per colpa: esso non dipenderebbe solo dall'appartenenza formale della norma penale all'ordinamento, ma altresì dal riferimento che questa opera a proposizioni condizionali che descrivono protocolli di comportamento in grado di prevenire danni. Alla *validità* si accompagnerebbe dunque anche l'*efficacia*²³.

Insomma, la pregiudiziale del discorso in tema di colpa in concor-

²² Sull'iper ciclo come apertura cognitiva del sistema rispetto all'ambiente G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, 39 ss. La circolarità dell'autopoiesi del diritto non è peraltro un dato negativo nemmeno nella visione dell'ordinamento giuridico di Luhmann, che fonda il diritto sulla relazione circolare tra atti legali e norme legali, intendendo i primi come eventi comunicativi, di matrice sociale, che generano il cambiamento delle strutture normative, cfr. N. LUHMANN, *The Unity of Legal System*, in G. TEUBNER (a cura di), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin-New York, 1988, 26 ss.; dello stesso A. si veda anche il saggio *The Self-Production of Law and its Limits*, in G. TEUBNER (a cura di), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1985, 111 ss. Rispetto al concetto di iper ciclo, Teubner è debitore di due Autori che operarono nell'ambito della chimica teorica, M. EIGEN-P. SCHUSTER, *The Hypercycle. A Principle of Natural Self-Organization*, Berlin-Heidelberg, 1979, 2 ss.

²³ In qualche modo dunque la fattispecie penale colposa sarebbe la più legittimata tra le norme incriminatrici, scampando a quei paradossi che caratterizzano il diritto come sistema che per fondare se stesso deve sempre salire, magari attraverso allocuzioni procedurali, fino al vertice della piramide delle fonti (poiché ogni disposizione normativa trova fondamento in un'altra previsione di livello più elevato) per poi infine riavvolgersi dal livello più alto della gerarchia (privo di un rimando ad una fonte superiore) a quello più basso (la consuetudine, la prassi) o a fenomeni storico-politici, dalla rivoluzione alla ragion di Stato, passando da mille ragioni intermedie, concretizzando così un salto logico, poiché si finisce per derivare il diritto dal fatto. Essenziale qui il riferimento a D.R. HOFSTADTER, *Nomic: A Self-Modifying Game Based on Reflexivity in Law*, in ID., *Metamagical Themas: Questing for the Essence of Mind and Pattern*, New York, 1985, 70 ss. che bene esprime questa eterna condizione del discorso giuridico in termini di gerarchie aggrovigliate in ID., *Gödel, Escher, Bach: un'eterna ghirlanda brillante*, Milano, 1984, 692 s.