



5/2019

LA STRUTTURA DELL'OMICIDIO STRADALE TRA TIPICITÀ DEBOLE, COLPEVOLEZZA INTERMITTENTE E DIRITTO PENALE SIMBOLICO

di Laura D'Amico

Abstract. *La frammentazione tipologica dell'omicidio colposo manifesta le sue più evidenti criticità sul versante del nuovo art. 589 bis c.p. Il saggio si concentrerà sull'analisi di alcuni dei profili maggiormente problematici della norma in esame: in particolare, verranno in considerazione la farragginosa descrizione della condotta tipica, i problemi di proporzione tra fatto e trattamento sanzionatorio, il rapporto tra guida in stato di ebbrezza e principio di colpevolezza. Il presente scritto tenterà, inoltre, di vagliare lo stato dell'arte della giurisprudenza correlata alla pirateria stradale, con speciale riferimento ai dubbi sulla dosimetria della pena e al problema del tempus commissi delicti nella successione di leggi. L'esito dell'indagine confermerà la crescente tendenza del legislatore storico a rifugiarsi nel territorio del diritto penale simbolico, offrendo il fianco a prevedibili – ed auspicabili – interventi correttivi della Corte costituzionale.*

SOMMARIO: 1. L'omicidio stradale: tra opzioni di politica criminale e diritto penale simbolico. – 2. La struttura dell'art. 589 bis c.p rispetto alla previgente disciplina di cui all'art. 589 c.p. – 3. Guida in stato di ebbrezza: i problemi di colpevolezza. – 4. Il trattamento sanzionatorio: vi è un reale inasprimento rispetto alla pregressa disciplina? – 5. Un'occasione di riflessione in materia di diritto intertemporale: SS. UU. 19 luglio 2018, n. 40986 e *tempus commissi delicti*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'omicidio stradale: tra opzioni di politica criminale e diritto penale simbolico.

L'omicidio stradale¹, introdotto dalla legge 23 marzo 2016 n. 41, non costituisce certo una novità nel nostro ordinamento, né tantomeno una norma necessaria dal punto

¹ Tra gli altri, A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016; E. SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in questa *Rivista*, 18 aprile 2016; A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in questa *Rivista*, 20 maggio 2016; M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2015, p. 3; A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in questa *Rivista*, 1 giugno 2016; G. LOSAPPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di*

di vista politico criminale², essendo già tale fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 589 c.p.

Diversi sono i problemi connessi all'introduzione di questa normativa, a cominciare dal contesto sociologico di contorno. Per molti autori, infatti, essa costituirebbe l'ennesima manifestazione di un "reato emergenziale", ossia la risposta fornita dal legislatore³ ad una contingente situazione di emergenza sull'onda dei flussi dell'opinione pubblica⁴. La frequenza delle morti su strada ha, così, determinato l'introduzione di un'autonoma fattispecie di omicidio stradale per il tramite di una norma che risulta, però, incapace di far fronte in modo adeguato alle più disparate modalità di verifica del fatto sanzionato.

Strettamente avvinto alla logica della perenne emergenza è, più in generale, il ganglio della tecnica legislativa.

"Il tipo emergenziale" presenta costantemente alcune caratteristiche, così sintetizzabili: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, sterile simbolicità. In esso, solitamente, «alla caduta in termini di garanzia si abbina la modestia di risultati sul piano dell'effettività»⁵. La norma *de qua* si caratterizza per la ridondanza, il taglio eminentemente casistico e l'assenza di una visione di più ampio respiro, che l'avrebbe resa idonea ad essere applicata ad una pluralità di fattispecie estremamente differenti tra loro.

Nel novero dei problemi connessi alla tecnica legislativa rientra, inoltre, la tendenza del nostro legislatore a parcellizzare le fattispecie incriminatrici generali⁶ – quali, nel presente caso, l'omicidio colposo – al fine di riempire spazi solo apparentemente vuoti. Non sempre, difatti, la frammentazione⁷ del diritto si dimostra

[diritto sostanziale](#), in questa *Rivista*, 30 giugno 2016; A. LEOPIZZI, *I nuovi delitti di omicidio e di lesioni stradali in il Penalista.it*, 3 marzo 2016; D. D'AURIA, *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 433 ss.

² Non manca chi ritiene tale figura un mero strumento politico-mediatico, mosso, in chiave simbolico-emotiva, dalla diffusa domanda di sicurezza e giustizia proveniente dall'opinione pubblica. Sul punto, ad esempio, è perentorio il giudizio di M. MANTOVANI, *In tema di omicidio stradale*, cit., p. 3, ad avviso del quale si fatica a intravedere nella scelta del legislatore un significato diverso dalla sottolineatura meramente simbolica dei fatti descritti dalle nuove fattispecie: «non se ne riesce a ravvisare, infatti, alcuna ragione pratica».

³ Non sarebbe fuor di luogo individuare in questa nuova normativa il frutto del lavoro di un legislatore troppo spesso guidato da logiche di perenne emergenza il quale restituisce prodotti normativi frettolosi, imprecisi e, almeno in certi casi, avulsi dal più generale contesto sistematico di destinazione: A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni stradali gravi o gravissime*, cit. p. 2.

⁴ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, p. 115.

⁵ *Id.*, *op. loc. ult. cit.*

⁶ «In altri termini questa differenziazione tipologica tra omicidi colposi pone l'omicidio colposo semplice in una posizione di vera e propria ghetizzazione all'interno delle fattispecie di omicidio speciale»: v. S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, Milano, 2018 p. 276.

⁷ Nel novero degli esempi di frammentazione del diritto penale è possibile far riferimento all'introduzione del c.d. "femminicidio". «Malgrado il Governo abbia definito le disposizioni urgenti per il contrasto alla violenza di genere come "decreto sul femminicidio", che ha fatto sorgere e diffondere l'erroneo convincimento che la riforma riguardasse il femminicidio come delitto di omicidio, in realtà la legge n. 119 del 2013 non ha introdotto né una fattispecie ad hoc di femminicidio, cioè un reato di omicidio con questo nome che faccia riferimento all'uomo come autore e alla donna come vittima in un contesto familiare, quindi

valido strumento per raggiungere una più solida garanzia per il cittadino, ma, anzi, rischia di alimentare il fuoco delle incertezze nell'individuazione della fattispecie criminosa da applicare.

Non è tutto.

Con la normativa in esame il legislatore ritiene, evidentemente, di poter sortire un idoneo effetto deterrente elevando i limiti delle pene. L'inasprimento sanzionatorio ed il rigore astratto della punizione in sé e per sé non appaiono, tuttavia, sempre idonei a produrre gli effetti deflattivi sperati dal legislatore: una politica criminale interessata ad incrementare le capacità preventive meglio affiderebbe le sue possibilità di successo a disposizioni strategiche e ben ponderate, capaci di fornire una risposta sanzionatoria maggiormente adeguata, magari anche mediante la previsione di interventi amministrativi *ad hoc*, piuttosto che ad un sistema sanzionatorio esemplare⁸ ma avulso dal generale contesto di riferimento.

Analizzando le cornici edittali delineate dal nuovo art. 589 *bis* c.p. è possibile, inoltre, ravvisare una violazione del principio di proporzionalità tra fatto e pena. Il novellato impianto edittale dell'omicidio stradale, reato per sua natura colposo, si avvicina pericolosamente a quello dell'omicidio preterintenzionale, realizzando così un'autentica "frode delle etichette", lasciando intravedere all'interno delle pieghe di un reato d'evento colposo – il quale non troverebbe giustificazioni ragionevoli in livelli sanzionatori così elevati⁹ – le venature di un ben più gravemente sanzionato reato doloso.

Il problema della dosimetria della pena non può scindersi, poi, dall'applicazione giurisprudenziale della norma in parola. L'individuazione della corretta sanzione da irrogare non può certo prescindere da quella dell'elemento psicologico, rinviando spesso ad una questione giuridica da sempre controversa – della quale mai come in questo settore si apprezza la rilevanza – ossia il rapporto tra dolo eventuale e colpa cosciente¹⁰.

distinto dagli omicidi di donne con motivazioni diverse (ad esempio, l'uccisione di una donna da parte di un uomo durante una rapina in banca), né ha considerato il femminicidio come circostanza aggravante, prevedendo un aumento di pena per l'omicidio se perpetrato da un uomo in danno di una donna nell'ambito di una relazione coniugale o semplicemente affettiva, attuale o pregressa»: A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2015, p. 39.

⁸«Una riforma fondata su meri inasprimenti sanzionatori rappresenta un passo indietro, ancor più che un azzardo: tra l'altro, lì dove circa trent'anni fa - in Pennsylvania intorno alla metà degli anni Sessanta - le pene per la violenza carnale furono sensibilmente elevate, i tassi di criminalità non subirono alcun decremento»: S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., p. 131 ss. Napoli, 2000.

⁹ I limiti edittali minimi di talune ipotesi di omicidio stradale (cfr. commi 2 e 3 dell'art 589 bis c.p.) risultano addirittura superiori a quelli previsti da talune gravi fattispecie di reato contemplate dal codice penale (cfr., a titolo esemplificativo, gli artt. 628 e 629 c.p.).

¹⁰ L'individuazione della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, come è noto, ha visto impegnati numerosi studiosi italiani: v., tra i molti, i preziosi contributi di S. Canestrari, G.A. De Francesco e S. Prosdocimi, i quali, valorizzando gli approfondimenti offerti dalla dottrina d'oltralpe nella materia de qua, hanno certamente evidenziato l'essenza della questione. In particolare, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, propone una originale ricostruzione della nozione di dolo eventuale in forza della quale si potrà classificare un determinato pericolo non consentito come doloso, allorquando «un avveduto osservatore esterno (l'organo giudicante) – posto nella stessa situazione concreta in cui si trovava il singolo autore ed in possesso delle

Se è noto che, secondo l'opinione maggioritaria,¹¹ il criterio distintivo tra le due figure in parola deve individuarsi nella cosiddetta “accettazione del rischio”¹², risulterà, conseguentemente, ostico affermare che un soggetto che conduce il proprio veicolo in autostrada contromano ed a folle velocità non si prefiguri la possibilità di provocare, con

sue conoscenze, nonché delle sue capacità psicofisiche – non avrebbe mai potuto prendere seriamente in considerazione di assumere quello specifico rischio nelle vesti dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* dell'agente, bensì in una prospettiva posta al di fuori dei confini tracciati dalla tipologia sociale di riferimento» (p. 104); in altri termini, per ravvisare una decisione contro il bene giuridico – in assenza di un'intenzione o di una volontà diretta a realizzare la fattispecie – occorre per prima cosa formulare un giudizio sulla natura del rischio che il soggetto agente ha inteso correre. Tale giudizio dovrà avere ad oggetto la possibilità di rintracciare una figura modello cui commisurare la condotta concreta e potrà essere formulato solo attraverso una complessa opera di bilanciamento fondata sull'operatività di molteplici fattori dipendenti dalla situazione concreta (p. 304). La sussistenza di un rischio non consentito, la cui assunzione non può neppure essere presa seriamente in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto, rappresenta il primo dei tre livelli in cui si articola la nozione di dolo eventuale suggerita da S. Canestrari. Gli ulteriori livelli strutturali attengono al profilo psicologico e sono: «quello cognitivo, nel quale si deve accertare la rappresentazione effettiva da parte del reo del concreto esito offensivo, basata sulla conoscenza attuale della situazione di fatto dalla quale derivava il rischio della sua verifica; quello volitivo, costituito dalla decisione personale nel senso della possibile violazione del bene giuridico» (p. 306). La colpa cosciente sarà ravvisabile quando l'agente, pur comprendendo il significato teleologico della norma cautelare trasgredita nel caso concreto, non si adegua allo standard di diligenza, nella convinzione di riuscire a controllare lo sviluppo di quello specifico pericolo che la regola precauzionale intendeva evitare. (p. 299). In altre parole, chi agisce con colpa cosciente si rappresenta determinati fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale, tali da indurlo ad una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato lesivo: in questo senso v., specificamente, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 146. Contra: la dottrina tradizionale, la quale ravvisava nella contrarietà alle norme cautelari la misura del rischio in grado di modellare il profilo normativo non soltanto dell'illecito colposo, ma anche di quello doloso: cfr., per tutti, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 93.

¹¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, p. 381. «All'esigenza di ricollegare il dolo eventuale ad un atteggiamento interiore del soggetto agente, che si avvicini il più possibile ad una presa di posizione della volontà capace di influire sullo svolgimento degli accadimenti, risponde con migliori risultati la c.d. teoria dell'accettazione del rischio»: v. S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 110. Per alcune interessanti applicazioni del criterio dell'accettazione del rischio: v. F. PALAZZO, *Regole disciplinanti il fido bancario e distrazione punibile*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 800; S. CANESTRARI, *Note in tema di dolo nel delitto di «rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro» (art. 437 c.p.)*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, IV, p. 391 ss.; ID., *Osservazioni sulla responsabilità colposa concorrente del datore di lavoro e del costruttore di macchine non conformi ai requisiti di sicurezza*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, p. 644 s.; A. NAPPI, *Pericolo dolo e colpa nei reati previsti dagli artt. 437 e 451 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2541 s. Nella giurisprudenza: v., tra le tante, *Cass. pen.*, sez. III, 23 ottobre 1997, n. 5969, in *Riv. pen.*, 1998, p. 342; *Cass. pen.*, sez. IV, 10 ottobre 1996, n. 11024; *Cass. pen.*, sez. I, 3 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2992 ss.; *Cass.*, sez. V, 12 maggio 1992, D'Alò, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1121; *Cass.*, sez. V, 25 novembre 1986, Asquino, in *Riv. pen.*, 1987, p. 794; *Cass.*, sez. I, 17 marzo 1980, Siniscalchi, in *Giust. pen.*, 1980, II, c. 706.

¹² Risponderà, dunque, a titolo di dolo eventuale colui il quale, pur avendo previsto la possibilità di verifica dell'evento, agisca comunque accettando il rischio che quest'ultimo si verifichi (vi è una frazione temporale-psicologica in cui l'autore del reato si rappresenta l'evento come possibile, tipica unicamente del dolo eventuale). Risponderà invece a titolo di colpa cosciente colui il quale non si rappresenti la possibilità di verifica dell'evento, confidando nella propria capacità di evitarlo (la fiducia in parola deve fondarsi su dati oggettivamente riscontrabili, tali da dimostrare la reale possibilità di evitare l'evento), non sussistendo quindi, in questo caso, lo spazio temporale-psicologico tipico del dolo eventuale.

la propria condotta, la morte di qualcuno accettandone il conseguente rischio, a poco rilevando il dato per cui il soggetto agente confidi ciecamente nelle proprie capacità di impedire la verifica dell'evento lesivo¹³.

«Imprudenza avventata, cosciente disprezzo, temerarietà, costituiscono solo alcune delle espressioni ordinariamente impiegate per descrivere una figura capace di *oltrepassare* il rigido schema dualistico costituito dal tradizionale binomio dolo/colpa, non sempre ritenuto in grado di delineare gli esatti contorni di quella vasta area fondata sulla *responsabilità da rischio*»¹⁴.

La figura spesso adoperata dalla giurisprudenza al fine di risolvere l'interrogativo circa la sussistenza del dolo eventuale o della colpa cosciente¹⁵ è proprio

¹³ Il caso cui ci si sta riferendo riguarda la vicenda di un soggetto che nel 2001 si rese responsabile della morte di quattro ragazzi di nazionalità francese e del ferimento di un quinto ponendo in essere la sconsiderata condotta descritta. Cfr. sent. [Trib. Alessandria 2141/2011](#), in questa *Rivista*, 26 ottobre 2012

¹⁴E. SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, cit., corsivo dell'A., p. 9.

¹⁵ L'elaborazione giurisprudenziale in materia di dolo eventuale e colpa cosciente trova nella sentenza relativa al caso ThyssenKrupp, pronunciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione del 24 aprile 2014, la sua espressione più completa, che rappresenta ad oggi il corollario di un dibattito scientifico mai sopito: cfr. Cass. Pen. Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38343, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014/4, p. 1925. Nel corpo della sentenza in parola è stato affermato che, in ossequio al principio di colpevolezza, il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente va individuato «considerando e valorizzando la diversa natura dei rimproveri giuridici che fondano l'attribuzione soggettiva del fatto di reato nelle due fattispecie. Nella colpa si è in presenza del malgoverno di un rischio, della mancata adozione di cautele doverose idonee ad evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito. Il rimprovero è di inadeguatezza rispetto al dovere precauzionale anche quando la condotta illecita sia connotata da irragionevolezza, spregiudicatezza, disinteresse o altro motivo censurabile.»; per contro nel dolo si è in presenza di un'organizzazione della condotta che coinvolge, non solo sul piano rappresentativo, ma anche volitivo la verifica del fatto di reato. Gli studiosi che hanno commentato la pronuncia delle Sezioni Unite ne hanno colto il principale merito nell'aver ribadito in termini inequivocabili il ruolo irrinunciabile della volontà anche nel dolo eventuale: v., in particolare, M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1967; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: una rivisitazione della cosiddetta accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 567, nota 18. In altri termini, ai fini dell'individuazione della sussistenza del c.d. dolo minimo, occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificato nella fattispecie concreta; al giudice è richiesto di cogliere e valutare analiticamente le caratteristiche della fattispecie, le peculiarità del fatto, lo sviluppo della condotta illecita, al fine di ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale, l'attenzione dell'interprete, pertanto, dovrà concentrarsi essenzialmente sulla prova del dolo. A questo fine, i supremi giudici, elaborano ben 11 indizi o indicatori del dolo eventuale: 1) la condotta; 2) la lontananza della condotta standard; 3) la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore; 4) la durata e la ripetizione della condotta; 5) la condotta successiva al fatto; 6) il fine della condotta, la sua motivazione di fondo e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali, cioè la congruenza del prezzo connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione; 7) la probabilità di verifica dell'evento; 8) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento; 9) il contesto lecito e illecito; 10) l'iter che ha condotto l'agente ad un atteggiamento fiducioso; 11) il giudizio controfattuale alla luce della prima formula di Frank. A corollario dell'elencazione in parola, le Sezioni Unite sottolineano che si tratta di un catalogo aperto e che ciascuna fattispecie concreta può mostrare plurimi indizi in grado di orientare il giudizio sul dolo eventuale. Ciononostante, i giudici di legittimità non esitano a sottolineare che, laddove alla stregua della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio la situazione probatoria rimanga irrisolta, occorre attenersi al principio di favore per l'imputato e rinunciare all'ipotesi soggettiva più grave a favore di quella colposa.

quella della c.d. sconsideratezza¹⁶: ipotesi che, per quanto non espressamente definita nel nostro ordinamento, denota un coefficiente di rimproverabilità maggiore rispetto alla colpa con previsione, dal momento che non si esaurisce nel malgoverno del rischio e si connota, inoltre, per una condotta *irresponsabile* ontologicamente più vicina al dolo che alla colpa.

L'intento repressivo della nuova normativa, volto ad assecondare le istanze punitive mediaticamente sollecitate, rischia di appiattire ed equiparare i diversi gradi di colpevolezza del soggetto agente, omologando l'evento morte causato dal pirata della strada a quello accidentalmente provocato da un comune guidatore raggiunto da un colpo di sonno, con pesanti conseguenze in punto di ragionevolezza e proporzione.

2. La struttura dell'art. 589 bis c.p. rispetto alla previgente disciplina di cui all'art. 589 c.p.

Il primo elemento che si evince dall'analisi in combinato disposto dell'ormai abrogato secondo comma dell'art. 589 c.p. e del nuovo art. 589 bis c.p. è che il testo del primo risulta integralmente trasposto nel primo comma del secondo («Chiunque cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale è punito con la reclusione da due a sette anni»).

Stante l'evidenziata sovrapposibilità tra le fattispecie base previste dalle due figure criminose, sembrerebbe doversi escludere che ci si trovi in presenza di una reale *abolitio criminis*, connotata dall'introduzione di una nuova incriminazione, quanto piuttosto nell'ambito di una successione a tutti gli effetti *modificativa*. Trattandosi di un'ipotesi di continuità del tipo di illecito, dovrà conseguentemente trovare applicazione la disciplina sulla successione delle leggi nel tempo, di guisa che, per i processi ancora in corso relativi a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, troverà applicazione la disposizione normativa più favorevole, ovverosia quella abrogata.

In realtà, anche ove la legge n. 41/2016 si fosse limitata ad abrogare il secondo comma dell'art. 589 c.p. senza introdurre una nuova disciplina sull'omicidio commesso in violazione delle norme sulla circolazione stradale, ci si sarebbe pur sempre trovati in presenza del fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione*, dal momento che avrebbe comunque

Per un ampio approfondimento delle problematiche emerse in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite, cfr., tra i tanti, G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di: "diradare il mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014 4, p. 1925 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1, 2015, p. 77 ss., cui si rinvia anche per gli ampi e puntuali riferimenti bibliografici.

¹⁶ Tale concetto è meglio conosciuto nel codice penale spagnolo, in particolare all'art. 384, il quale punisce con una pena detentiva da 1 a 4 anni e con la privazione del diritto a condurre veicoli a motore e ciclomotori per un periodo superiore a 6 anni fino ad un massimo di 10 anni chi, con coscienza *desprecio por la vida de los demás*, conduce un veicolo a motore con *temeridad* manifesta, ponendo in concreto pericolo la vita o l'incolumità delle persone.

trovato applicazione il disposto del più generale primo comma dell'art. 589 c.p. in materia di omicidio colposo¹⁷ (c.d. «prova di sostituzione»¹⁸).

La minore rigidità della precedente normativa non si evince dal semplice confronto della cornice edittale di base – la quale in realtà, con riguardo al primo comma, è rimasta immutata – quanto piuttosto dall'espressa esclusione della possibilità di operare il bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti disposto dall'art. 69 c.p.: quest'ultimo, infatti, era applicabile alla pregressa disciplina contenuta nell'art. 589 comma 2 c.p., ma non lo è più con riguardo al nuovo disposto dell'art. 589 *bis* c.p. A statuire sul punto è l'art. 590 *quater* c.p., anch'esso introdotto dalla legge n. 41/2016, il quale dispone: «Quando ricorrono le circostanze aggravanti di cui agli articoli... 590 bis, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma... le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni si operano sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti».

Le sostanziali differenze tra il nuovo art. 589 *bis* c.p. e l'abrogato secondo comma dell'art. 589 c.p. non si colgono, tuttavia, analizzando il primo comma della nuova fattispecie normativa, bensì esaminando la rinnovata fisionomia complessiva dell'omicidio stradale.

La formulazione della norma non può esattamente definirsi felice.

Viene disciplinato analogamente il trattamento sanzionatorio di chiunque provochi un incidente mortale versando in uno stato ebbrezza¹⁹ o di alterazione

¹⁷ Appare infatti pacifico che debba ritenersi sussistere una successione di leggi nel tempo e non un'*abolitio criminis* nell'ipotesi in cui una fattispecie circostanziata venga ad essere trasformata in una fattispecie autonoma, stante l'identità strutturale tra le due previsioni. Così, tra le altre, Cass. pen., sez. IV 10 settembre 2007, n. 34216 in www.italgiure.giustizia.it; in dottrina: V. REY, *L'omicidio stradale ex art. 589 bis c.p.*, in A. CONZ – L. LEVITA, *Il nuovo reato di omicidio stradale, Commento organico alle nuove disposizioni introdotte dalla legge 23 marzo 2016*, n. 41, Roma, p. 19 ss.

¹⁸ M. GAMBARDILLA, *Tempus commissi delicti e principio di irretroattività sfavorevole. Il caso dell'omicidio stradale*, in *Dir. pen. proc.* 1/2019, p. 68.

¹⁹ La Corte di Cassazione, sez. IV, con la sentenza 12/06/2018 n. 26857, si è occupata del rapporto tra la nuova fattispecie delittuosa e la contravvenzione della guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186 del d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285, pronunciandosi a favore della possibilità di qualificare il nuovo art. 589 *bis* c.p. come reato complesso: «Nel caso in cui si contesti all'imputato di essersi, dopo il 26 marzo 2016, posto alla guida in un veicolo a motore in stato di ebbrezza e di aver in tale stato cagionato, per colpa, la morte di una o più persone - ovvero lesioni gravi o gravissime alle stesse - dovrà prendersi atto che la condotta di guida in stato di ebbrezza alcolica viene a perdere la propria autonomia, in quanto circostanza aggravante dei reati di cui agli artt. 589 bis, comma 1 e 590 bis, comma 1 cod. pen., con conseguente necessaria applicazione la disciplina del reato complesso ai sensi dell'art. 84 comma 1 cod. pen., ed esclusione invece dell'applicabilità di quella generale sul concorso di reati» in www.italgiure.giustizia.it.

Utilizzare al comma 2 dell'art. 589 *bis* c.p. l'espressione "chiunque ponendosi alla guida di un veicolo a motore in stato di ebbrezza alcolica" palesa una «tendenziale incompatibilità di questa disposizione con il principio di personalità della responsabilità penale [...] poiché, facendo riferimento allo stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, la norma richiama l'art. 92, comma 1, c.p., ossia la disposizione in materia di ubriachezza volontaria o colposa, che, com'è noto, è un'ipotesi residua di *versari in re illicita*, vale a dire una deroga ingiustificabile, alla luce dell'art. 27, comma 1, della Costituzione, al principio di cui all'art. 85 c.p., secondo cui la capacità di intendere e di volere deve essere presente al momento del fatto, e che rivela l'impronta autoritaria del codice

psicofisica ai sensi, rispettivamente, del disposto degli artt. 186 comma 2 lett. c) e 187 del d.lgs. 20 aprile 1992 n. 285. Ugualmente vengono sanzionati i conducenti di cui all'art. 186 *bis* comma 1 lett. b), c) e d) che si trovino nello stato di ebbrezza alcolica di cui all'art. 186 comma 2 lett. b) del d.lgs. 285/1992²⁰. Altra pena ancora è prevista per chiunque, in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 285/1992, trovandosi alla guida di un veicolo a motore, cagioni la morte di una persona.

In altri termini, l'interpretazione del dettato normativo risulta impossibile senza la lettura, in combinato disposto, delle norme del Codice della Strada. Cercando di intendere la norma, è possibile evincere come essa preveda diverse sanzioni in ragione dell'assunzione o meno di sostanze psicotrope, del tasso alcolemico riscontrato nel sangue dell'agente²¹ e, finanche, dell'eventuale attività professionale svolta dal soggetto che si ponga alla guida dopo aver assunto sostanze alcoliche²².

Sfortunatamente le previsioni normative in materia di accertamento dello stato di alterazione psicofisica si scontrano con la realtà dei fatti: la misurazione del

Rocco»: sul punto, v. S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 156.

²⁰ Cass. pen., sez. IV n. 6520/2018 in www.italggiure.giustizia.it introduce una deroga al generale principio, sancito con la pronuncia n. 13681/2016, secondo il quale la non punibilità per particolare tenuità del fatto è applicabile ad ogni fattispecie criminosa: «per quanto riguarda l'art. 186 cod. strad., che, come affermato dalle Sezioni Unite, la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, in quanto configurabile – in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti fissati dalla norma – per ogni fattispecie criminosa, è configurabile anche in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, non essendo, in astratto, incompatibile, con il giudizio di particolare tenuità, la presenza di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica, rapportate ai valori di tassi alcolemici accertati, anche nel caso in cui, al di sotto della soglia di rilevanza penale, vi è una fattispecie che integra un illecito amministrativo (Sez. Un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, Rv. 266589). Tanto premesso, deve escludersi la applicabilità dell'art. 131 bis cod. pen. al caso di specie. Come si ricava agilmente dalla sentenza impugnata, infatti, vi osta in primo luogo il tasso alcolemico riscontrato, decisamente superiore rispetto a quello minimo previsto dall'art. 186, c. 2, lett. b), cod. strad. In secondo luogo, e soprattutto, vi osta la causazione dell'incidente, la quale rappresenta indubbiamente una circostanza aggravante sintomatica di pericolosità della condotta».

²¹ In ordine all'applicazione dell'art. 131 bis c.p. con riguardo a fattispecie che assurgono al rango del “penalmente rilevante” solo a seguito del superamento di determinate soglie, indici o valori tabellari cfr. Cass. Sez. Un. sent. 6 aprile 2016, n. 13681: «La causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis cod. pen., in quanto configurabile – in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti fissati dalla norma – ad ogni fattispecie criminosa, è configurabile anche in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, non essendo, in astratto, incompatibile, con il giudizio di particolare tenuità, la presenza di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica, rapportate ai valori di tassi alcolemici accertati, anche nel caso in cui, al di sotto della soglia di rilevanza penale, vi è una fattispecie che integra un illecito amministrativo», in www.italggiure.giustizia.it.

²² Art. 186 bis d.lgs. 285/1992: «È vietato guidare dopo aver assunto bevande alcoliche e sotto l'influenza di queste per: (...) b) i conducenti che esercitano l'attività di trasporto di persone, di cui agli articoli 85, 86 e 87; c) i conducenti che esercitano l'attività di trasporto di cose, di cui agli articoli 88, 89 e 90; d) i conducenti di autoveicoli di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5 t, di autoveicoli trainanti un rimorchio che comporti una massa complessiva totale a pieno carico dei due veicoli superiore a 3,5 t, di autobus e di altri autoveicoli destinati al trasporto di persone il cui numero di posti a sedere, escluso quello del conducente, è superiore a otto, nonché di autoarticolati e di autosnodati.» Volutamente omessa la previsione di cui alla lettera a) della norma - relativa a conducenti infraventunenni e che comunque abbiano ottenuto la patente da non oltre tre anni - stante il mancato richiamo dal comma 3 dell'art. 589 bis c.p.

quantitativo di alcool nel sangue di una persona è spesso rimessa a sistemi²³ fallaci e poco certi, la cui determinazione non appare idonea a provare il nesso di causalità intercorrente tra lo stato di ebbrezza e la causazione dell'evento lesivo. La validità scientifica dell'etilometro può essere considerata tutto fuorché incontrovertibile, posto che il risultato fornito da quest'ultimo non è una misura, bensì una stima, ossia una valutazione approssimativa del valore numerico di una grandezza²⁴.

Il quadro delineato s'infittisce ancor di più con riguardo all'accertamento della presenza di tracce di sostanze stupefacenti nell'organismo di un individuo, dato che di per sé non costituisce sintomo certo dello stato di alterazione richiesto dalla norma. Diversamente dalle sostanze alcoliche, infatti, le sostanze psicotrope si caratterizzano per tempi di smaltimento più lunghi, motivo per cui un incidente stradale potrebbe essere causato da un soggetto perfettamente lucido che, giorni prima, ha fatto uso di sostanze stupefacenti: non ricorrerebbe, in tal caso, il nesso causale richiesto dal legislatore – prima ancora che dalla Corte di Cassazione²⁵ – per integrare l'aggravante di cui all'art. 589 *bis* comma 2.

La situazione non diventa idilliaca nell'ulteriore sviluppo della norma.

Viene tipizzata, nel prosieguo della disposizione, una serie di aggravanti²⁶ tanto specifiche quanto lacunose (non sarà di certo sfuggita ad un attento lettore l'assenza in

²³ In base al disposto del comma 3 dell'art. 186 C.d.S., «Al fine di acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione agli accertamenti di cui al comma 4, gli organi di Polizia stradale di cui all'articolo 12, commi 1 e 2, secondo le direttive fornite dal Ministero dell'interno, nel rispetto della riservatezza personale e senza pregiudizio per l'integrità fisica, possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili». Si tratta di strumenti di screening veloci capaci di incrementare significativamente il numero delle persone controllate e di poter richiedere a tutti i conducenti di sottoporsi ai suddetti accertamenti senza il rischio, per la polizia stradale, di vedersi opposto un rifiuto sulla base dell'invasività dell'accertamento in questione.

²⁴ E. RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, Torino, 2014, p. 24. Diversi sono i fattori che possono fornire misure falsate per eccesso, quali ad esempio l'assunzione di spray orali, collutori, medicinali o dolciumi contenenti piccola quantità di alcool, o l'evenienza che il soggetto abbia rigurgitato poiché, in tal caso, l'etilometro misurerebbe non solo l'aria espirata ma anche i vapori dell'alcool presenti nel tratto oro-esofageo. Altre variabili che possono incidere sul risultato dello strumento sono: a) temperatura, se l'etilometro viene utilizzato in presenza di fattori ambientali che alterano la temperatura cui esso deve essere tarato per poter funzionare correttamente l'aria espirata giunge nello strumento ad una temperatura tale da poter determinare un'imprecisa lettura del relativo tasso di alcool; b) umidità: l'etilometro va utilizzato in condizioni di umidità compresa tra il 30% e il 90% (c.d. range), se queste mutano il risultato da esso fornito potrebbe risultare impreciso; c) pressione atmosferica: il range, in tal caso, deve essere compreso tra 850 e 1025 mbar, non potendo così essere utilizzato, ad esempio, in alta montagna, dove la pressione atmosferica è più elevata; d) condizioni fisiologiche: mentre il risultato non rischia di essere inficiato sulla base dell'età o del sesso del soggetto che si sottopone all'accertamento, o dal tipo di bevanda bevuta, a poter alterare il dato fornito dall'etilometro sono l'iperventilazione, l'ipoventilazione e la cinetica (fase che va dall'assorbimento all'eliminazione di alcool).

²⁵ Cass. pen., sez. IV, 26 giugno 2007, n. 24898, in www.italgiure.giustizia.it: «non può ritenersi esistente il nesso causale con l'evento dannoso sulla base del mero accertamento della sussistenza dello stato di ebbrezza grave o alterazione da stupefacenti del conducente, allorquando si dimostri che, anche laddove fosse risultato in condizioni normali, l'incidente si sarebbe comunque verificato per altre ragioni, a quegli non imputabili o riconducibili esclusivamente alla vittima».

²⁶ Art. 589 *bis*, comma 5, c.p.: «La pena di cui al comma precedente si applica altresì: 1) al conducente di un veicolo a motore che, procedendo in un centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella

questa elencazione di una delle principali cause di incidenti stradali, ovvero la distrazione causata dall'utilizzo del cellulare). Le condotte cui si fa riferimento sono considerate particolarmente pericolose e cariche di un disvalore tale da meritare la qualifica di “circostanze aggravanti ad effetto speciale”²⁷. Appare, però, discutibile l'assimilazione effettuata dal legislatore tra condotte dotate di un disvalore vistosamente disomogeneo: mentre alcune di esse appaiono caratterizzate da una gravità subito percepibile (quale, ad esempio, l'inversione di marcia in prossimità di dossi o a seguito di sorpasso di altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di una linea continua), ve ne sono altre di differente portata, quali l'attraversamento di un'intersezione con semaforo rosso, che potrebbero essere espressione di una mera disattenzione incapace, come tale, di raggiungere la soglia della colpa cosciente²⁸. Risulteranno, dunque, violati non solo il canone dell'*uguaglianza sostanziale*, in base al quale situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso, ma anche i principi di *colpevolezza* e del *finalismo rieducativo della pena*, la quale deve sempre essere proporzionata alla gravità della condotta realizzata.

Altra fonte di perplessità va rinvenuta nella specificità e nella tipizzazione dell'elencazione formulata dal legislatore; il principio di *tassatività* vincola, da un lato, il legislatore ad una descrizione il più possibile precisa del fatto di reato e, dall'altro, il giudice ad un'interpretazione²⁹ che rifletta il tipo descrittivo così come legalmente configurato³⁰, motivo per cui possiamo dedurre che tutte le condotte che restano fuori dall'elencazione su riportata, anche se dotate di un uguale o superiore disvalore sociale, non possono annoverarsi tra le aggravanti in parola e riceveranno, pertanto, un trattamento differente e meno afflittivo a fronte di un uguale disvalore nella condotta.

La tipizzazione continua³¹ con il riferimento ad una serie di comportamenti individuati dal legislatore, certamente censurabili, ma non tali da assumere alcun rilievo

consentita e comunque non inferiore a 70 km/h, ovvero su strade extraurbane ad una velocità superiore di almeno 50 km/h rispetto a quella massima consentita, cagioni per colpa la morte di una persona; 2) al conducente di un veicolo a motore che, attraversando un'intersezione con il semaforo disposto al rosso ovvero circolando contromano, cagioni per colpa la morte di una persona; 3) al conducente di un veicolo a motore che, a seguito di manovra di inversione del senso di marcia in prossimità o in corrispondenza di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua, cagioni per colpa la morte di una persona».

²⁷ Ciò appare desumibile dal richiamo effettuato dall'art. 590 quater al disposto del comma 5; il disposto dell'art. 590 quater c.p., difatti, sottrae le aggravanti in parola dal giudizio di bilanciamento.

²⁸ Le infrazioni denotano, cioè, una rilevante disomogeneità dal punto di vista della gravità “soggettiva”: così G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni “stradali”*, cit., p. 21.

²⁹ Il principio di tassatività, inoltre, vincola il giudice e il suo giudizio, dal momento che il fatto può essere considerato reato solo se è ricondotto in uno dei casi espressamente previsti dalla legge, essendo totalmente preclusa l'applicazione dell'analogia nell'interpretazione della norma penale.

³⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 90.

³¹ Art. 589 bis comma 6 c.p.: «Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti la pena è aumentata se il fatto è commesso da persona non munita di patente di guida o con patente sospesa o revocata, ovvero nel caso in cui il veicolo a motore sia di proprietà dell'autore del fatto e tale veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria».

causale rispetto alla dinamica di un incidente³², lasciando nuovamente aleggiare su questa previsione lo spettro della colpa d'autore³³. Tra i diversi dubbi³⁴ che la disciplina in esame pone vi è quello relativo alla prevista circostanza aggravante della guida senza patente. Non è chiaro, infatti, se la norma si riferisca solo a coloro i quali non siano muniti del titolo abilitativo perché non ne siano mai venuti in possesso o anche a chi ne sia, all'atto del controllo di polizia, momentaneamente sprovvisto³⁵. Il senso poi della riferita tipizzazione si coglie ancora meno alla luce del recente decreto legislativo (15 gennaio 2016 n. 8) con il quale è stato depenalizzato il reato di guida senza patente³⁶.

Il nuovo art. 589 *bis* c.p. non manca, infine, di prevedere un'unica circostanza attenuante³⁷ nel caso in cui l'evento non sia stato causato esclusivamente dalla condotta del soggetto agente ma, ad esempio, si sia verificato per cause imputabili alla vittima o a particolari condizioni atmosferiche, disciplinando altresì il concorso formale di reati³⁸ e, dunque, il trattamento sanzionatorio cui andrà incontro chi cagioni la morte di più persone ovvero la morte di una o più persone e il ferimento di una o più persone, individuando il massimo edittale in diciotto anni di reclusione.

Come appare evidente, il nuovo articolo 589 *bis* c.p. è molto più ricco ed articolato rispetto alle previsioni di cui al secondo e terzo comma dell'art. 589 c.p., ormai abrogati;

³² G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali"*, cit., p. 27; A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, cit., p. 10.

³³ A. MENGHINI, *L'omicidio stradale*, cit., p. 94.

³⁴ Nel suo secondo inciso il comma in esame aggrava la pena per coloro i quali hanno causato l'incidente con un veicolo a motore che sia di loro proprietà e, inoltre, quando tale veicolo sia sprovvisto di assicurazione obbligatoria. Innanzitutto, non sembra chiaro se l'assicurazione debba essere meramente pagata e comunque posseduta dal conducente dell'auto o se sia necessario che l'assicurazione stessa sia nella disponibilità materiale del conducente nel momento in cui viene fermato dagli agenti di polizia stradale. «Dalla norma sembrerebbe evincersi che il titolo di proprietario comporti sempre un "controllo totale sul veicolo" e, quindi, la piena conoscenza della sua eventuale copertura assicurativa. Ciò costituisce una presunzione della cui fondatezza si potrebbe però legittimamente dubitare già sulla base di consolidate massime di esperienza. Ma se le cose stanno così non si capisce perché tale presunzione - ammesso che sia fondata - non debba valere anche per il possessore. Ossia di chi ha la piena disponibilità, sia pure soltanto di fatto, sul mezzo. Cosa dalla quale inevitabilmente consegue la piena consapevolezza dell'ipotetica assenza di ogni copertura assicurativa. In altre parole, la legge presume che se il veicolo è di proprietà il conducente debba sapere pure che è sprovvisto di assicurazione, ma che la stessa consapevolezza non debba avere nel caso in cui non abbia la titolarità formale del mezzo. Non sembra allora azzardato ritenere che sul punto potrebbe insorgere un'accusa di irragionevole disparità di trattamento di vicende che appaiono sovrapponibili e, pertanto, non differenziabili»: cfr. E. SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, cit., p. 24.

³⁵ Per quanto sia da ritenersi che la fattispecie che il legislatore mira a sanzionare riguardi coloro che non abbiano mai conseguito la patente e non, semplicemente, coloro che non ne siano momentaneamente e occasionalmente muniti.

³⁶ F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 3, p. 285 ss.

³⁷ Art. 589 *bis* comma 7 c.p.: «Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole, la pena è diminuita fino alla metà».

³⁸ Art. 589 *bis* comma 8 c.p.: «Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora il conducente cagioni la morte di più persone, ovvero la morte di una o più persone e le lesioni da una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni diciotto».



5/2019

ma tale opulenza normativa servirà a porre un serio ed incisivo argine al fenomeno della pirateria stradale? O, piuttosto, avrà l'effetto opposto di essere strumentalizzata da ardite difese ovvero, ancor peggio, di sanzionare con pene draconiane il guidatore che incorra in una violazione delle norme sulla circolazione stradale per mera distrazione, come potrebbe capitare a chiunque?

3. Guida in stato di ebbrezza: i problemi di colpevolezza.

Come si è avuto modo di anticipare in precedenza, il profilo maggiormente problematico della disciplina del nuovo omicidio stradale può rinvenirsi proprio nell'accertamento dello stato di alterazione psicofisica e nell'individuazione dell'elemento soggettivo sussistente in capo a colui il quale si renda artefice di un incidente stradale in stato di ebbrezza alcolica, trattandosi di materia sfuggente e difficilmente inquadrabile in un sistema certo e indiscutibile.

I confini della materia dell'ebbrezza alcolica sono tuttora labili, a cominciare dal concetto stesso di "ebbrezza". Si è spesso portati ad accomunare tale nozione con quella di "ubriachezza", trattandosi in realtà di due condizioni psico-fisiche ben distinte: una concentrazione di alcool nel sangue di poco superiore a 1,5 g/l integra solo eccezionalmente uno stato di ubriachezza piena, tale da menomare la capacità di intendere e di volere del conducente di un veicolo. Potrebbe dunque verificarsi il caso di un soggetto che, per le sue caratteristiche fisiche, per la corporatura, per la tolleranza individuale, per il sesso o per il metabolismo, pur avendo una concentrazione di alcool nel sangue di poco superiore a 1,5 g/l risulti, in realtà, nel pieno possesso delle proprie facoltà fisiche e mentali³⁹.

Se questo è vero, si potrebbe affermare che non ogni stadio di alterazione sia capace di integrare il disposto dell'art. 92 c.p. («l'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce l'imputabilità»): quest'ultimo, invero, pare riferirsi ad uno stato di ubriachezza tale da porre il soggetto in una seria condizione di incapacità, ragion per cui dovrebbe trovare applicazione solo nei casi di effettiva ed accertata alterazione psico-fisica.

Tuttavia, la scelta del legislatore s'incentra su una correlazione progressiva fra tasso alcolemico nel sangue (da non confondere con la quantità di alcool assunta) e stato di ebbrezza, confermando una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) di offuscamento ogni volta che il tasso superi la soglia di alcolemia massima consentita, pur essendo ben possibile che tale elemento non corrisponda ad una sicura condizione di disarmonia psico-fisica tale da incidere sull'idoneità alla guida⁴⁰. Il giudizio di rimproverabilità da

³⁹ La differenza tra ebbrezza e ubriachezza sta nell'intensità dell'alterazione psico-fisica, più grave nella seconda per la presenza di un maggiore tasso alcolemico; l'ubriachezza comprende ed assorbe in sé, dal punto di vista clinico, l'ebbrezza, perché ne costituisce uno stadio più avanzato: così Cass. pen., SS. UU., 27 settembre 1995, n. 1299, in *Giur. it.*, n. 2/1997, p. 162.

⁴⁰ «Rammentiamo che la Commissione Europea, con Raccomandazione n. 2001/115/CE del 17 gennaio 2001, ha raccomandato a tutti gli Stati membri l'adozione di un limite pari a 0,5 g/l per tutti i conducenti e pari a

rivolgere ad un soggetto formalmente (e spesso non anche sostanzialmente) in stato di ebbrezza non fa quindi riferimento alla reale capacità di intendere o di volere dell'agente, bensì ad una *fictio* di imputabilità, in chiara antitesi con il principio di colpevolezza⁴¹.

Una questione particolarmente dibattuta in materia riguarda proprio il rispetto del principio di colpevolezza⁴²: ci riferiamo al grado (reale o fittizio) di imputabilità di chi agisca in stato di alterazione psicofisica⁴³. Sarà possibile contestare un reato all'imputato solo a condizione che quest'ultimo sia nella condizione di comprendere il significato delle proprie azioni: *non vi è colpevolezza senza imputabilità*⁴⁴. La "capacità di intendere", intesa come presupposto dell'imputabilità, altro non è se non l'attitudine a "com-prendere" il senso e la portata di un proprio comportamento, sì da valutare le conseguenze positive o negative che possono discenderne sui terzi⁴⁵.

0,2 per i guidatori inesperti e per coloro che conducono veicoli a due ruote, veicoli di trasporto delle merci (con massa superiore a 3,5 tonnellate lorde), autobus (con più di otto posti) e veicoli che trasportano merci pericolose. Se per l'abbassamento della soglia di rilevanza penale da 0,8 g/l a 0,5 g/l si è dovuto attendere il d.l. n. 121 del 2002, convertito con legge n. 168 del 2002, per conformarsi alle ulteriori sollecitazioni della Commissione, il legislatore ha atteso parecchi anni, ponendo rimedio alla propria inerzia solo con la legge n. 120/2010, che ha inoltre depenalizzato la fattispecie di cui all'art 186 comma 2 lett. a) C.d.S.»: A. MENGHINI, *L'omicidio stradale*. cit. p. 5

⁴¹ A questo problema cercava di dare una specifica risposta il Progetto Pisapia, il quale proponeva l'introduzione nel codice penale di un art. 22 comma 1 lett. b), del seguente tenore: «La capacità è esclusa quando l'agente non era in grado di comprendere il significato del fatto o agire comunque secondo tale capacità di valutazione». Tale norma avrebbe, inoltre, dovuto "definire i limiti entro cui l'incapace di intendere e di volere per ubriachezza o stupefazione risponde per il fatto commesso per l'essersi posto colpevolmente nelle condizioni predette", soddisfacendo, dunque, il bisogno di colpevolezza solo a condizione che il soggetto si fosse ubriacato colpevolmente, recuperando, perciò, la rimproverabilità secondo schemi di *actio libera in causa* colposa e dirottandola sull'*actio praecedens*.

⁴² Per una puntuale ricostruzione della materia si veda D. NOTARO, *I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali: norme "manifesto o specializzazione dello statuto colposo?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016, p. 9 ss. «L'interpretazione maggiormente in linea col principio di colpevolezza, suggerisce di richiedere che la violazione cautelare integrata dal conducente ebbro o stupefatto, "reo" di un incidente stradale mortale o lesivo dell'altrui integrità fisica, sia ulteriore rispetto a quella consistente nel mettersi alla guida in condizioni di precario autocontrollo psico-fisico». L'Autore evidenzia come sia ben possibile che non sussista una connessione tra la violazione della regola cautelare e l'alterato stato psicofisico dell'agente (es. incidente stradale provocato a causa di un difetto tecnico del veicolo da un conducente ebbro) e come la duplicità dei profili ipotetici da scandagliare complichino la verifica della sussistenza della colpa in capo al reo da parte del giudicante.

⁴³ «L'imputabilità trova la sua collocazione normativa all'art. 85 c.p. – il quale stabilisce che: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere." –. Tale norma, tuttavia, non indica cosa debba intendersi per "capacità di intendere e di volere". Si è dunque reso necessario coordinare l'art. 85 c.p. con gli artt. 88 e ss. c.p., così da arrivare a considerare sussistente l'imputabilità allorché l'autore del reato, al momento della commissione del fatto, abbia la maturità psicofisica (normalmente raggiunta al compimento del diciottesimo anno di età) e non versi in una delle ipotesi codicistiche di infermità che possano in qualche modo pregiudicare la sua capacità di autocontrollo e di autodeterminazione», E. RECCIA, *La criminalità stradale*, cit., p. 96.

⁴⁴ M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del Codice Penale Art. 85-149*, Milano, 2005, p. 2.

⁴⁵ S. BARBIERA – G. UDINE, *Capacità di intendere e volere ed elemento soggettivo del reato*, in www.sicurezzaeigiustizia.com, n. II/MMXV, p. 42.

Il superiore principio generale viene derogato in specifiche ipotesi codicistiche⁴⁶, tra cui rientra proprio l'art. 92 c.p., in tema di ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata; tali fattispecie mirano a punire coloro i quali si pongano strumentalmente in uno stato di incapacità al fine di delinquere, delineandosi, così, la complessa figura dell'*actio libera in causa*⁴⁷.

Mediante tali previsioni normative il legislatore ha inteso dar vita a vere e proprie ipotesi di *pre-colpevolezza*: non potendosi accertare l'imputabilità al momento della verifica dell'evento, si assiste a una valutazione anticipata della responsabilità.

Posto che al momento del fatto non sussiste alcuna responsabilità (poiché l'autore è sotto l'effetto di sostanze alcoliche), l'imputazione dell'evento tipico è collegata ad un comportamento che precede cronologicamente la condotta determinatrice dell'evento dannoso, essendo il soggetto agente responsabile della sua incapacità e conscio della condotta (solo) precedente rispetto alla verifica dell'evento fatale.

In tali ipotesi ci si chiede quale sia il momento in cui deve avvenire l'accertamento sulla capacità di intendere e di volere. In altre parole, occorre stabilire se il relativo riferimento debba individuarsi nella frazione di tempo in cui il soggetto assume sostanze alcoliche o, piuttosto, quando si realizza la condotta tipica. Sembra possibile affermare che, nei detti casi di *pre-colpevolezza*, l'imputabilità del soggetto agente debba essere valutata nel momento precedente alla verifica del fatto di reato⁴⁸; l'anticipazione in

⁴⁶ Artt. 87 c.p. («Stato preordinato di incapacità di intendere e di volere») e 93 c.p. («Fatto commesso sotto l'azione di sostanza stupefacenti»). «Nel caso dell'incapacità procurata il legislatore deroga alla regola generale ex art. 85 della necessaria corrispondenza temporale tra imputabilità e commissione del fatto: il soggetto preordinatamente incapace infatti, nel momento in cui realizza il reato, ha già perduto il pieno autocontrollo dei propri atti.» (in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 362).

⁴⁷ Perché un soggetto possa essere destinatario di una sanzione penale è necessario potergli attribuire soggettivamente un fatto di reato: la colpevolezza, infatti, «si attegga a giudizio di rimprovero compiuto dall'ordinamento sulla personalità *lato sensu* intesa dell'autore del reato. Senza la colpevolezza, senza una relazione personalistica tra il soggetto e la legge universale, la pena non sarebbe in grado di esplicare il suo effetto compensativo inteso come riaffermazione dell'umanità e della dignità perduta" dall'uomo al momento della commissione del reato»: così R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 48. Per esemplificare, se il soggetto autore del reato non è nel pieno delle sue facoltà mentali nel momento in cui viene commesso il reato non gli potrà essere mosso il rimprovero penale perché costui, non avendo percepito il disvalore della sua condotta, non percepirà come "giusta" la sanzione che gli verrà inflitta, minando così la funzione stessa della pena, ovvero la rieducazione del condannato (art. 27 comma 3 Cost.). In generale sul tema cfr. R. VENDITTI, voce *Actio libera in causa*, in Enc. dir., I, Milano, 1985, p. 534; M. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa*, in *Indice pen.*, 1972, p. 20; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1990, p. 23. C. ROXIN, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in *Festschrift für K. Lackner*, Berlin, 1987, p. 307.

⁴⁸ E. RECCIA, *La criminalità stradale*, cit., p. 120-121. Diversi sono i modelli individuati tra dottrina e giurisprudenza per cercare di dare un ordine sistematico alla sfuggente materia in esame: secondo il modello della condotta precedente la condotta tipica delle ipotesi di *pre-colpevolezza* è quella che produce la causa successiva di discolpa, valutando, dunque, l'elemento soggettivo presente in quel dato spazio temporale (un simile modello è stato utilizzato dal legislatore tedesco, il quale ha previsto in tema di "intossicazione piena" il seguente testo legislativo: «chiunque si pone dolosamente o colposamente in stato di ubriachezza per mezzo di sostanze alcoliche o di altre sostanze inebrianti è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria, se in questo stato commette un fatto antiggiuridico e per esso non può essere punito perché non era imputabile in conseguenza dell'ubriachezza oppure perché ciò non era da escludere».);

questione verterà non tanto sulla tipicità del fatto di reato, quanto piuttosto sulla colpevolezza del reo, la quale può ritenersi esistente pur in assenza di una coincidenza temporale tra imputabilità e verifica dell'illecito⁴⁹.

Non è tutto.

La presente analisi non può limitarsi allo studio dell'elemento soggettivo sussistente in capo al reo nel momento in cui viene compiuta la condotta incapacitante, ma deve anche riguardare l'oggetto della rappresentazione nella fase immediatamente precedente il verificarsi della condotta incriminata. Si ritiene che, nei confronti del fatto tipico, il soggetto non debba necessariamente avere un rapporto psichico di conoscenza *attuale*, essendo a tal fine sufficiente un mero rapporto di conoscibilità⁵⁰. A diversa

tuttavia, così facendo, il rischio viene elevato a criterio di imputazione, finendo per dar vita ad una fattispecie incriminatrice sotto forma di responsabilità da rischio. Si veda sul punto R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 190 ss. Secondo il modello dell'anticipazione l'imputazione del fatto non riguarda la condotta tenuta in condizione di discolta ma quella che ne è causa, posto che l'agente, nel momento in cui realizza il fatto tipico di reato, manca della colpevolezza (es. il soggetto che si ubriaca colposamente e in tale stato provoca un incidente ferendo qualcuno risponderà di lesioni colpose); infine, secondo il modello della finzione, elaborato dalla Corte Costituzionale nella sent. 4 marzo 1970 n. 33, il soggetto risponderà in virtù dell'elemento soggettivo riscontrato dal giudice nella fase in cui si sia autodeterminato ad una situazione di incapacità, dunque, al momento in cui abbia assunto sostanze alcoliche. A voler ritenere corretto tale orientamento, si finirebbe con l'ammettere che nel caso in cui un soggetto si ubriachi dolosamente e cagioni per colpa la morte di un'altra persona, per il fatto stesso di essersi ubriacato dolosamente risponderà di omicidio doloso (es. un soggetto che fa uso smodato di alcool, convinto che non varcherà mai la soglia di casa, si trova costretto a mettersi alla guida della sua autovettura a causa di un'urgenza indifferibile e causa un incidente stradale. In questo caso il soggetto si ubriaca volontariamente, ma non si rappresenta la possibilità di poter causare un incidente perché non è intenzionato ad uscire di casa, e non potremmo sapere come si sarebbe comportato se avesse saputo precedentemente di dover guidare. Se, però, accogliessimo il modello in esame, dovremmo ammettere che il soggetto agente, in una siffatta ipotesi, risponderà di omicidio doloso), soluzione, questa, intollerabile: v. specificamente G. DE VERO, *Introduzione al diritto penale*, Torino, 2001, p. 214. «Come si spiega che il soggetto risponde ugualmente del reato commesso se, al momento del fatto, era inimputabile? La dottrina, invero, ha tentato di rispondere prospettando giustificazioni diverse. Così si è ad es. sostenuto che l'attività esecutiva del reato posto in essere dall'incapace inizia già nel momento in cui egli si pone volontariamente in condizione di incapacità: ma è facile obiettare che questa tesi, facente leva sull'anticipazione dell'azione tipica, finisce con l'ampliare eccessivamente il concetto di esecuzione del reato fino a farvi rientrare quella che, in realtà, è soltanto una condotta precedente. Altra parte della dottrina si accontenta di rinvenire il fondamento della responsabilità nel semplice nesso causale, per cui *causa causae est causa causati*: e cioè, colui che determina una situazione dalla quale deriva un evento lesivo, deve rispondere dell'evento medesimo, indipendentemente dalla circostanza che quest'ultimo sia previsto e voluto. Se nonché, appagarsi di un criterio puramente oggettivo di attribuzione della responsabilità è opinione che cozza in maniera troppo stridente con il principio di colpevolezza. A ben vedere, la soluzione più appagante è quella invece che, sulle orme dei pratici, riconduce proprio nell'alveo della colpevolezza anche le ipotesi di incapacità procurata: al soggetto può cioè essere mosso un rimprovero per essersi liberamente posto in quella condizione d'incapacità, che gli ha reso possibile o più agevole la realizzazione del reato programmato», in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 362-363.

⁴⁹ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Torino, 2017, p. 141. Per un approfondimento in materia di imputabilità e stato di ubriachezza G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 134 ss.

⁵⁰ R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzionismo*, Torino, 2005. Ad esempio sarà considerato responsabile non solo chi beve una gran quantità di alcool consapevole di doversi poi porre alla guida, ma anche chi, accompagnato sul luogo di una festa, beve una gran quantità di alcool conscio del fatto che, in

soluzione dovremmo giungere nel caso in cui il reo non abbia alcuna relazione psichica con la condotta auto-incapacitante, non dubitando neanche della sussistenza del rischio di realizzare un comportamento che egli sa essere illecito.

Il principale limite che connota l'accertamento anticipato dell'imputabilità è costituito dalla *diacronicità* intercorrente tra il momento in cui il soggetto si pone in stato di incapacità e la verifica dell'evento dannoso. Quanto esposto si pone in contrasto con il principio di "*coincidenza*", inteso come coincidenza tra fatto storico, colpevolezza e causa materiale dell'incapacità.

In realtà è possibile ritenere che, ai fini della sussistenza del principio citato, sia sufficiente riscontrare la *coincidenza* tra colpevolezza, condotta incapacitante e rappresentazione, anche in termini di mera possibilità, del fatto successivo: l'autore deve essere in grado di comprendere l'illiceità del fatto che potrebbe derivare dalla sua futura condotta nel momento antecedente la condotta stessa, non essendo necessario che tale consapevolezza sussista nel momento stesso della commissione del fatto di reato⁵¹.

Le difficoltà riscontrate ruotano intorno al contrasto che si viene a creare, nelle circostanze esposte, tra due principi cardine nel nostro ordinamento – ossia quello derivante dal combinato disposto dell'art. 85 c.p., il quale richiede la capacità di intendere e di volere in capo a chi delinque, accertata al momento della realizzazione del fatto stesso, e dell'art. 27 comma 1 Cost., il quale stabilisce il principio per cui "la responsabilità penale è personale" – e la normativa della guida in stato di ebbrezza, la quale dispone che la responsabilità del soggetto vada accertata avendo riguardo ad un momento anteriore rispetto alla commissione del fatto antigiuridico, in virtù di una presunzione assoluta di imputabilità, elevando così il *rischio a criterio d'imputazione*.

La situazione si complica ulteriormente nel momento in cui ci si trova a dover individuare l'elemento soggettivo che ha sorretto l'azione del soggetto in stato di ebbrezza alcolica.

Con riguardo alle ipotesi di omicidi derivati da incidenti stradali causati da guidatori alterati dall'assunzione di sostanze alcoliche, la recente giurisprudenza si era orientata nel senso di un inquadramento dell'elemento psicologico fondato su una verifica *ex ante*, volta ad appurare se l'agente avesse previsto in concreto quel determinato evento, poi verificatosi, e se lo avesse contemplato in tempo utile per potersi diversamente determinare⁵². Non si può, però, non sottolineare come la condotta di chi

base alle pregresse esperienze, si troverà a dover guidare pur non essendosi recato alla festa con la sua autovettura, ritrovandosi, ad esempio, a dover condurre l'auto di un amico il quale, a sua volta, non è in condizione di farlo. La colpevolezza può, inoltre, fondarsi sulle conoscenze che il soggetto ha della propria personalità, ad esempio, se Tizio sa che l'alcool slatentizza i suoi istinti facendolo diventare una persona violenta e si ubriaca (conoscenza della discolorpa) e, in conseguenza di ciò tiene comportamenti aggressivi, motivo di risse e lesioni (conoscenza del reato) questi non potrà essere considerato irresponsabile del fatto tipico di reato, poiché il soggetto agente era nelle condizioni di prevedere che l'assunzione di sostanze alcoliche da parte sua avrebbe potuto portare a tali conseguenze.

⁵¹ E. RECCIA, *La criminalità stradale*. cit., pp. 124.

⁵² E. RECCIA, *La criminalità stradale* cit., p. 111. Sulla configurabilità del dolo eventuale nelle ipotesi di incidenti mortali provocati con condotte di guida particolarmente spericolate e in stato di ebbrezza o alterazione da stupefacenti cfr. Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2010 n. 11222, Lucidi, in www.italgiure.giustizia.it.

causa un omicidio stradale in stato di ebbrezza non possa essere definita a tutti gli effetti lucida. Anzi, si potrebbe affermare che il soggetto agente non sia in grado di prevedere l'evento proprio perché in stato di ebbrezza alcolica. Alla luce di siffatta ricostruzione sembra ostico conciliare l'indispensabilità della sussistenza dell'accettazione del rischio, richiesta per la configurazione del dolo eventuale, con l'incapacità dell'agente di *prevedere* l'evento dannoso proprio in ragione dello stato di assenza di lucidità in cui versa a causa dell'ebbrezza alcolica (essendo, quest'ultima, capace di conferire una condizione di onnipotenza per cui il soggetto è convinto di poter contare sulle proprie capacità).

Nel tentativo di dipanare la questione, sono apparse contrastanti le opinioni della dottrina e della giurisprudenza quanto all'individuazione di una forma di responsabilità *ad hoc*, che prescindendo dalla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente⁵³. Le discipline normative previste da alcuni Paesi stranieri⁵⁴ forniscono modelli ed esempi di *tertium genus* tra dolo e colpa, basti pensare all'istituto inglese della *recklessness*⁵⁵: parte della dottrina ritiene che l'esperienza anglosassone possa rappresentare un esempio per il nostro ordinamento e che l'apertura a una terza forma d'imputazione soggettiva «consentirebbe di circoscrivere l'area della responsabilità per dolo alle sole forme di dolo intenzionale e diretto, facendo confluire in un'unica sfera intermedia la responsabilità da rischio»⁵⁶. Altri autori ritengono, invece, che la creazione di un *tertium genus*, intermedio tra dolo e colpa non riuscirebbe nei fatti a semplificare l'indagine circa le ipotesi di colpevolezza più problematiche⁵⁷.

⁵³G. FIANDACA, [Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2012 p. 152 ss.

⁵⁴Basti pensare alla figura del della *mise en danger* francese ancorata al contesto esclusivo delle attività lecite, pertanto limitato solo al campo di applicazione della colpa. Essa trova la sua realizzazione nel momento in cui il soggetto agente si mostra indifferente alle possibili conseguenze della propria condotta: egli si prefigura la possibilità che la sua azione possa cagionare un'offesa ad un bene giuridico e, nonostante ciò, decide comunque di agire manifestando il massimo disprezzo per la vita degli altri. Si pensi ancora all'art. 384 del codice penale spagnolo il quale punisce con una pena detentiva da uno a quattro anni e con la privazione del diritto a condurre veicoli a motore e ciclomotori per un periodo superiore a sei anni fino ad un massimo di dieci anni chi, con coscienza *desprecio por la vida de los demás*, conduce un veicolo a motore con *temeridad* manifesta, ponendo in concreto pericolo la vita o l'incolumità delle persone. Si tratta di un elemento soggettivo connotato dall'assoluto disprezzo per le regole della circolazione stradale che devono essere osservate dal conducente per non mettere in serio pericolo la vita e l'incolumità di altre persone. Il soggetto agente dovrà essere cosciente non solo del proprio modo di guidare ma anche delle conseguenze che dalla sua condotta possono derivare nei confronti dell'incolumità fisica della generalità dei consociati. Per una puntuale ricostruzione in materia di diritto comparato concernente il *tertium genus* tra dolo e colpa si veda S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 193 ss.

⁵⁵L'ordinamento anglosassone distingue la *recklessness* soggettiva, per la quale si richiede in capo al soggetto agente la consapevolezza circa la probabilità che il danno si sarebbe potuto verificare (costui deve, dunque, essere consapevole del rischio delle conseguenze dannose che potrebbero derivare dal consumarsi delle sue azioni) dalla *recklessness* oggettiva: perché ricorra quest'ultima figura è sufficiente che l'autore non abbia preso in considerazione l'esistenza di un rischio che, agli occhi di una persona mediamente prudente appare ovvio. cfr F. CURI, *Tertium Datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, p. 75 e S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 225.

⁵⁶S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 230.

⁵⁷S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*,

Invero non sembra condivisibile, per la sua estrema semplificazione, l'obiezione secondo cui la c.d. terza forma di imputazione soggettiva non potrebbe trovare riconoscimento nel nostro ordinamento in base al presupposto per cui le uniche forme di colpevolezza sarebbero costituite dal dolo e dalla colpa, ritenendosi piuttosto che «si rivela, dunque, quanto mai necessario un intervento *de jure condendo*, che si orienti nel senso della riunificazione delle due controverse figure nel c.d. *tertium genus* di imputazione soggettiva, contrassegnato da previsioni di pena edittale intermedie tra quelle statuite per i reati doloso e colposo di riferimento»⁵⁸.

Il nucleo problematico attorno al quale ruota la presente analisi è costituito proprio dalla labilità della condotta di guida in stato di ebbrezza, particolarmente sfuggente, tale da risultare compatibile con la colpa, ma tale anche da non escludere il dolo; una condotta le cui difficoltà di accertamento si palesano manifestamente, ed in particolar modo, in sede processuale, ove si tende a rivalutare il momento volitivo.

Il vero dato differenziale tra le due figure in discussione può individuarsi nella *previsione dell'evento*: bisognerà cioè verificare, nel caso concreto, l'effettiva capacità psicofisica del conducente in stato di ebbrezza al momento della verifica del fatto per comprendere se il soggetto fosse in grado di prevedere la possibilità di verifica dell'accaduto così come *hic et nunc* verificatosi e, conseguentemente, di accettarne il relativo rischio di verifica.

4. Il trattamento sanzionatorio: vi è un reale inasprimento rispetto alla pregressa disciplina?

L'ulteriore parcellizzazione di cui l'art. 589 *bis* c.p. si è reso protagonista potrebbe rappresentare un ostacolo per la magistratura, costretta ad inquadrare nella fattispecie colposa dell'omicidio stradale introdotta dalla legge n. 41/2016 condotte che, in assenza della nuova previsione normativa, potevano essere sussunte (come già era avvenuto) nella ben più grave ipotesi di cui all'art. 575 c.p. Diversamente oggi, contestando all'imputato un reato doloso per un incidente causato alla guida di un veicolo, si correrebbe concretamente il rischio che il referente normativo individuato dal giudice di prime cure possa essere poi derubricato nel corso del processo.

Del pari ci si chiede se, grazie all'introduzione di questa nuova norma, i responsabili verranno davvero puniti con pene più aspre e se l'effetto deterrente cui aspira questa normativa sia stato concretamente realizzato.

La Cassazione nel 2016⁵⁹ ha preso in esame il caso di un giovane che, ponendosi alla guida della propria autovettura, aveva cagionato per colpa la morte di una persona in fase di attraversamento sulle strisce pedonali. L'imputato, sottoposto agli esami tossicologici, era risultato positivo ai cannabinoidi "*fino a 50 g/ml*" (dato particolarmente generico e impreciso). Dal certificato tossicologico non era dato ricavare né di quanto

Milano, 1999, p. 288. S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 230.

⁵⁸ S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 264.

⁵⁹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, ud. 21/12/2016, dep. 03/02/2017, n. 5286/2017, in www.italgiure.giustizia.it.



5/2019

fossero eccedenti le sostanze presenti nell'organismo del reo rispetto al valore di riferimento calcolato in 50 g/ml, né quanto tempo prima lo stesso avesse assunto sostanze stupefacenti rispetto al momento in cui si era posto alla guida. È noto che, tra gli effetti derivanti dall'assunzione di cannabinoidi, vi sia la scarsa concentrazione e l'alterata coordinazione dei movimenti, il che rende plausibile che il tardivo avvistamento dei pedoni possa essere messo in correlazione anche con l'assunzione di stupefacenti; tuttavia la documentazione sanitaria, insufficiente ad affermare in termini di ragionevole certezza che l'imputato si fosse posto alla guida dell'auto sotto l'effetto di sostanze psicotrope, forniva prova solo ed esclusivamente del fatto che, in un tempo più o meno remoto, il reo avesse assunto sostanze cannabinoidi. Il dato non risulta di secondaria importanza, dal momento che la condotta tipica dell'art. 187 C.d.S. non è costituita dalla generale assunzione di sostanze stupefacenti, bensì dalla *guida in stato di alterazione psicofisica*: perché possa affermarsi, dunque, la responsabilità del conducente del veicolo non sarà per ciò solo sufficiente provare che precedentemente al momento in cui si è posto alla guida il reo avesse assunto sostanze psicotrope, quanto piuttosto che lo stato di alterazione in cui versava il soggetto agente mentre si trovava alla guida dell'auto fosse stato provocato dall'assunzione della sostanza in questione. Per accertarlo si renderà necessario un esame tecnico biologico attraverso cui provare la situazione di alterazione psicofisica, non essendo sufficiente, come invece avviene nel caso dell'accertamento della guida in stato di ebbrezza, la mera prova sintomatica⁶⁰. Essendo la documentazione fornita dall'ospedale non idonea a dimostrare che, al momento dell'incidente, l'imputato versasse in uno stato di alterazione dovuto all'assunzione di sostanze stupefacenti, il giudice di prime cure, facendo proprio un orientamento che sarebbe stato poi confermato anche dalla Corte di Cassazione, ha valutato di dover assolvere il reo dall'imputazione di guida sotto effetto di sostanze stupefacenti, condannandolo, invece, per omicidio colposo.

Appare chiaro come, ove l'imputato non fosse stato assolto dalla contestazione di guida sotto effetto di sostanze stupefacenti, la pena sarebbe stata più elevata (reclusione da 3 a 10 anni) rispetto a quella concretamente irrogatagli ai sensi dell'art. 589 comma 2 c.p.; considerevolmente più alta sarebbe stata nel caso in cui il fatto fosse stato commesso sotto la vigenza del nuovo art. 589 *bis* c.p. e ove fosse stato riconosciuto lo stato di alterazione psicofisica dovuta all'assunzione di sostanze psicotrope in capo al soggetto agente (reclusione da 8 a 12 anni). In realtà il calcolo della pena detentiva alla quale ipoteticamente verrebbe condannato l'imputato con il nuovo 589 *bis* c.p. risulterebbe, nel presente caso, del tutto irrilevante, dal momento che il nuovo "omicidio stradale" non si è occupato di individuare nuove e più accurate modalità per l'accertamento della guida sotto effetto di sostanze stupefacenti, motivo per cui non sarebbe assurdo ritenere che, anche oggi, l'imputato verrebbe assolto dalla guida in stato di alterazione psico-fisica dovuta all'assunzione di sostanze psicotrope per l'incertezza e

⁶⁰ V. Cass. pen., sez. IV, 23.03.2010, n. 7270; nello stesso senso v. Cass. pen., sez. IV 11/03/2010 n. 10005 e Cass. pen. sez. IV, 11/08/2008, n. 33312.

l'insufficienza delle prove fornite dall'esame delle urine relativamente alla connessione tra la causazione dell'evento morte e l'assunzione di cannabinoidi.

Anzi, ove tale ultima prospettazione dovesse rivelarsi corretta e l'imputato venisse condannato per omicidio stradale (art. 589 *bis* comma 1, cornice edittale da 2 a 7 anni) esclusa l'aggravante della guida sotto effetto di sostanze psicotrope, la pena detentiva che verrebbe inflitta all'imputato oggi sarebbe esattamente identica a quella comminatagli dal giudice attraverso l'applicazione dell'art. 589 comma 2 c.p., il che potrebbe, da un lato, far storcere il naso ai sostenitori del nuovo art. 589 *bis* c.p. e del suo intento repressivo attuato mediante l'inasprimento delle pene rispetto al passato (al fine di imbrigliare i giudici, finora attestatisi sull'applicazione di pene irrisorie) e, dall'altro, far sorgere spontaneo in altri l'interrogativo sull'effettiva necessità dell'introduzione di una nuova fattispecie autonoma di omicidio stradale.

Sempre nel 2016 la Cassazione⁶¹ ha posto la parola fine ad una lunga quanto peculiare vicenda giurisprudenziale. Ci stiamo riferendo al caso di un conducente il quale, ponendosi alla guida della propria Audi Q7 in autostrada, in tempo di notte, in senso di marcia opposto a quello della carreggiata da lui imboccata ed in stato di alterazione psicofisica dovuta all'assunzione di sostanze alcoliche, causava la morte di quattro ragazzi di nazionalità francese ed il ferimento di un quinto giovane che si trovavano a bordo di una Opel Astra. Il pubblico ministero aveva qualificato l'accaduto come omicidio volontario sorretto da dolo eventuale⁶², diversamente dalla ricostruzione operata dalla difesa, la quale invece invocava un inquadramento della condotta nell'alveo dell'omicidio colposo.

Sulla base del quadro probatorio delineato nella vicenda, sarebbe risultato particolarmente arduo affermare che l'imputato avesse commesso la condotta sopra descritta senza prefigurarsi la possibilità di causare la morte di altri utenti della strada, né vale, tantomeno, ad escluderne la colpevolezza il fatto che il reo versasse indubbiamente in uno stato di ebbrezza alcolica, non solo con riguardo al dato per cui «l'imputabilità non è esclusa né diminuita dall'ubriachezza o dall'assunzione di sostanze

⁶¹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 02/11/2016, n. 45997, in www.italgiure.giustizia.it.

⁶² Potrebbe essere utile, a tal fine, richiamare il caso, risalente al 2004, «del conducente che, imboccando contromano e ad alta velocità un tratto autostradale per tentare di fuggire alla polizia, causava la morte di un bambino. Il caso in questione fu il primo ad essere risolto, in primo grado, con il riconoscimento della responsabilità per omicidio a titolo di dolo eventuale (G.i.p. Milano, 21 aprile 2004, in *Il Corriere del merito*, 2005, I, p. 70 ss., con nota di F. VIGANÒ, *Fuga spericolata in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, il quale critica fortemente il riconoscimento del dolo eventuale nel caso di specie). La Corte di Assise di Appello riconosceva addirittura l'imputazione a titolo di dolo diretto, poi confermata dalla Corte di Cassazione, la quale, in linea con la Corte di Assise d'Appello, condannava per tentato omicidio, sorretto da dolo diretto, argomentando l'accettazione della realizzazione dell'evento sulla scorta della sua alta probabilità di verificazione (Cass. pen., 25 novembre 2005, n. 42219, imp. El Aoufir, in *Leggi d'Italia*). In realtà, in dottrina, non è mancato chi ha sottolineato che proprio la rievocazione da parte del G.u.p. di Milano della formula di Frank, per cui sussisterebbe dolo eventuale ove il soggetto abbia agito anche a costo di causare l'evento, nel caso in parola, avrebbe dovuto far propendere per la colpa cosciente, sul presupposto che un eventuale incidente avrebbe vanificato la fuga e posto a repentaglio l'incolumità del soggetto agente (A. MENGHINI, *L'omicidio stradale*, cit., p. 122.)» S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 14.

stupefacenti, a meno che esse non siano conseguenza di caso fortuito o forza maggiore»⁶³ (entrambi da escludere nel caso in esame), ma anche per l'altrettanto incontrovertibile fatto che tutti coloro che hanno avuto modo di relazionarsi con il reo nell'arco della sera dell'incidente (a cominciare dal gestore del locale che poco prima lo aveva accompagnato alla porta per il comportamento ivi tenuto, proseguendo con l'automobilista con cui il reo aveva ingaggiato una discussione prima di intraprendere la sua folle condotta di guida, fino al definitivo e decisivo parere del medico che ha visitato il conducente a seguito dell'incidente) hanno concordato sul fatto che, per quanto l'imputato potesse essere ebbro, risultasse in realtà lucido e consapevole. In base alle pregresse osservazioni risulterebbe, dunque, difficoltoso affermare che il soggetto agente non abbia realizzato la condotta di guida descritta in modo cosciente o che non fosse, comunque, consapevole della pericolosità della condotta realizzata: «un tale comportamento di guida, per la sua abnormità, impone a chiunque lo tenga – e che non si trovi in stato di incapacità di intendere e di volere – di prevedere che possa provocare gravi conseguenze per l'incolumità degli altri utenti della strada»⁶⁴. La Suprema Corte di Cassazione, adita in sede di ricorso avverso l'ordinanza cautelare con la quale era stata disposta nei confronti dell'imputato la custodia cautelare in carcere, si era mostrata, a ragion veduta, particolarmente rigida nell'affermare che egli avesse «accettato non solo il pericolo concretamente determinato dalla sua condotta, ma anche il rischio dell'evento omicidiario. In effetti, pur essendosi rappresentato la concreta possibilità – prossima alla certezza – del verificarsi del suddetto evento, non aveva desistito dall'azione né commesso alcuna condotta finalizzata al mancato avveramento dell'evento stesso» mostrando «incuranza per la vita altrui e assenza di scrupoli nel persistere nella sua condotta»⁶⁵.

La fattispecie oggetto della presente analisi rientrerebbe oggi a pieno titolo nel disposto del nuovo art. 589 *bis* c.p. trattandosi, a conti fatti, di un omicidio (plurimo) causato da un soggetto alla guida di un veicolo a motore, in stato di ebbrezza ed in violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale; è stato volutamente omesso il riferimento all'elemento soggettivo che caratterizza la nuova disciplina dell'omicidio stradale, ossia la *colpa*. La scelta del legislatore in tal senso è stata chiara: l'omicidio stradale è un reato di tipo colposo. Ma allora come si sarebbe dovuto comportare il pubblico ministero del caso in questione oggi?

Ipotizziamo che il p.m. contesti al reo la fattispecie di cui all'art. 589 *bis* c.p.: in base al disposto dell'ultimo comma dell'art. 589 *bis* c.p. “nelle ipotesi di cui ai commi precedenti, qualora il conducente cagioni la morte di più persone, ovvero la morte di una o più persone e lesioni a una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni diciotto”. Volendo attenersi il più possibile alla vicenda processuale incorsa nel caso in parola, a fronte della richiesta di abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.) effettuata da parte

⁶³ Cfr. Cass. pen. sez. I, sent. n. 42387 del 28/09/2007; cfr., tra le altre, Cass. pen. sez. I, sent. n. 2509 del 28/04/1989; Cass. pen. sez. VI, sent. n. 38513 del 22/05/2008.

⁶⁴ Cfr. sent. 2141/2011 emessa dal Tribunale di Alessandria in data 20 luglio 2012, cit.

⁶⁵ Cfr. Cass. pen. sez. I ud. 30 maggio 2012 (dep. 01/06/2012) n. 23588, in *DeJure*.

dell'imputato e, dunque, della riduzione obbligatoria della pena di 1/3 netto, oggi il reo sarebbe verosimilmente stato condannato alla pena detentiva di anni 12 (in considerazione del dato per cui la pena base da cui parti il giudice nel presente caso fosse di anni 30, ridotti a 20 per il rito; il presente calcolo, di fatto, è frutto di una riduzione effettuata sul massimo edittale che si sarebbe potuto attribuire all'imputato, ossia 18 anni). Tale conclusione risulta, in un certo senso, contraddittoria con la *ratio* sottesa all'introduzione del nuovo art. 589 *bis* c.p.: l'intento manifestamente repressivo, il bisogno di contrastare l'orientamento della magistratura ad attestarsi sui minimi edittali, la necessità di combattere il fenomeno della pirateria stradale punendolo in modo particolarmente severo, tutti propositi che, nel caso di specie, verrebbero vanificati.

In poche parole, ove il pubblico ministero volesse contestare all'indagato il delitto di omicidio stradale, non potrebbe che farlo a titolo colposo, dal momento che la norma non lascia alternative a riguardo; ove invece decidesse di contestarlo a titolo di dolo eventuale dovrebbe servirsi dell'art. 575, correndo più volte il rischio che, nel corso del processo, la sua imputazione venga derubricata⁶⁶ dal giudice competente in sede di

⁶⁶ I casi più numerosi sono quelli in cui, a fronte di un'imputazione per omicidio a titolo di dolo eventuale in primo grado, si è assistito ad una derubricazione in sede di appello a omicidio aggravato dalla previsione dell'evento, poi confermata in sede di legittimità. Emblematico di questa circostanza il caso Lucidi: cfr. Cass. pen., 24 marzo 2010, n. 11222, imp. Lucidi, in *Diritto e Giustizia online*, 2010, p. 113; in *Foro it.*, 2010, 6, II, col. 306 ss., con nota di F.P. DI FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsideratamente spericolata: omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento?*, in *Studium Iuris*, 2010, p. 837 ss., con nota di A. PALMA. Cfr. altresì G. AMATO, *La percezione dell'esistenza del pericolo generico è insufficiente per far scattare il dolo eventuale*, in *Guida al dir.*, 24 aprile 2010, 17, p. 88 ss. «Nel caso di specie, il Lucidi attraversava a velocità molto sostenuta (circa 90 km/h in centro abitato) due incroci con luce semaforica rossa, in orario di intensa circolazione, causando la morte di due ragazzi, a bordo di un motociclo. Lo stato di tossicodipendenza del Lucidi non è stato ritenuto elemento causalmente rilevante nella dinamica fattuale. In primo grado, è stata affermata la imputazione a titolo di dolo eventuale, il G.u.p., all'esito del giudizio abbreviato, sottolinea che la pericolosità della condotta tenuta fosse tale da impedire di potere ragionevolmente ritenere di evitare gravi incidenti (ragionevolezza della speranza). In particolare, il riferimento è alla modalità di guida dell'imputato, allo stato dei luoghi, alle circostanze di tempo in cui si è verificato il sinistro: da questi aspetti si evince la prova della consapevolezza, in capo al Lucidi, del rischio estremamente elevato di incidente stradale conseguente alla folle condotta di guida e l'accettazione del suo possibile verificarsi. La sentenza si concentra su due aspetti cruciali: la misura del rischio e la conseguente impossibilità di potere ragionevolmente confidare nella non verificazione dell'evento, che secondo il Giudice implicano la prova della dimensione volitiva dell'accettazione del rischio della sua verificazione. Nei successivi gradi di giudizio, la Corte di assise d'Appello e la Cassazione hanno inquadrato la fattispecie come omicidio colposo, ex art. 589, comma 2, c.p. Per l'integrazione del dolo eventuale, si ritiene necessario un bilanciamento tra l'interesse perseguito dall'agente e il bene da lui sacrificato, il soggetto deve subordinare l'evento possibile al perseguimento del proprio scopo primario. La Corte di Cassazione valorizza due elementi di fatto: l'assenza di un significativo *spatium deliberandi* in cui il soggetto potesse operare il giudizio di bilanciamento e l'atteggiamento psicologico tenuto subito dopo il fatto. Nel caso di specie, Lucidi manifesta immediatamente sorpresa e senso di panico; tali reazioni, a parere dei giudici di legittimità sarebbero incompatibili con il substrato psicologico del dolo, finanche eventuale» S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 148 ss. «Prima del 2011, solo in una circostanza la Corte di Cassazione ha confermato l'impostazione del Pubblico Ministero, in termini di dolo eventuale e non di colpa cosciente, con riferimento al caso di un guidatore di un autoarticolato, il quale a seguito di un'inversione a 'U' vietata, aveva compiuto una serie di ulteriori manovre nel tentativo di sganciare una vettura che si era incastrata sotto il proprio rimorchio, trascinandola per un lungo tratto e causando così la morte del conducente (Cass. pen., 24 luglio 2008, n.

udienza preliminare (art. 423 c.p.p.), in sede dibattimentale (art. 516 c.p.p.) e, finanche, nella pronuncia della sentenza da parte del giudice (art. 521 c.p.p.). Al pubblico ministero non resterebbe che servirsi del disposto nel nuovo art. 593 c.p.p. (così come modificato dalla riforma Orlando), che gli consentirebbe di appellare in limitatissimi casi la sentenza di primo grado, tra cui (per il momento) rientra anche l'eventualità che la sentenza impugnata abbia modificato il titolo di reato contestato.

Pare, dunque, che la pretesa dell'art. 589 *bis* c.p. di risolvere parte dei problemi legati alla disciplina di una fattispecie come quella dell'omicidio stradale, non sia stata soddisfatta adeguatamente: nonostante la sua rigidità sanzionatoria, la norma di nuovo conio rischia di non punire in modo congruo una condotta tanto discutibile come quella compiuta dall'imputato del citato caso giurisprudenziale. Ci si sarebbe potuti aspettare dal nuovo "omicidio stradale" quanto meno una maggiore flessibilità nella definizione dell'elemento psicologico, non limitato alle ipotesi colpose ma comprensivo anche di quelle dolose, per quanto nella forma "attenuata" del dolo eventuale.

5. Un'occasione di riflessione in materia di diritto intertemporale: SS. UU. 19 luglio 2018, n. 40986 e *tempus commissi delicti*.

Il tema della successione di norme penali nel tempo⁶⁷ ha da sempre rappresentato oggetto di dibattito tra la dottrina e la giurisprudenza, tanto nazionale quanto europea⁶⁸,

40878, in Cass. pen., 2009, 11, p. 4264) Successivamente, la giurisprudenza comincia a cambiare orientamento e, nei casi di c.d. guida caratterizzata da un grado di pericolosità sconsiderata, comincia a condannare per omicidio o lesioni a titolo di dolo eventuale in questo senso» ID., *op. loc. ult. cit.*

⁶⁷ Nell'ambito della sterminata letteratura scientifica in materia si vedano, tra gli altri, A. DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 533 e ss.; D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Bari, 1996, p. 110; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VI, Padova, 2009, p. 94; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1354 e ss.; A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1063 e ss.; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, ed. VIII, Milano, 2003, p. 140; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; C. PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *NssDi*, XVII, Torino, 1971, 643 e ss.

⁶⁸ Com'è noto, in passato la Corte Costituzionale aveva escluso che l'art. 25 co. 2 Cost. ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso") fornisse copertura costituzionale al principio di retroattività in *mitior*, ritenendosi che la normativa in questione si limitasse a stabilire il divieto di retroattività di una legge penale più sfavorevole. Il principio della retroattività della norma più favorevole trovava, tuttavia, riconoscimento a livello sovranazionale, tanto dal punto di vista normativo (es. art. 15 par. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; art. 49 co. 1 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000; Trattato di Lisbona del 2007) quanto dal punto di vista giurisprudenziale (la Corte di Giustizia ha affermato che il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite deve essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario), da ultimo, in particolare, la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, con il caso "Scoppola", ha ritenuto che l'art. 7 CEDU garantisca anche il principio di retroattività della *lex mitior* conferendogli, grazie alla sua intermediazione con il parametro di cui all'art. 117 Cost., il ruolo di norma

palesandosi, ancor oggi, nella sua veste di snodo irrinunciabile di garanzia sia in rapporto all'individuazione della legge più favorevole, sia in relazione alla definizione del *tempus commissi delicti*. La stessa materia oggetto di trattazione ne costituisce una palmare testimonianza, dato che la condotta omicidiaria commessa in violazione delle regole del codice della strada costituiva, sotto il vigore dell'abrogato secondo comma dell'art. 589 c.p., circostanza aggravante, mentre oggi si delinea come autonoma fattispecie di reato⁶⁹.

Com'è noto, riguardo alla determinazione del *tempus commissi delicti*, in dottrina si contendono il campo la teoria della *condotta* e quella dell'*evento*, che identificano il tempo del commesso reato nel momento in cui, rispettivamente, viene posto in essere il comportamento incriminato o si realizza il suo risultato: in particolare, questa seconda opzione comporta che, in caso di successione di leggi verificatesi nel lasso di tempo intercorrente tra condotta ed evento, si applichi al reo la legge sopravvenuta, ove più favorevole. Proprio per questa ragione la dottrina prevalente ritiene di preferire la soluzione opposta e di identificare il *tempus commissi delicti* con il momento di realizzazione della condotta⁷⁰. Emblematica, in questo senso, la vicenda affrontata da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, di cui è opportuna una rapida ricognizione.

Il 2 gennaio 2016 il conducente di un autoveicolo investiva un pedone in fase di attraversamento in corrispondenza dell'apposita segnaletica orizzontale. L'8 giugno 2016, a causa del complessivo stato traumatologico conseguente all'investimento, interveniva la morte del pedone. Ci troviamo, dunque, in presenza di un particolare caso di omicidio stradale: la condotta tipica dell'investimento, infatti, è stata realizzata sotto

interposta di legittimità costituzionale. La mancata previsione di un'apposita norma all'interno della Costituzione non doveva, perciò solo, escludere che il principio di retroattività della legge più favorevole al reo fosse dotato di copertura costituzionale. Secondo una prima impostazione il principio in questione avrebbe trovato le proprie radici nella "ragionevolezza" delle scelte del legislatore: in presenza di più interessi non congiuntamente realizzabili, ma entrambi dotati di rilevanza costituzionale, è necessario operare un bilanciamento ragionevole tra loro. Secondo diverso orientamento il principio della retroattività in *mitius* troverebbe, invece, il proprio fondamento costituzionale nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., il quale imporrebbe di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti in presenza di una mutata valutazione legislativa del loro disvalore, indipendentemente dal fatto che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della modifica abrogatrice: v. GAMBARDELLA, *Legge penale nel tempo*, agg. VII, Milano, p. 652 ss.

⁶⁹ Cass. Pen. sez. IV, 01/03/2017, n. 29721. «La disciplina sull'omicidio stradale non si presenta quale disposizione più favorevole per il reo rispetto alla previsione di cui all'art. 589, comma 2, c.p. vigente prima dell'introduzione della nuova disposizione sull'omicidio stradale. Se è vero infatti che la disciplina sanzionatoria delle due disposizioni penali, nell'ipotesi base, è la medesima e pertanto esiste piena continuità normativa e sanzionatoria sotto questo profilo, del tutto distinto è il regime giuridico delle due fattispecie succedutesi, atteso che la disposizione di cui all'art. 589, comma 2, c.p. costituisca, unitamente a quello dell'omicidio colposo con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni, ipotesi aggravata ad effetti speciali del reato di omicidio colposo, mentre la nuova previsione dell'omicidio stradale, nella fattispecie base di cui all'art. 589 bis, comma 1, c.p. di nuova introduzione integra un'ipotesi autonoma di reato».

⁷⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Torino, 1999, p. 131.

la vigenza dell'abrogato secondo comma dell'art. 589 c.p., mentre l'evento si è, poi, verificato dopo l'entrata in vigore dell'assai più rigoroso art. 589 *bis* c.p.

Con sentenza pronunciata il 28 giugno 2017, il Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Prato applicava all'imputato la pena, concordata con il pubblico ministero⁷¹, di un anno di reclusione, così individuata sulla scorta del disposto del reato di cui all'art. 589 *bis* c.p. La pena finale risultava determinata muovendo dalla pena base (il minimo edittale) di due anni di reclusione, diminuita per effetto del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche fino ad un anno e quattro mesi di reclusione, ridotta ulteriormente fino alla pena come sopra determinata per effetto della scelta del rito di cui all'art. 444 c.p.p.

Il difensore dell'imputato proponeva ricorso dinanzi la Suprema Corte di Cassazione deducendo l'erronea applicazione della legge penale: la più sfavorevole disciplina dell'art. 589 *bis* c.p. era stata introdotta successivamente al momento in cui l'imputato aveva commesso la propria condotta, vigendo il quel momento storico la più favorevole disciplina dell'art. 589 comma 2 c.p., il quale qualificava l'omicidio colposo commesso mediante violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale come circostanza aggravante dell'art. 589 c.p. (omicidio colposo), soggetta al giudizio di bilanciamento e non, come invece previsto dal nuovo art. 589 *bis* c.p., sotto forma di autonoma fattispecie incriminatrice. Veniva, dunque, contestata la violazione del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui agli artt. 25 Cost. e 7 C.E.D.U.⁷².

La Quarta Sezione Penale, con ordinanza del 5 aprile 2018, rimetteva la questione alle Sezioni Unite, ravvisando un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sul trattamento sanzionatorio da applicarsi nel caso in cui una condotta, interamente realizzata sotto la vigenza di una disposizione incriminatrice più favorevole, dia corso ad un evento verificatosi sotto il vigore di una norma penale più sfavorevole. L'ordinanza di rimessione propendeva per l'indirizzo che individuava il *tempus commissi delicti* secondo il criterio della condotta piuttosto che in base a quello della verifica dell'evento, dal momento che, diversamente opinando, si realizzerebbe una violazione del principio di irretroattività della legge penale meno favorevole, non potendo il reo essere chiamato a soggiacere a previsioni sanzionatorie aggravatesi *dopo* la commissione del fatto di reato.

Il problema non è di poco conto: lo stesso fatto può essere considerato, in rapporto al criterio prescelto, commesso sotto il vigore di due leggi distinte e assai eterogenee sia sotto il profilo della qualificazione normativa della vicenda complessiva, sia sotto quello del trattamento sanzionatorio.

⁷¹ Appare singolare che il difensore dell'imputato non abbia contestato in tale sede l'erroneità del referente normativo, chiedendo che ci si riferisse al disposto dell'art. 589 co. 2 c.p. piuttosto che al nuovo art. 589 *bis* c.p.

⁷² Sul tema v. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, p. 51 ss.; ID., *Legge penale nel tempo*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 648 ss., G. DE VERO, *La successione di leggi penali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. DE VERO, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C.E. PALIERO, I, Torino, 2010, p. 47 ss.



5/2019

Le Sezioni Unite richiamano in sentenza il contrasto giurisprudenziale sorto in merito alla norma da applicarsi in caso di successione di leggi penali nel tempo.

Secondo un primo orientamento⁷³, quando un evento mortale si verifichi molti anni dopo la condotta commessa dal soggetto agente e nell'intervallo di tempo tra l'uno e l'altro intervenga una modifica legislativa che innalzi i limiti edittali, troverebbe applicazione il trattamento sanzionatorio vigente al momento della consumazione del reato, ovvero quello sussistente al momento della verifica dell'evento lesivo, sulla scorta del dato per cui l'art. 2 comma 4 c.p. si riferisce al tempo in cui è stato commesso il "reato" e non al "fatto", come riportato nei primi due commi dello stesso art. 2 c.p.

Con il secondo orientamento⁷⁴, la Corte ritiene, invece, che quando tra la condotta e l'evento intervenga una norma che introduce un più severo trattamento sanzionatorio, al fine di stabilire la legge applicabile, non si dovrebbe avere riguardo al momento della consumazione bensì a quello in cui il reato è stato commesso. Diversamente, il reo verrebbe punito in modo più grave per il fatto puramente casuale che tra la condotta compiuta ed il verificarsi dell'evento sia stata introdotta una disciplina legislativa per lui peggiore, dando così vita ad un'incertezza sul grado dell'illiceità del comportamento che proprio il principio di irretroattività mira ad escludere.

La Corte di Cassazione, risolvendo il contrasto, afferma il principio secondo cui «in tema di successione di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta», propendendo, dunque, per il secondo degli orientamenti citati.

Secondo la Suprema Corte è, dunque, la condotta a costituire il riferimento temporale per garantire la calcolabilità delle conseguenze penali e l'autodeterminazione della persona; è proprio a tale momento che deve essere riconosciuta l'operatività dell'irretroattività di cui all'art. 25 Cost., giacché spostarla in avanti, correlandola all'evento, determinerebbe la retroattività di una norma successiva e più sfavorevole a fronte di una condotta interamente realizzata sotto il vigore di una norma più favorevole, con la conseguente impossibilità per il soggetto agente di valutare le conseguenze penali del proprio agire, privando di significato la garanzia di autodeterminazione della persona e il principio costituzionale di irretroattività. L'identificazione del *tempus commissi delicti* con il momento della condotta, ai fini della successione di leggi penali nel tempo risulta, inoltre, conforme alla funzione rieducativa

⁷³ Cass. pen. sez. IV 17/04/2015 n. 22379, Sandrucci, in www.italgiure.giustizia.it. Sulla stessa linea si muove Cass. pen. sez. V 13/03/2014 n. 19008, Rv. 260003, Calamita, in www.italgiure.giustizia.it: in materia di reati di importazione e detenzione di armi da guerra, qualora l'imputato abbia intrapreso le trattative con il venditore prima dell'entrata in vigore della circostanza aggravante, laddove la condotta illecita si sia perfezionata dopo l'entrata in vigore della nuova norma, il *tempus commissi delicti* deve individuarsi nel momento in cui si perfeziona la condotta o si verifica l'evento. La Corte ha ritenuto, in tale pronuncia, che l'indirizzo giurisprudenziale in tema di reati permanenti debba trovare applicazione anche per i reati non permanenti quando l'azione sia stata di apprezzabile durata e si sia conclusa sotto la vigenza di una nuova legge.

⁷⁴ Cass. pen. sez. IV 05/10/1972 n. 8448, Rv. 122686, Bartesaghi in CED 122686.

della pena (art. 27 comma 3 Cost.): l'accettazione psicologica delle conseguenze penali da parte del condannato costituisce la *condicio sine qua non* per poter tendere a realizzare la rieducazione, non risultando possibile che il reo accetti la sua pena come giusta se questa non era prevista, o era prevista meno severamente, nel momento in cui quest'ultimo ha realizzato la propria condotta⁷⁵. Il riferimento al momento della commissione e la sua correlazione all'affidamento alle conseguenze penali previste dall'ordinamento richiamano la rilevanza essenziale della condotta tipica e la necessità di individuare in essa il criterio per determinare il *tempus commissi delicti* ai fini della successione di leggi penali.

Possiamo, però, davvero affermare che il reo non fosse in grado, nel momento in cui ha commesso la condotta, di prevedere le conseguenze delle proprie azioni?

Non ogni abrogazione di norma incriminatrice comporta anche una *abolitio criminis*, dal momento che può accadere che la norma successivamente introdotta non elimini il giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento, sostituendolo semplicemente con un altro giudizio, pur sempre negativo⁷⁶. Quando dall'abrogazione espressa di una disposizione non derivi un'autentica *abolitio criminis*, siamo in presenza di un caso di *abrogatio sine abolitione*⁷⁷. E questo è proprio ciò che è accaduto con l'abrogazione del secondo comma dell'art. 589 c.p. e con l'introduzione del nuovo art. 589 *bis* c.p.

La condotta realizzata dal reo configurava un illecito allora e lo costituisce tutt'oggi; il giudizio dell'ordinamento non è mutato a tal punto da poter affermare che il reo non fosse in grado di comprendere il disvalore della propria azione. L'irretroattività della norma più sfavorevole di cui all'art. 2 comma 4 c.p. assume rilievo, in via generale, alla luce dell'istanza di preventiva valutabilità da parte di qualunque individuo delle conseguenze penali della propria condotta finalizzata a garantire la libera

⁷⁵ Corte Cost., 23/11/2006, n. 394, in www.italgiure.giustizia.it. Con riferimento al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, la Corte Costituzionale ha sottolineato come «avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione (al riguardo, v. sentenza n. 364/1988): aspettativa che sarebbe, per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente».

⁷⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 60 ss. La modifica operata da parte della normativa successivamente introdotta può assumere varie forme, può modificare solo le pene della norma precedente o altri aspetti sanzionatori estranei al precetto che resta sostanzialmente immutato, in modo che la nuova legge abroghi una norma ma senza aggiungere sostanzialmente nulla, sottintendendo la permanenza dell'illiceità penale della condotta, oppure può darsi che all'abrogazione si accompagni l'ingresso di una nuova norma che insista su una parte dell'area di illiceità della precedente.

⁷⁷ M. GAMBARELLA, *Incontro di studio sul tema: la successione di leggi penali nel tempo tra diritto e processo presso il Consiglio Superiore della Magistratura*, febbraio 2009, p. 23. in astra.csm.it.

autodeterminazione della persona⁷⁸, in ossequio al principio di sufficiente determinatezza⁷⁹.

A voler essere più precisi, e con riguardo allo specifico caso oggetto d'analisi, potrebbe non ravvisarsi una violazione del suddetto principio: la condotta del soggetto agente rientrava nella fattispecie di cui all'abrogato secondo comma dell'art. 589 c.p., il quale è stato interamente trasposto nel primo comma del nuovo art. 589 *bis* c.p.; in altri termini, l'imputato è stato punito sulla scorta di un identico dettato normativo.

Riconosciute le circostanze attenuanti generiche nel caso di cui all'art. 589 comma 2 c.p., in termini di equivalenza alla contestata aggravante (tale era il secondo comma della norma citata) la pena base da cui prendere le mosse nella determinazione della sanzione sarebbe dovuta essere quella di sei mesi di reclusione, prevista dal primo comma dell'art. 589 c.p. Avendo fatto assurgere l'omicidio stradale da semplice circostanza aggravante ad autonoma fattispecie di reato le cose cambiano, dovendosi effettuare la riduzione per il riconoscimento delle circostanze attenuanti sulla pena base prevista per quello specifico reato, ossia due anni di reclusione. Non sembra potersi affermare che questo dato avrebbe rappresentato, ove fosse stato conosciuto, un deterrente tale per il soggetto agente da indurlo a porsi alla guida con una maggiore attenzione. Non bisogna, infatti, mai perdere di vista il dato non secondario per cui l'omicidio stradale deve inquadrarsi nel novero dei reati colposi, assumendo una connotazione ancora più delicata poiché si riferisce ad un illecito realizzato nel compimento di un'attività pienamente lecita. Non si tratta, infatti, di un'attività connotata da una spiccata determinazione volitiva, caratterizzante il dolo, bensì di una condotta imperita che può effettivamente provocare conseguenze dannose. In altre parole, un reale effetto deterrente potrebbe meglio realizzarsi con riguardo all'aggravamento di una condotta dolosa, risultando indubbiamente più complesso che ciò avvenga con riguardo alle condotte colpose, in particolare alla diffusissima condotta di guida di un autoveicolo a motore.

A voler dimostrare la complessità della presente questione si potrebbe obiettare a quanto finora sostenuto che, proprio in ragione del fatto che ci si trova in presenza di una condotta tipicamente colposa non sarebbe, per ciò stesso, corretto addebitare al soggetto agente conseguenze ulteriori e non prevedibili, anche solo in termini di sufficiente determinatezza della pena; il principio di legalità, difatti, non si riferisce solo ed esclusivamente ai reati ma anche alle pene da irrogare, ed è proprio questo il dato preso in esame nella vicenda in questione.

Dovendosi però avere riguardo alla vicenda così come *hic et nunc* verificatasi non si può non evidenziare come la sola differenza tra l'art. 589 comma 2 c.p. (vigente al momento della condotta) e l'art. 589 *bis* comma 1 c.p. (in vigore al momento della

⁷⁸ Corte Cost., 22/07/2011, n. 236, in www.italggiure.giustizia.it: «L'irretroattività della norma penale sfavorevole si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale».

⁷⁹ Corte Cost., 12/10/2012, n. 230, in www.italggiure.giustizia.it: con l'esigenza di calcolabilità «contrasta un successivo mutamento peggiorativo a sorpresa del trattamento penale della fattispecie».

verificazione dell'evento) è riscontrabile nella diversa pena base⁸⁰ dalla quale prendere le mosse per applicare le circostanze attenuanti, dato di non immediata percezione e tale da non determinare quell'eccesso di cautela che l'aumento esponenziale delle nuove fattispecie aggravate inserite dalla norma stessa è di per sé idoneo a determinare.

Non sembra neanche potersi perdere di vista un'altra circostanza non secondaria. Diversamente dalla formulazione dei primi due commi dell'art. 2 c.p., che si riferiscono al "fatto", non si può fare a meno di notare come il quarto comma nell'articolo in parola, il quale assume un rilievo fondamentale nella risoluzione della questione sottoposta all'attenzione della Suprema Corte, faccia riferimento al "reato". Stando così le cose merita, inoltre, di essere evidenziato come nei reati di evento, tra i quali si annovera indubbiamente l'omicidio, la fattispecie incriminatrice si riferisca ad una conseguenza esteriore risultante da un'azione, ad esso collegata in base ad un nesso di causalità, non potendoci esimere dall'affermare che la sua compiuta realizzazione si abbia non prima della verifica dell'esito della condotta, cioè la morte.

La Corte ha ritenuto di non accogliere⁸¹ la richiesta avanzata dal Procuratore generale di sollevare questione di legittimità costituzionale con riguardo all'art. 2 comma 4 c.p. per violazione dell'art. 3 Cost. «nella parte in cui fa riferimento alla commissione del reato e non del fatto anche con riguardo a reati di evento qualora quest'ultimo sia differito nel tempo e, dopo la realizzazione della condotta, sopravvenga una disciplina punitiva meno favorevole»⁸²: potrebbe trattarsi di un'occasione mancata per fare definitivamente chiarezza su una questione tanto delicata quanto annosa.

⁸⁰ Riconoscendo le circostanze attenuanti generiche, con la precedente formulazione le stesse venivano bilanciate rispetto alla circostanza aggravante di cui all'abrogato secondo comma dell'art. 589 c.p., riconducendo così la pena base da cui prendere le mosse al minimo edittale di cui al primo comma dell'art. 589 c.p., dunque mesi 6 di reclusione. Oggi rispetto al primo comma dell'art. 589 bis c.p. potrà aversi solo il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p., con la conseguente riconduzione della pena base di riferimento ad anni due di reclusione.

⁸¹ La Corte, in risposta al Procuratore Generale, ha osservato che «Nella disposizione codicistica, il riferimento al "reato", e non al "fatto", non assume la valenza ad esso attribuita dal Procuratore generale, ossia la considerazione del "reato" nella «triade dei suoi elementi costitutivi, condotta – nesso causale – evento naturalistico»: invero, con il termine "fatto" il primo e il secondo comma dell'art. 2 cod. pen. evocano la fattispecie non (o non più) penalmente sanzionata, mentre il termine "reato" di cui al quarto comma indica quella penalmente sanzionata (e assoggettata al regime della successione di leggi penali).» concludendo con l'affermare che «il riferimento letterale alla "commissione del reato" non è di ostacolo all'individuazione della condotta dell'agente quale punto di riferimento cronologico della successione di leggi: la mancanza, nel codice penale, di una nozione onnicomprensiva del *tempus commissi delicti* e la valenza dei richiami al "fatto" e al "reato" nell'art. 2 cod. pen. convergono nell'individuazione di un'area semantica dell'espressione "reato commesso" nella quale è riconducibile, in via interpretativa, il criterio della condotta, senza fuoriuscire dall'ambito dei significati autorizzati dal testo legislativo, ossia dal quarto comma dello stesso art. 2».

⁸² Probabilmente la Corte di Cassazione ha ritenuto sufficiente effettuare una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme intertemporali in sede penale senza investire della questione la Consulta. Tuttavia, anche in considerazione del pregresso dibattito interno alla stessa Corte di legittimità di cui viene dato conto nella pronuncia in commento, la presente vicenda avrebbe potuto rappresentare l'occasione per cercare di portare maggiore chiarezza in una materia tanto delicata quanto sfuggente, rivedendo la disciplina dell'art. 2 co. 4 c.p. alla luce del dettato costituzionale (essendo la Costituzione entrata in vigore dopo il codice penale).

La decisione assunta dalla Suprema Corte risulta certamente corretta a livello teorico, ma forse poco attinente con il caso specifico sottoposto al suo esame. Essa ha tuttavia, indubbiamente, il pregio di aver evidenziato l'assenza nel nostro ordinamento di una nozione unitaria del concetto di "tempo del commesso reato"⁸³, mancanza che ha fornito – e non mancherà di fornire in futuro – spunti di riflessione, tanto per la dottrina quanto per la giurisprudenza.

6. Considerazioni conclusive.

Era davvero necessaria l'introduzione dell'art. 589 *bis* c.p.? La domanda è chiaramente retorica, visto l'impatto della norma di nuovo conio su dottrina e prassi applicativa. Il legislatore ha sicuramente formulato un prodotto frettoloso, adatto a esigenze mediatiche e simboliche⁸⁴.

L'omicidio stradale è stato in primo luogo manifesto politico, mirato a placare gli animi degli indignati ma non certo ad aiutare gli operatori del diritto: la disposizione mescola, sovrappone e assimila situazioni totalmente differenti, ponendo idealmente sullo stesso piano – salva l'ulteriore qualificazione del fatto in senso aggravante – il guidatore in preda ad un malore o ad un colpo di sonno e il pirata della strada.

Si tratta di un castello senza fondamenta, per alcuni aspetti poco "coraggioso" sul versante dell'elemento psicologico: siamo strutturalmente al confine tra il dolo e la colpa senza che, però, il nostro ordinamento preveda e disciplini una figura soggettiva intermedia, né sul piano del disvalore né su quello della meritevolezza di pena. Il trattamento sanzionatorio è tuttavia assai più vicino a quello previsto per un fatto ontologicamente doloso, con tutti gli squilibri che tale pesante fardello implica.

⁸³ S. ZIRULIA, [Le sezioni unite sul tempus commissi delicti nei reati c.d. ad evento differito \(con un obiter dictum sui reati permanenti e abituali\)](#), scheda a Cass. pen., Sezioni Unite, 19 luglio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40986, pres. Carcano, est. Caputo, in questa *Rivista*, 4 ottobre 2018 «La pronuncia, inoltre, mette finalmente nero su bianco il carattere non unitario della nozione di tempo del commesso reato, sottolineando come si tratti di un concetto da modulare a seconda della funzione che l'istituto al quale va ad applicarsi è chiamato a svolgere, e dunque da interpretare sulla scorta degli stessi principi che governano il funzionamento degli istituti di volta in volta rilevanti».

⁸⁴ Sul simbolismo penale v., tra gli altri, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss., spec. 537 ss. e, nella letteratura più recente, S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018. Merita qui di essere citata anche un'osservazione critica di L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, Napoli, 2017, p. 140. Sulla tecnica di costruzione delle recenti fattispecie incriminatrici, che si adatta drammaticamente alla infelice struttura dell'omicidio stradale, merita di essere richiamata un'osservazione critica di L. RISCATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *disCrimen.it*, p. 19 «all'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno».

Una delle ragioni che hanno portato all'introduzione del nuovo omicidio stradale è stata la necessità di scoraggiare la tendenza dei magistrati ad irrogare pene, per dir così, non esemplari ai responsabili delle morti su strada, cercando di imbrigliare la loro discrezionalità nella quantificazione delle sanzioni. Il legislatore non sembra, tuttavia, aver tenuto in debito conto l'inversione di tendenza attuata dalla giurisprudenza in materia⁸⁵, con conseguente inasprimento sanzionatorio.

Non si può ingenuamente ritenere che sia l'elevato limite edittale della pena a rafforzare l'efficacia deterrente⁸⁶ cui si aspirava con l'introduzione della nuova fattispecie di omicidio stradale. Aumentare la portata del rimprovero non può certo rappresentare il solo strumento utile per combattere il fenomeno della pirateria stradale, non risiedendo il problema nella quantità della sanzione prevista, bensì nella sua effettività. Si è nondimeno ritenuto di placare il clamore mediatico (solo) con la previsione di pene assai elevate, utili a rassicurare la popolazione sul fatto che i responsabili delle vittime della strada sarebbero finiti in carcere (in ossequio a pulsioni giustizialistiche sempre più incoercibili in certi partiti politici e nell'opinione pubblica).

Se da un lato l'introduzione del nuovo omicidio stradale è stata invero positivamente accolta dall'opinione pubblica, non ha ottenuto eguale risonanza, invece, il fatto che la Corte Costituzionale⁸⁷ sia intervenuta il 6 febbraio 2018, al fine di ristabilire l'equilibrio normativo violato dal legislatore, dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, del codice di procedura penale, nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni» innalzando, così, da tre a quattro il numero di anni di pena detentiva al ricorrere dei quali il pubblico ministero è tenuto a richiedere la sospensione dell'esecuzione della pena, consentendo,

⁸⁵ Certamente significativo sul punto è il caso di Ignatiuc Vasile il quale, alla guida di un furgone rubato, in fuga da un controllo di Polizia, aveva superato diversi semafori rossi a velocità sostenuta in pieno centro urbano, causando la morte di una persona e le lesioni di altre due (Cfr. Corte Ass. Roma, 6 febbraio 2009, inedita; Corte Ass. App. Roma, 18 marzo 2010, inedita. Sul punto, v. FORTE, *Gli incerti confini del dolo e della colpa: un caso problematico in tema di circolazione stradale*, in *La Corte di Assise*, 1, 2011, p. 291 ss.). La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di Assise di Appello di Roma, la quale aveva escluso la sussistenza del dolo eventuale, in capo all'imputato, applicando la prima formula di Frank e, in particolare, valutando che un eventuale incidente avrebbe sostanzialmente vanificato il fine del soggetto agente, ovvero sia sottrarsi alle forze dell'ordine. A parere dei giudici di legittimità, il dolo eventuale si configura in termini di accettazione del pericolo e, conseguentemente, sia pure in forma eventuale, come accettazione dell'evento, inteso come prezzo del risultato perseguito. Nel presente caso, le caratteristiche del mezzo condotto dal condannato risultavano dirimenti per l'imputazione a titolo di dolo eventuale. L'imputato, infatti, si era posto alla guida di un furgone di quasi due tonnellate ben potendo, pertanto, avere fatto affidamento su questo elemento per far propendere il proprio bilanciamento a favore della finalità della fuga, determinandosi a protrarre la sua condotta (La vicenda si concluse con la condanna definitiva in data 8 luglio 2011 per omicidio e lesioni a titolo di dolo eventuale da parte della Corte di Assise di Appello di Roma, cui la sentenza era stata rimessa, e la conferma da parte della Corte di Cassazione: cfr. Cass. pen., 27 settembre 2012, n. 42973, in *Archivio della circolazione e dei sinistri stradali*, 2012, p. 1081 ss.). Sul punto v. S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, cit. p. 150 ss.

⁸⁶ Diversamente opinando, nei Paesi in cui è prevista la pena di morte per chi commette un omicidio non dovrebbero esistere gli assassini, eppure non pare che ciò si possa concretamente sostenere.

⁸⁷ Corte Cost. 06/02/2018 n. 41, in www.italgiure.giustizia.it.

pertanto, una più ampia possibilità di ricorrere all'applicazione delle misure alternative alla detenzione⁸⁸.

In altri termini, quel legislatore che inasprisce le pene con l'art. 589 *bis* c.p. è lo stesso che innalza il limite di pena al ricorrere del quale è possibile usufruire di misure diverse da quella intramuraria.

Ancor più di recente la Consulta⁸⁹ è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 590 *quater* c.p. (introdotto dalla legge n. 41 del 2016) – nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza e di equivalenza dell'attenuante speciale di cui agli artt. 589 *bis* comma 7 c.p.⁹⁰ e 590 *bis* comma 7 c.p., i quali prevedono la riduzione della pena sino alla metà nel caso in cui l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione od omissione del colpevole – e dell'art. 222 commi 2 e 3 *ter*⁹¹ del d.lgs. n. 285/1992 (come modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b), numeri 1) e 2), della legge n. 41 del 2016) – nella parte in cui, in caso di omicidio stradale o di lesioni personali stradali, prevedono, rispettivamente, la sanzione amministrativa della revoca della patente di guida e

⁸⁸ Per completezza espositiva giova ripercorrere, seppur brevemente, i pregressi interventi normativi che hanno portato alla citata pronuncia della Consulta. La legge n. 10/2014 aveva introdotto, all'interno del corpo dell'art. 47 della legge n. 354/1975, il nuovo comma 3 bis, il quale disciplina un'ulteriore forma di affidamento in prova, cosiddetto "allargato", stabilendo che «l'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in liberà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2». Allo stesso modo la legge n. 94/2013 aveva innalzato a quattro anni il termine valido per la sospensione dell'ordine di esecuzione, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, allo scopo di renderlo equivalente al nuovo termine previsto per godere della misura dell'art. 47 *ter* della legge n. 354/1975. Essendo la sospensione dell'ordine di esecuzione finalizzata ad ottenere l'applicazione della misura alternativa ed avendo l'art. 656 comma 5 c.p.p. stabilito un limite di tre anni di pena detentiva, anche residua, per poter ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena, si era creato, così, un mancato raccordo tra norme. Non essendo stata ancora esercitata la delega legislativa conferita con l'art. 1, comma 85, lettera c), della legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario), il quale prevede che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato, in ogni caso, in quattro anni, la Consulta si è trovata a dover prendere atto dell'incongruità dell'attuale disegno legislativo, riscontrando che «la rottura del parallelismo, imputabile al mancato adeguamento della disposizione censurata (art. 656 comma 5 c.p.p.), appare di particolare gravità, perché è proprio il modo con cui la legge ha configurato l'affidamento in prova allargato che reclama, quale corollario, la corrispondente sospensione dell'ordine di esecuzione».

⁸⁹ Corte Cost. ud. 19/02/2019, dep. 1704/2019 n. 88, in *dejure.it*.

⁹⁰ Questione rimessa innanzi alla Corte Costituzionale per il tramite dell'ordinanza 16/05/2017 n. 144 emessa dal Tribunale ordinario di Roma, consultabile in *Giurisprudenza Penale Web*, 23 ottobre 2017.

⁹¹ Questione preliminarmente dichiarata inammissibile dalla Corte per difetto di rilevanza. La disposizione censurata (art. 222 co. 3 *ter* cod. strada: «Nel caso di applicazione della sanzione accessoria di cui al quarto periodo del comma 2 del presente articolo per i reati di cui agli articoli 589 *bis*, primo comma, e 590 *bis* del codice penale, l'interessato non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano decorsi cinque anni dalla revoca. Tale termine è raddoppiato nel caso in cui l'interessato sia stato in precedenza condannato per i reati di cui all'articolo 186, commi 2, lettere b) e c), e 2-*bis*, ovvero di cui all'articolo 187, commi 1 e 1 bis, del presente codice. Il termine è ulteriormente aumentato sino a dodici anni nel caso in cui l'interessato non abbia ottemperato agli obblighi di cui all'articolo 189, comma 1, e si sia dato alla fuga.») non costituisce, infatti, oggetto del giudizio a quo. Il giudice non è chiamato a fare applicazione di tale disposizione, bensì ad applicare esclusivamente la sanzione amministrativa della revoca della patente.

l'impossibilità di conseguire una nuova patente di guida prima che siano decorsi cinque anni dalla revoca⁹².

In ordine al primo quesito, concernente il disposto dell'art. 590 *quater* c.p., la Corte ha ritenuto di dover dichiarare infondate le separate questioni di illegittimità costituzionale⁹³ sottoposte al proprio vaglio. Richiamando la propria pregressa giurisprudenza, la Consulta dà atto di come in passato sia stata ritenuta la legittimità della tecnica legislativa del divieto di prevalenza o equivalenza delle circostanze attenuanti su specifiche circostanze aggravanti, in particolare ove ricorrano particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati, quali il diritto alla vita ed all'incolumità fisica, non facendo a ciò eccezione il caso sottoposto alla sua attenzione nel giudizio in parola. La Corte ha, pertanto, ritenuto che il divieto di bilanciamento tra la speciale circostanza attenuante del concorso di cause e le c.d. "aggravanti privilegiate" di cui ai commi 2 e 3 degli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p., introdotto dal legislatore del 2016 per il tramite dell'art. 590 *quater* c.p., rientri appieno nella discrezionalità politica del legislatore, esercitata nel limite della non irragionevolezza⁹⁴.

Con riguardo, invece, alla questione concernente il disposto del quarto periodo del secondo comma dell'art. 222 del codice della Strada, la Consulta reputa fondata la questione di legittimità costituzionale. Già da una preliminare analisi dei neo introdotti artt. 589 *bis* c.p. e 590 *bis* c.p. emerge chiaramente come il legislatore abbia inteso prevedere un differenziato trattamento sanzionatorio, secondo una precisa graduazione,

⁹² L'ordinanza di rimessione ([ord. 8 giugno 2018, n. 139](#)) emessa dal Tribunale di Torino concernente, tanto la legittimità dell'art. 590 *quater* c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza e/o equivalenza dell'attenuante speciale prevista dall'art. 590 *bis* comma 7 c.p., quanto dell'art. 222 comma 2 e comma 3 ter del decreto legislativo n. 285/1992 come rispettivamente modificato e introdotto dall'art. 1, comma 6, lettera b), n. 1), e dall'art. 1, comma 6, lettera b), n. 2) della legge 23 marzo 2016, n. 41, nella parte in cui prevedevano rispettivamente la revoca della patente di guida e l'impossibilità di conseguire una nuova patente di guida prima che siano decorsi cinque anni dalla revoca, è consultabile in questa Rivista, 26 novembre 2018, con scheda di L. ROSSI.

⁹³ Per completezza si veda Cass. Pen. sez. IV, 18/10/2018, n. 49919. «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 590 *bis* cod. pen., nella parte in cui prevede il divieto di bilanciamento tra circostanze di segno opposto per i reati di omicidio e lesioni stradali, in quanto gli effetti sanzionatori che ne derivano non violano i principi di ragionevolezza e proporzionalità, in considerazione della particolare pericolosità delle condotte integranti le circostanze aggravanti in relazione alle quali il divieto è previsto».

⁹⁴ «15. In conclusione, avendo il legislatore introdotto un'attenuante a effetto speciale legata all'apporto causale del colpevole, non è irragionevole che, quando la valutazione sia limitata all'alternativa dell'efficacia "esclusiva", o non esclusiva, della condotta del colpevole, l'attenuante non possa essere bilanciata con le aggravanti "privilegiate" e segnatamente, quanto al reato di omicidio stradale (nel giudizio a quo innanzi al GUP del Tribunale ordinario di Roma), con l'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 589 *bis* cod. pen. per aver guidato in stato di ebbrezza alcolica oltre la soglia di cui all'art. 186, comma 2, lettera c), cod. strada, e, quanto al reato di lesioni personali stradali gravi (nel giudizio a quo innanzi al Tribunale ordinario di Torino), con l'aggravante di cui al quinto comma, numero 2), dell'art. 590 *bis* cod. pen. per aver attraversato un'intersezione stradale con il semaforo disposto al rosso. Rientra nella discrezionalità del legislatore, esercitata non irragionevolmente, graduare l'effetto diminuyente della pena di questa attenuante a effetto speciale in riferimento alle menzionate aggravanti "privilegiate" allorché ricorra un generico concorso della colpa della parte offesa o di altre concause che rendono non esclusivo l'apporto causale dell'azione o dell'omissione del colpevole».

in base al disvalore della condotta posta in essere⁹⁵. La medesima accuratezza non si ravvisa, invece, con riguardo alla disposizione censurata, la quale prevede indiscriminatamente la revoca della patente in conseguenza della condanna, ovvero dell'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., per i reati di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p., senza considerare il differente trattamento sanzionatorio previsto per le rispettive fattispecie base e per le svariate aggravanti in essi contenute.

Ulteriore profilo di critica merita il citato secondo comma dell'art. 222 del codice della strada in ordine al difetto di coordinamento ravvisabile tra il quarto periodo del citato articolo, posto al vaglio della Consulta, ed i precedenti periodi della medesima disposizione normativa, i quali prevedono la sospensione della patente, per un periodo graduato di tempo, in virtù della gravità dell'illecito commesso⁹⁶. A titolo meramente esemplificativo basti pensare che la norma contempla, da un lato, la sospensione della patente fino a quattro anni nel caso in cui dalla violazione della norma cautelare derivi un omicidio colposo, dall'altro, la revoca automatica della patente nel caso in cui il colpevole commetta il reato di cui all'art. 589 *bis* c.p. Il legislatore prevede, in tal modo, due diverse sanzioni accessorie per la medesima condotta, differenziandole solo con riguardo alla rubrica della norma violata. Tale differenza in ordine al *nomen iuris* è, tuttavia, stata eliminata dal legislatore stesso nel momento in cui l'omicidio stradale è assunto al rango di fattispecie autonoma di reato, con conseguente abrogazione del secondo comma dell'art. 589 c.p.

La Corte, condivisibilmente, ritiene che la revoca della patente non possa essere automatica e, soprattutto, indifferenziata per ognuna delle differenti ipotesi previste dagli artt. 589 *bis* c.p. e 590 *bis* c.p., tanto per quelle "semplici" quanto per quelle aggravate. Dovrebbe, piuttosto, spettare al giudice la facoltà di decidere, in base alla gravità caso concreto, se applicare, in alternativa alla revoca, la meno severa sanzione della sospensione della patente, secondo quanto già disposto dal primo e dal secondo periodo del medesimo secondo comma dell'art. 222 del codice della strada. I giudici costituzionali giustificano, invece, la revoca della patente nei casi di guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di sostanze stupefacenti, ossia di circostanze specificamente disciplinate come ipotesi aggravate dei reati di omicidio e lesioni stradali, certamente connotate da un disvalore sociale maggiore rispetto alle ipotesi base dei reati cui si riferiscono⁹⁷.

⁹⁵ Risulta di palmare evidenza come gli artt. 589 *bis* c.p. e 590 *bis* c.p. prevedano una determinata sanzione per l'ipotesi base dei rispettivi reati colposi, un'ipotesi aggravata nel caso in cui la condotta sia realizzata in violazione di specifiche norme sulla circolazione stradale e, infine, un'ipotesi ancor più aggravata nel caso in cui la condotta sia posta in essere sotto effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti.

⁹⁶ Art. 222 comma 2 del codice della strada, primo, secondo e terzo periodo: «Quando dal fatto derivi una lesione personale colposa la sospensione della patente è da quindici giorni a tre mesi. Quando dal fatto derivi una lesione personale colposa grave o gravissima la sospensione della patente è fino a due anni. Nel caso di omicidio colposo la sospensione è fino a quattro anni.».

⁹⁷ «20. In conclusione, la revoca della patente di guida non può essere "automatica" indistintamente in ognuna delle plurime ipotesi previste sia dall'art. 589 *bis* (omicidio stradale) sia dall'art. 590 *bis* cod. pen. (lesioni personali stradali), ma si giustifica solo nelle ben circoscritte ipotesi più gravi sanzionate con la



5/2019

In conclusione, la Corte costituzionale, con la propria pronuncia, da un lato, si determina nel senso di non ingerirsi nelle scelte del legislatore, reputando non irragionevole la scelta operata mediante l'art. 590 *quater* c.p., dall'altro individua un difetto di coordinamento all'interno della generale disciplina dei reati commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale.

Che si tratti del primo di una serie di interventi costituzionali in materia.

pena rispettivamente più elevata come fattispecie aggravate dal secondo e dal terzo comma di entrambe tali disposizioni (guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti). Negli altri casi, che il legislatore stesso ha ritenuto di non pari gravità, sia nelle ipotesi non aggravate del primo comma delle due disposizioni suddette, sia in quelle aggravate dei commi quarto, quinto e sesto, il giudice deve poter valutare le circostanze del caso ed eventualmente applicare come sanzione amministrativa accessoria, in luogo della revoca della patente, la sospensione della stessa come previsto – e nei limiti fissati – dal secondo e dal terzo periodo del comma 2 dell'art. 222 cod. strada. Pertanto, tale comma è costituzionalmente illegittimo, nel suo quarto periodo, nella parte in cui non prevede, ove non ricorrano le circostanze aggravanti privilegiate di cui al secondo e al terzo comma sia dell'art. 589 bis, sia dell'art. 590 bis cod. pen., la possibilità per il giudice di applicare, in alternativa alla sanzione amministrativa della revoca della patente di guida, quella della sospensione della patente, secondo il disposto del secondo e del terzo periodo del comma 2 dell'art. 222 cod. strada. In questi casi il giudice, secondo la gravità della condotta del condannato, tenendo conto degli artt. 218 e 219 cod. strada, potrà sia disporre la sanzione amministrativa della revoca della patente di guida, sia quella, meno afflittiva, della sospensione della stessa per la durata massima prevista dal secondo e dal terzo periodo del medesimo comma 2 dell'art. 222 cod. strada».