



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

Facoltà di  
Giurisprudenza

Andrea Perin

PRUDENZA, DOVERE DI CONOSCENZA  
E COLPA PENALE

PROPOSTA PER UN METODO DI GIUDIZIO

2020





**UNIVERSITÀ  
DI TRENTO**

**Facoltà di  
Giurisprudenza**

**COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**29**

**2020**

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

*Proprietà letteraria riservata*

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche  
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2020  
by Università degli Studi di Trento  
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-908-6  
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-799-5.

*Luglio 2020*

Andrea Perin

PRUDENZA, DOVERE DI CONOSCENZA  
E COLPA PENALE

PROPOSTA PER UN METODO DI GIUDIZIO

Università degli Studi di Trento 2020



## Ringraziamenti

Questa monografia testimonia un percorso di studi iniziato nelle aule della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, proseguito grazie all'esperienza dottorale (in regime di *cotutelle de thèse*)\* e post-dottorale presso il centro di ricerca “Cátedra de Derecho y Genoma Humano” della Universidad del País Vasco, nella città di Bilbao, e concluso a Santiago del Cile, in qualità di docente e ricercatore della Universidad Andrés Bello.

Ringrazio sentitamente i Professori Alessandro Melchionda e Carlos María Romeo Casabona per avermi orientato e accompagnato lungo l'impervio e imprevedibile cammino che ha portato alla stesura finale del presente lavoro, rispettandone l'autonomia.

Grazie a chi sa sempre starmi vicino, anche da lontano. *Condicio sine qua non*. Il libro è dedicato a loro.

---

\* La tesi di dottorato da cui prende le mosse il presente lavoro, scritta in regime di *cotutelle de thèse* e discussa il 5 marzo 2015 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, ha ricevuto due riconoscimenti: il Premio Ettore Gallo, conferito dall'Istituto Storico della Resistenza e dell'Età Contemporanea della Provincia di Vicenza (vincitore *ex aequo* della sezione Opere inedite, X Edizione, 2016), e il premio “Migliori Dottori di Ricerca dell'Anno Accademico 2013-2014” dell'Università di Trento.





# INDICE

	Pag.
TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI .....	XVII

## PARTE PRIMA

### CAPITOLO PRIMO

#### SULL'ATTUALITÀ DELLA COLPA PENALE.

##### SPUNTI E PROSPETTIVE D'INDAGINE

<i>1. L'espansione della colpa penale fra vincoli di realtà e «discrezionalità» giudiziale.....</i>	3
<i>2. Diretrici d'indagine.....</i>	7
<i>2.1. L'indeterminatezza del criterio d'imputazione ex ante: la tensione fra individual-garantismo e solidarismo deontico.....</i>	8
<i>2.2. Il ruolo della conoscenza nella costruzione della categoria: la crisi del «modello nomologico» .....</i>	9
<i>2.3. La normativizzazione della categoria: tensioni fra momento generalizzante e individualizzante del giudizio d'attribuzione.....</i>	13
<i>3. Proposito e delimitazione del campo d'indagine .....</i>	14

### CAPITOLO SECONDO

#### LA STRUTTURA DELL'ILLECITO COLPOSO.

##### RETROSPETTIVA DOGMATICA

<i>1. L'illecito colposo nella teoria del reato fra Otto e Novecento.....</i>	17
<i>1.1. La colpa come specie e come forma di colpevolezza: dalla relazione psichico-causale con il fatto materiale alla inosservanza del dovere di diligenza .....</i>	17
<i>1.2. La teoria finalista e il disvalore della condotta .....</i>	26
<i>1.3. La crisi del dogma causale e la normativizzazione del fatto tipico. Ovvero: l'emersione del «modello nomologico» (e l'origine di due percorsi destinati a rincontrarsi).....</i>	32

	Pag.
2. Costruzioni dell'illecito colposo nella dottrina contemporanea ..	41
2.1. Verso il «nesso di antigiuridicità» fra condotta ed evento...	41
2.2. Dall'adeguatezza come probabilità, alla diligenza come norma: l'aspettativa di prudenza e la misura del «rischio consentito».....	42
2.3. La fattispecie colposa .....	45
2.4. Lo «scopo di protezione della norma»: fra teoria normativa della colpa e imputazione oggettiva dell'evento.....	47
2.5. Il comportamento alternativo conforme a diligenza: aumento del rischio vs. evitabilità.....	55
2.6. Misura oggettiva e misura soggettiva della colpa.....	58
3. La struttura tripartita del fatto tipico nell'illecito colposo. Prime conclusioni e chiarimenti terminologici.....	60

CAPITOLO TERZO  
DOVERE DI CONOSCENZA  
E ASPETTATIVA DI DILIGENZA.  
MODELLI TEORICI

1. Norma di diligenza, dovere di diligenza e regola cautelare.....	65
2. Teorie normative della colpa: modelli generalizzanti .....	68
2.1. Cosa segna il limite dell'agire lecito? Il paradigma deontico (ordinario): il giudizio ex ante circa la prevedibilità ed evitabilità dell'evento hic et nunc nella prospettiva dell'agente-modello differenziato .....	68
2.2. Oltre l'indeterminatezza dell'agente-modello? La teoria prasseologico-positivistica .....	73
2.3. Uno standard di diligenza uguale per tutti? La «migliore scienza ed esperienza».....	76
2.4. Che fare in condizioni di incertezza? La crisi del «modello nomologico» e l'appello al principio di precauzione (la critica di un dogma).....	79
3. La definizione della soglia di rimproverabilità .....	88
3.1. Il dilemma della colpevolezza colposa .....	88

	Pag.
3.2. <i>Teorie miste: oggettivamente normative e soggettivamente psicologiche</i> .....	88
3.3. (segue) <i>Il rapporto fra mens rea e pure negligence nella tradizione di common law. L'esclusione della colpa inco-sciente dal diritto penale</i> .....	96
3.4. <i>Teorie della «doppia misura» e individualizzazione della colpa. Il recupero del principio di inesigibilità</i> .....	100
4. <i>Lo scenario attuale. Sintesi</i> .....	110

CAPITOLO QUARTO

LA COLPA PENALE NEL DIRITTO VIVENTE.

RIFORME E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

1. <i>Colpa e attività medica</i> .....	114
1.1. <i>La criminalizzazione dell'attività medica e le pratiche di «medicina difensiva»</i> .....	114
1.2. <i>Strategie sostanziali</i> .....	120
1.2.1. <i>L'arretramento dell'intervento punitivo</i> .....	120
1.2.2. <i>La ridefinizione della portata della colpa medica: opzioni dogmatiche (uno schema)</i> .....	121
1.2.3. <i>L'esclusione della colpa dal diritto penale e l'istituzione dei sistemi di notificazione e registro degli «eventi avversi»</i> .....	122
1.3. <i>La ridefinizione della colpa medica in Italia</i> .....	126
1.3.1. <i>Il limite della colpa grave e la standardizzazione delle regole cautelari. Antecedenti e contesto di riferimento</i> .....	126
1.3.2. <i>La riforma Balduzzi (2012). Un'interpretazione deontica</i> .....	130
1.3.3. <i>La riforma Gelli-Bianco (2017). L'interpretazione delle Sezioni Unite «Mariotti» (2018)</i> .....	137
1.4. <i>La colpa medica tra linee guida e dovere di diligenza</i> .....	146
1.4.1. <i>Colpa e prassi consolidate</i> .....	146
1.4.2. <i>Il caso dell'ospedale Príncipes de España (1986-1991)</i> .....	148

	Pag.
1.4.3. (segue) <i>Una questione emergente: colpa per – o nonostante – l’osservanza della prassi?</i> .....	150
2. <i>Colpa e attività produttive</i> .....	154
2.1. <i>I processi in materia di malattie professionali</i> .....	154
2.2. <i>La prevedibilità del «grave danno alla salute» come paradigma di imputazione per colpa</i> .....	155
2.2.1. <i>Il cloruro di vinile monomero e il caso «Petrochimico di Porto Marghera» (2006)</i> .....	155
2.2.2. <i>L’amianto: evoluzione scientifica, divieto di utilizzo e processi penali. I casi «Fincantieri» (2012) ed «Eternit Siciliana» (2012)</i> .....	158
2.2.3. (segue) <i>L’espansione della «colpa generica residuale»: dalla prevedibilità dell’evento hic et nunc alla prevedibilità del tipo di evento</i> .....	163
2.3. <i>Aspetti salienti nella giurisprudenza più recente (2011-2020)</i> .....	165
2.3.1. <i>Questioni d’imputazione: soggetti competenti e inferenza causale</i> .....	165
2.3.2. <i>Segnali di un fisiologico riavvicinamento al paradigma classico in punto di colpa (per malattie professionali amianto-correlate)</i> .....	176
3. <i>Colpa, protezione civile e risk management</i> .....	177
3.1. <i>Il «caso Sarno» (2011) e il processo «Grandi Rischi» (2013-2016)</i> .....	177
3.2. (segue) <i>Oltre il principio di precauzione: il paradigma paranoide (worst-case scenario)</i> .....	180
3.3. <i>Organizzazione complessa, colpa apicale e contributo della vittima (rinvio). Una sentenza recente in materia di gestione delle piste da sci (2017)</i> .....	185
4. <i>Concretizzazione e individualizzazione del giudizio: verso il riconoscimento di un «profilo soggettivo» della colpa?</i> .....	188

PARTE SECONDA

CAPITOLO QUINTO  
 REGOLE CAUTELARI «TIPICHE» (PRE-DEFINITE)  
 E ASPETTATIVE DI DILIGENZA «ATIPICHE»  
 (GIUDIZIALI).

BASI PER UNA PARS CONSTRUENS

1. La colpa «residuale». Punire l'inosservanza di un'aspettativa di diligenza non predefinita? .....	197
2. Conclusioni parziali .....	198
2.1. I limiti della standardizzazione cautelare. Argomenti a favore di un modello deontico (moderato) e la necessità di un criterio regolativo.....	198
2.2. La «discrezionalità» del giudizio sulla tipicità del fatto .....	205
2.3. La funzione vagamente descrittiva della nozione di «imperizia».....	213
2.4. La prevedibilità del «tipo di evento».....	217
2.5. Il paradigma «paranoide». Un limite invalicabile.....	222
3. La distinzione fra regole cautelari «tipiche» (predeterminate) e aspettative di diligenza «atipiche» (definite in sede di giudizio)...	225
4. Basi per una pars construens. Verso la conferma dell'ipotesi.....	230

CAPITOLO SESTO  
 LA DIMENSIONE RELAZIONALE  
 DEL DOVERE DI DILIGENZA.  
 CONFERMA NORMATIVA DELL'IPOTESI

1. Il parametro di diligenza e la ricerca di un criterio regolativo del tipo colposo. Il principio di affidamento? .....	234
2. Il «principio di affidamento» nella teoria del reato colposo.....	236
2.1. Le origini del Vertrauensgrundsatz e il dibattito sul suo fondamento .....	236

	Pag.
2.2. <i>Fondamento e configurazione dogmatica dell'affidamento: fra «rischio consentito» (colpa) e «autoresponsabilità» (imputazione oggettiva dell'evento).....</i>	241
2.3. <i>Condizioni e limiti dell'affidamento legittimo.....</i>	247
2.3.1. <i>L'agire diligente.....</i>	248
2.3.2. <i>La riconoscibilità della condotta non diligente del terzo.....</i>	248
2.3.3. <i>La posizione di garanzia.....</i>	251
3. <i>L'operatività dell'affidamento quale criterio di delimitazione della responsabilità colposa relazionale. Excursus comparatistico.....</i>	253
3.1. <i>La circolazione stradale: tra «culpa in re ipsa» (versari in re illicita) e colpa in concreto.....</i>	253
3.1.1. <i>Il recepimento del principio de confianza nella giurisprudenza spagnola.....</i>	253
3.1.2. <i>L'adeguamento della giurisprudenza italiana di legittimità.....</i>	257
3.1.3. <i>Esclusione o riduzione del grado della colpa?.....</i>	261
3.2. <i>L'attività medica di équipe.....</i>	263
3.2.1. <i>Tensioni fra legittimo affidamento e obblighi di controllo reciproco.....</i>	263
3.2.2. <i>Relazioni orizzontali (o paritarie).....</i>	265
3.2.3. <i>Relazioni gerarchiche.....</i>	268
3.2.4. <i>Valutazioni su affidamento e colpa nel settore medico-chirurgico.....</i>	272
3.3. <i>La sicurezza nei luoghi di lavoro.....</i>	275
3.3.1. <i>Il contributo della vittima e l'imputazione dell'evento al datore di lavoro.....</i>	275
3.3.2. <i>L'esperienza italiana.....</i>	278
3.3.2.1. <i>La distribuzione del dovere generale di prevenzione nella disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.....</i>	278
3.3.2.2. <i>L'orientamento giurisprudenziale tradizionale: l'interruzione del nesso causale.....</i>	280

	Pag.
3.3.2.3. <i>Riconoscimenti della rilevanza del contributo della vittima: degradazione della colpa datoriale o legittimo affidamento?</i> .....	286
3.3.3. <i>L'esperienza spagnola</i> .....	290
3.3.3.1. <i>Il doppio binario sanzionatorio previsto dal codice penale spagnolo. Quale spazio di rilevanza per il contributo della vittima?</i> .....	290
3.3.3.2. <i>Il «concorso di colpe»: la diminuzione del grado della colpa del responsabile della sicurezza</i> .....	294
3.3.3.3. <i>«Principio di sfiducia» e «autoesposizione al pericolo» della vittima: l'interruzione del nesso di imputazione (obiettiva dell'evento)</i> .....	295
3.3.3.4. <i>La diligenza altrui come aspettativa legittima: spazio al principio di affidamento?</i> .....	300
3.3.4. <i>Sintesi comparatistica</i> .....	301
3.3.5. <i>Disvalore della condotta (ex ante) vs. imputazione oggettiva dell'evento (ex post): matrici dottrinali degli orientamenti giurisprudenziali tradizionalmente prevalenti</i> ..	302
3.3.5.1. <i>La prevedibilità dell'evento tra causalità e colpa</i> .....	302
3.3.5.2. <i>La «autoesposizione al pericolo» della vittima nella teoria della imputazione oggettiva dell'evento. Un criterio di giudizio valido in materia di responsabilità datoriale?</i> .....	304
3.3.5.3. <i>Conclusione particolare. La responsabilità del garante della sicurezza: fra doveri «primari» di formazione e informazione e dovere «secondario» e «relazionale» di vigilanza nei confronti del lavoratore</i> .....	310
4. <i>Conclusione generale. L'aspettativa di diligenza come limite normativo «tipico» della responsabilità colposa relazionale. Il dovere di diligenza «relazionale» come regola cautelare «atipica»</i> .....	315

CAPITOLO SETTIMO  
 ESIGIBILITÀ DELL'OSSERVANZA  
 E GRAVITÀ DELLA COLPA.  
 CRITERI DI GIUDIZIO

1. <i>La legittimità della colpa penale: fra legalità e colpevolezza.....</i>	321
2. <i>La colpa grave .....</i>	330
2.1. <i>Ipotesi: la funzione ricostruttiva e limitativa del criterio normativo di «gravità» come indice oggettivo di tipicità colposa del fatto lesivo .....</i>	330
2.2. <i>La gravità della colpa nella dottrina italiana: fra commisurazione della pena, giudizio di colpevolezza e teorie bidimensionali. La sentenza Cantore (2013).....</i>	331
2.3. <i>La funzione selettiva del grado della colpa sul piano dell'illecito: argomenti pro e contro .....</i>	337
2.4. <i>(segue) Critica alla dottrina della «doppia misura». Circostanze concomitanti e «inesigibilità oggettiva» della cautela tipica.....</i>	341
3. <i>Un criterio comparativo di gravità.....</i>	348
4. <i>La conoscenza doverosa .....</i>	350
4.1. <i>Premessa metodologica: la concretizzazione del dovere come esercizio di «co-produzione».....</i>	350
4.2. <i>(segue) Implicazioni sul piano della definizione della base conoscitiva predittiva: una ragionevole normativizzazione del rischio consentito.....</i>	355
5. <i>La concretizzazione del dovere: criteri di valutazione generali...</i>	357
5.1. <i>L'idoneità delle conoscenze disponibili a concretizzare il dovere di precauzione in un'aspettativa di diligenza «atipica» ..</i>	357
5.2. <i>La riconoscibilità dell'occasione di attivarsi come presupposto applicativo di una cautela «tipica» o di conoscenze fondanti un'aspettativa di diligenza «atipica» .....</i>	365
5.3. <i>La considerazione delle circostanze concomitanti e l'inesigibilità della regola cautelare «tipica».....</i>	366



	Pag.
5.4. <i>Colpa commissiva od omissiva. Regole cautelari «proprie» e «improprie»</i> .....	367
6. <i>Culpa senza actio libera in causa? Misura soggettiva come imputabilità colposa (spunti)</i> .....	374

CAPITOLO OTTAVO  
DEFINIZIONE, APPLICABILITÀ E UTILITÀ  
DEL MODELLO.

CONCLUSIONI E SINTESI

1. <i>La categoria definita nel corso dell'indagine</i> .....	385
1.1. <i>Fondamento normologico e differenze rispetto ad altri modelli</i> .....	385
1.2. <i>Agire illecito secondo un giudizio ex ante. Sintesi</i> .....	392
2. <i>L'adozione del modello proposto</i> .....	395
2.1. <i>Come modello interpretativo-applicativo (de iure condito)</i> .....	395
2.2. <i>Come modello positivo (de iure condendo)</i> .....	397
3. <i>La funzione della colpa, oggi</i> .....	403
3.1. <i>Standardizzazione e automazione dei processi decisionali..</i>	403
3.2. <i>Autonomia, prudenza, responsabilità. Aspirando all'equilibrio</i> .....	410
4. (segue e chiude) <i>Giudizio di colpa e Iuris-prudentia</i> .....	415
BIBLIOGRAFIA .....	417



## TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

Acta Philosophica	<i>Acta Phil.</i>
American Economic Review	<i>AER</i>
American Journal of Industrial Medicine	<i>Am. J. Ind. Med.</i>
Anuales de la Universidad de Valencia	<i>AUV</i>
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales	<i>ADPCP</i>
Archivio penale	<i>Arch. pen.</i>
Azafea. Revista de Filosofía	<i>Azafea. Rev. filos.</i>
BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto	<i>BLJ</i>
Cahiers de droit (Le)	<i>Cah. droit</i>
Cassazione penale	<i>Cass. pen.</i>
Columbia Law Review	<i>CLR</i>
Critical Inquiry	<i>Critic. Inq.</i>
Cuadernos de derecho judicial	<i>Cuad. Der. Jud.</i>
Cuadernos de Política Criminal	<i>Cuad. Polít. Crim.</i>
Current Behavioral Neuroscience Reports	<i>Curr. Behav. Neurosci. Rep.</i>
Derecho y salud	<i>DS</i>
Digesto delle discipline penalistiche	<i>Dig. disc. pen.</i>
Digesto penale	<i>Dig. pen.</i>
Diritto & Questioni pubbliche	<i>D&amp;Q</i>
Diritto Penale e Processo	<i>Dir. pen. proc.</i>
Diritto Penale Contemporaneo	<i>Dir. pen. cont.</i>
Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale	<i>Dir. pen. cont. – Riv. trim.</i>
Diritto Penale e Uomo	<i>Dir. pen. uomo</i>
Diritto Penale XXI Secolo	<i>Dir. pen. XXI sec.</i>
Diritto Pubblico	<i>Dir. pubbl.</i>
Dizionario di diritto pubblico	<i>Diz. dir. pubbl.</i>
Enciclopedia del diritto	<i>Enc. Dir.</i>
Enciclopedia de Bioderecho y Bioética	<i>Enc. Biod. Bioét.</i>
Environmental Research	<i>Environ. Res.</i>
Estudios de Derecho Judicial	<i>EDJ</i>
Estudios penales y criminológicos	<i>EPC</i>
Ethics	<i>Ethics</i>
Etica & Politica – Ethics & Politics	<i>Etica &amp; Pol.</i>

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

European Journal of Risk Regulation	<i>EJRR</i>
Giurisprudenza Italiana	<i>Giur. it.</i>
Giurisprudenza Penale	<i>Giur. pen.</i>
Giustizia Penale (La)	<i>Giust. pen.</i>
Harvard Health Policy Review	<i>HHPR</i>
Indice Penale (L')	<i>Indice pen.</i>
InDret. Revista para el Análisis del Derecho	<i>InDret</i>
Iowa Law Review	<i>Iowa Law Rev.</i>
Journal of Analytical Psychology	<i>JAP</i>
Journal of Economic Perspectives (The)	<i>JEP</i>
Journal of Philosophy (The)	<i>J. Philos.</i>
Jueces para la Democracia	<i>JPD</i>
Juristen Zeitung	<i>JZ</i>
Juristische Arbeitsblätter	<i>JA</i>
Juristische Schulung	<i>JuS</i>
Juristische Wochenschrift	<i>JW</i>
Juristische Zeitgeschichte	<i>JZG</i>
Jus. Rivista di scienze giuridiche	<i>Jus</i>
Kritische Justiz	<i>KJ</i>
Law and Philosophy	<i>Law Philos.</i>
Legislazione Penale (La)	<i>L.P.</i>
Massimario della Giurisprudenza del Lavoro	<i>Mass. Giur. lav.</i>
Michigan State Law Review	<i>Mich. State Law Rev.</i>
Minds and Machines	<i>Minds &amp; Mach.</i>
North Carolina Journal of Law & Technology (The)	<i>NC JOLT</i>
Noûs	<i>Noûs</i>
Nuova Europa (La)	<i>Nuova Europa</i>
Österreichische Zeitschrift für Strafrecht	<i>ÖZStR</i>
Oxford Journal of Legal Studies	<i>Ox. J. Leg. Stud.</i>
Parola alla difesa	<i>Parola alla difesa</i>
Penalista (II)	<i>Il Penalista</i>
Philosophical Review (The)	<i>Philos. Rev.</i>
Philosophical News	<i>Philos. News</i>
Philosophical Studies	<i>Philos. Stud.</i>
Philosophy Compass	<i>Phil. Comp.</i>
Philosophy of Science	<i>Philos. Sci.</i>
Poder Judicial	<i>PJ</i>
Política Criminal – Criminal Policy	<i>Pol. Crim.</i>

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

Politica del diritto	<i>Politica dir.</i>
Politiche sanitarie	<i>Pol. san.</i>
Psychology & Sexuality	<i>Psychol. &amp; Sex.</i>
Psychology, Public Policy, and Law	<i>Psychol. Public Pol. L.</i>
Quaderni del Centro Studi per la Filosofia Mitteleuropea	<i>QCSFM</i>
Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno	<i>Quad. fior. st. pens. giur. mod.</i>
Revista Chilena de Derecho	<i>RCHD</i>
Revista de Ciencias Penales	<i>Rev. cien. penales</i>
Revista de Derecho Penal y Criminología	<i>RDPC</i>
Revista de Derecho Social	<i>RDS</i>
Revista de Derecho y Genoma Humano – Law and the Human Genome Review	<i>RDGH</i>
Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología	<i>RECPC</i>
Revista Jurídica de Castilla y León	<i>Rev. juríd. Castilla León</i>
Revista jurídica. Universidad Autónoma de Madrid	<i>RJUAM</i>
Revista penal	<i>Rev. pen.</i>
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé	<i>RSC</i>
Rivista di Psichiatria	<i>Riv. Psichiatr.</i>
Rivista Giuridica della Circolazione e dei Tra- sporti	<i>Riv. giur. circ. trasp.</i>
Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto	<i>RIFD</i>
Rivista Italiana di Diritto del Lavoro	<i>Riv. it. dir. lav.</i>
Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale	<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>
Rivista Italiana di Medicina Legale	<i>Riv. it. med. leg.</i>
Rivista Penale	<i>Riv. pen.</i>
Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile	<i>Riv. trim. dir. e proc. civ.</i>
Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia	<i>Riv. trim. dir. pen. econ.</i>
Routledge Encyclopedia of Philosophy Science	<i>Rout. Enc. Phil. Science</i>
Sistema Penale	<i>Sist. Pen.</i>
South Carolina Law Review	<i>S.C.L.Rev.</i>
Stanford Encyclopedia of Philosophy (The)	<i>Stan. Enc. Phil.</i>
Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed	<i>Studi Urbinati</i>

TAVOLA DELLE ABBREVIAZIONI

economiche. Nuova serie A	
Temì	<i>Temì</i>
Tópicos	<i>Tópicos</i>
Tort Trial & Insurance Practice Law Journal	<i>Tort Trial Insur. Pract. Law J.</i>
Villanova Law Review	<i>Villanova Law Rev.</i>
University of Pennsylvania Law Review	<i>Univ. Pa. Law Rev.</i>
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft	<i>ZgS</i>
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	<i>ZStW</i>
Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik	<i>ZIS</i>

## PARTE PRIMA





## CAPITOLO PRIMO

# SULL'ATTUALITÀ DELLA COLPA PENALE

### SPUNTI E PROSPETTIVE D'INDAGINE

SOMMARIO: 1. *L'espansione della colpa penale fra vincoli di realtà e «discrezionalità» giudiziale.* 2. *Diretrici d'indagine.* 2.1. *L'indeterminatezza del criterio d'imputazione ex ante: la tensione fra individual-garantismo e solidarietà deontico.* 2.2. *Il ruolo della conoscenza nella costruzione della categoria: la crisi del «modello nomologico».* 2.3. *La normativizzazione della categoria: tensioni fra momento generalizzante e individualizzante del giudizio d'attribuzione.* 3. *Proposito e delimitazione del campo d'indagine.*

#### *1. L'espansione della colpa penale fra vincoli di realtà e «discrezionalità» giudiziale*

La discussione in materia di colpa, nel diritto penale, appare frammentata. Salvo alcune notevoli eccezioni<sup>1</sup>, nella letteratura attuale si tende a prediligere lo studio di ambiti o settori particolari di responsabilità. Negli ultimi vent'anni, in particolare, essa è apparsa concentrata (i) sull'incidenza del c.d. principio di precauzione (Capitolo 3, § 2.4)<sup>2</sup>, specie a proposito dei processi in materia di malattie professionali giunti in sede di legittimità dalla metà degli anni 2000 (Capitolo 4, § 2), e (ii) sul problema della c.d. medicina difensiva, affrontato per ben due

---

<sup>1</sup> Come la monografia di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, ancora di carattere generale.

<sup>2</sup> Tra i primi contributi in cui ci si pone il problema della rilevanza penale del c.d. principio di precauzione, B. PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, in *Cah. droit*, 43, 1, 2002, p. 63 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, in ID. (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, p. 385 ss.

volte fra il 2012 e il 2017 dal nostro legislatore, ma in maniera affatto risolutiva (Capitolo 4, § 1.3).

Lo sviluppo del diritto vivente relativo a entrambi i settori mostra una tendenza messa in luce, invero, sin dalla metà del secolo scorso: la progressiva espansione della responsabilità colposa e, più in generale, la crescente giudiziariaizzazione della vita di relazione<sup>3</sup>. La casistica più rappresentativa è nota: incidenti stradali, eventi avversi a seguito di trattamenti medici o percorsi terapeutici fallimentari, infortuni sul lavoro, malattie professionali, disastri tecnologici e ambientali (Capitolo 4).

Sul piano teorico, paradigmi nuovi e risolutivi, o quantomeno oggetto di ampio consenso, stentano ad imporsi (Capitolo 3): le recenti riforme incontrano numerose difficoltà applicative e ben noti cavalli di battaglia della dottrina, come, ad esempio, la opportunità di de-oggettivizzare il giudizio di colpa e la necessità di riconoscere al c.d. principio di affidamento un ragionevole spazio di applicazione (Capitolo 6), vengono recepiti solo parzialmente o in maniera ondivaga da parte della giurisprudenza.

Sullo sfondo, la concezione della colpa come un *quid* normativo, pur accolta dalla dottrina continentale già dai primi decenni del secolo scorso (Capitolo 2, § 2), resta oggetto di discussione (Capitolo 3, § 3). D'altronde, in Italia, la rubrica del vigente art. 43 c.p. si riferisce all'elemento «psicologico» del reato, e l'art. 61 n. 3 prevede un aggravamento della pena nel caso in cui chi versi in colpa abbia «(...) agito nonostante la previsione dell'evento»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Tendenza osservata già da A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958, p. 10, 105 ss.; H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, p. 5 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 1, 2, nt. 10; ID., *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 105; R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Salamanca, 1975, p. 9; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 2 ss.

<sup>4</sup> Denunciava un diffuso «mescolamento del piano della causalità con quello della colpa» nella giurisprudenza di legittimità, G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, p. 8-9.

Ciò nonostante, come vedremo (Capitolo 2, § 2), proprio il dettato dell'art. 43 c.p.<sup>5</sup> consentì anche alla nostra dottrina di accogliere una concezione normativa della colpa, chiarendo che l'attribuzione di responsabilità per un fatto accaduto è il risultato, non già dell'accertamento di un *deficit* di volontà o di attenzione, bensì di una valutazione «discrezionale» basata su criteri normativi.

Come avremo modo di vedere, detta «discrezionalità» riflette il medesimo «margine valutativo» insito in qualunque opera di sussunzione/concretizzazione richiesta dagli «elementi normativi» della fattispecie, ivi compresi, quindi, quelli indicati dall'art. 43 c.p., secondo il quale il reato è da ritenersi colposo quando l'evento, non voluto dall'agente, «(...) si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline». Il giudizio *in questo senso* «discrezionale», che consente di qualificare la condotta *lesiva* come altresì *colposa*, dovrà pertanto essere «disciplinato» da criteri di giudizio *generalizzabili* che rendano il contenuto concreto della norma – e, quindi, del confine fra agire lecito e illecito – suscettibile di *prevedibilità* (*infra*, spec. Capitolo 7, § 1, e Capitolo 8, §§ 2.1, 4)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Su questa disposizione, con chiarezza e per altri riferimenti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 104 ss.; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 9 ss.

<sup>6</sup> Questa accezione del termine, invero già piuttosto diffusa in dottrina, non va però confusa con il concetto di «discrezionalità» *in senso stretto*, tipicamente riferibile agli artt. 132, co. 1, e 133 c.p., attraverso i quali il legislatore chiede al giudice di applicare la pena «discrezionalmente», proseguendo idealmente la sua opera, e di indicare «i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale». In argomento, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 73 ss.; anche per altri riferimenti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019 (8ª ed.), p. 797 ss. Come puntualizza A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 680 ss., la differenza fra i due concetti – discrezionalità come «mera sussunzione» (riferibile agli elementi normativi della fattispecie penale in quanto suscettibili di predeterminazione) e discrezionalità in senso stretto – potrebbe cogliersi: (a) in base alla contrapposizione (invero non pacifica, e contestata da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 202, «se è vero che discrezionalità significa rinuncia a fissare significati astratti») fra casi di «discrezionalità nella determinazione del tipo di fatto» (c.d. *Tatbestandsersessen*) e «discrezionalità nella determinazione delle conseguenze giuridiche»

Pertanto, un intervento medico inefficace, un incidente stradale, un infortunio sul lavoro, ecc., sono *fatti lesivi* che possono essere qualificati come *illeciti colposi* nella misura in cui sia possibile (legittimo e ragionevole) ricorrere a parametri di attribuzione idonei a giustificare razionalmente la loro riconduzione alla citata previsione normativa. Una conclusione che, proprio in quanto risultato dell'applicazione di criteri normativi, si forma – fatto salvo quanto osservato poc'anzi – «nella testa di chi giudica»<sup>7</sup>.

Di fronte all'espansione della responsabilità colposa, si riflette poi sulla relazione fra la colpa penale, intesa come giudizio di colpevolezza per il fatto lesivo, e le occasioni o condizioni circostanziali che favoriscono la sua emersione del diritto vivente. In questo senso, anche nella letteratura penalistica si ricorre frequentemente al concetto sociologico di *Risikogesellschaft*<sup>8</sup>, volendo con ciò rappresentare una crescente preoccupazione per la sicurezza e la discussa opportunità di predisporre nuove (legittime?) strategie preventive/repressive di contenimento<sup>9</sup>.

---

(c.d. *Rechtsfolgenmessen*); (b) nonché, anche a mio giudizio con maggior precisione, sul piano dell'esito della rispettiva valutazione giudiziale: (i) nei termini dell'*aut-aut* (*entweder-oder*), nel primo caso (infatti, nel nostro caso, la colpa penale c'è o non c'è, ai fini dell'*an* della responsabilità); (ii) in termini di una graduazione «plausibile», cioè una valutazione aperta a «un più ampio ventaglio di soluzioni, spaziando di fatto lungo tutto l'arco di alternative offerte da ogni singola misura di pena formalmente ricompresa all'interno della cornice edittale legislativamente prevista», nel secondo. Sul rapporto fra elementi normativi, valutazione/concretizzazione giudiziale del loro contenuto e principio di determinatezza, v. inoltre, anche per ulteriori riferimenti, S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, p. 251 ss., spec. 255 ss.

<sup>7</sup> Con questa espressione mi riferisco implicitamente a quel mutamento di prospettiva che, oltre a caratterizzare il passaggio dalla concezione psicologica a quella normativa della colpevolezza, consentì di cogliere l'elemento normativo sotteso alla colpa (si renderà esplicito nel Capitolo 2, § 1.1).

<sup>8</sup> Espressione coniata, come noto, da U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986, p. 25 ss.

<sup>9</sup> In argomento, si veda anzitutto F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990; nonché, fra gli altri, oltre ai contributi che verranno citati nel corso dell'indagine, C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005; E.A. DONNA, *La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto*, in *Estudios penales en*

Occorrerà però distinguere fra fattori che favoriscono l'aumento di «eventi avversi» in determinati settori della vita di relazione, da una parte, e fattori che condizionano la loro qualificazione giuridica come illeciti colposi, portando alla imputazione di responsabilità in sede di giudizio, dall'altra. Fatto e diritto. Fatto lesivo e condotta colposa.

Per un verso, quindi, si tratta di considerare la rilevanza di variabili circostanziali quali, ad esempio, la tipologia di relazioni (anonime, verticali, diacroniche, ecc.) che possono caratterizzare lo svolgimento di certe attività intrinsecamente rischiose, consentite in ragione della loro utilità sociale (da qui, come noto, l'elaborazione del concetto di «rischio consentito»). Per quanto concerne invece la valutazione del *fatto* come *illicito*, all'esame delle ragioni dogmatiche bisognerà affiancare la considerazione dei motivi pre-giuridici (quali, ad esempio, i bisogni sociali di protezione e retribuzione, o l'incidenza di determinate premesse epistemologiche assunte dall'interprete e dal costruttore di teorie) che possono favorire l'emersione di orientamenti idonei ad espandere l'intervento punitivo (Capitoli 3, 4 e 6).

## 2. Diretrici d'indagine

Con queste prime, brevissime osservazioni avremmo già raggiunto il cuore del problema da cui prende le mosse questo studio: come definire l'aspettativa normativa su cui si basa il giudizio di colpa (intesa quale violazione, con esiti dannosi, dell'aspettativa stessa) e il rapporto fra categoria concettuale, giudizio (discrezionalità giudiziale) e «vincoli di realtà»<sup>10</sup>. Prima di procedere oltre, però, occorre tracciare i limiti della nostra indagine, a partire dall'indicazione delle specifiche questioni che mi propongo di affrontare.

---

*homenaje a Enrique Gimbernat*, I, Madrid, 2008, p. 863. Sul rapporto antitetico fra il «diritto penale della prevenzione» e il c.d. «diritto penale del rischio», indicato come fronte espansionista del diritto penale contemporaneo, v. inoltre J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2011 (3ª ed.), p. 13 ss., 165 ss.

<sup>10</sup> D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, I, p. 851 ss.

### 2.1. L'indeterminatezza del criterio d'imputazione ex ante: la tensione fra individual-garantismo e solidarismo deontico

Il baricentro di questo studio è il dovere di diligenza. Esso verrà studiato *in astratto*, come elemento normativo inserito nelle costruzioni dogmatiche dell'illecito colposo, e *in concreto*, affrontando le questioni emergenti dall'esperienza applicativa, proponendo criteri in grado di definirne il contenuto in sede di giudizio.

Le ragioni della tendenza generale già evidenziata (§ 1) sono molteplici. Nel corso dello studio, cercheremo di indicarne alcune, specie quando introdurremo l'esame delle recenti riforme in materia di colpa medica, inquadrandole nella strategia di contrasto al fenomeno della c.d. «medicina difensiva» (Capitolo 4, § 1). Allora capiremo perché l'indeterminatezza del criterio di giudizio sotteso alla concretizzazione del dovere consente alla «precomprensione» dell'interprete (in cui possono confluire allarme sociale, istanze riparatorie, scientismo, il ruolo o la funzione intuitivamente assegnata a determinate classi professionali, ecc.)<sup>11</sup> di essere decisiva in sede di risoluzione, portando i tribunali a fissare *in itinere* (*ex post facto*, in sentenza) parametri di diligenza più o meno elevati<sup>12</sup>.

Intorno a questo aspetto – in particolare, all'influenza (legittima?) della discrezionalità valutativa in sede di definizione del fatto come illecito – si sviluppa, non a caso, il dibattito che contrappone costruzioni deontiche e solidaristiche, da una parte, e proposte tendenzialmente più garantiste e di tipo «prasseologico», dall'altra (Capitolo 3, §§ 2.1 e 2.2). Questa discussione ha dato parzialmente i suoi frutti (lo vedremo in particolare quando porremo le basi della *pars construens*: Capitolo 5, § 2.1), ma non tutti i nodi sono sciolti. Le recenti riforme in materia di

---

<sup>11</sup> Il concetto di «precomprensione» si riferisce all'influenza determinante esercitata sulla discrezionalità giudiziale da una serie di «fattori contestuali di carattere extra-testuale, come ad esempio il contesto politico-culturale, preoccupazioni di politica giudiziaria (...), la cultura, la ideologia e la sensibilità del giudice»: G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, nt. 81.

<sup>12</sup> Si tratterà quindi di valutarne le «condizioni di legittimità»: D. CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Etica & Pol.*, VIII, 2006, 1, p. 3 ss. e *passim*.

colpa medica (Capitolo 4, § 1.3) riflettono infatti il tentativo ancora incompiuto di trovare soluzioni di compromesso fra esigenze garantistiche, che portano alcuni autori a limitare il rimprovero per colpa all'inosservanza di regole modali pre-determinate, e l'opportunità di mantenere margini ragionevoli di responsabilità di fronte a ipotesi di «colpa grave», ancorché caratterizzate dall'inosservanza di aspettative di diligenza definite come tali per la prima volta dal giudice.

## 2.2. *Il ruolo della conoscenza nella costruzione della categoria: la crisi del «modello nomologico»*

La questione della indeterminatezza della colpa è strettamente legata, sul piano epistemologico, a quella relativa alla discussa rilevanza del «principio di precauzione» in questa materia. La possibilità di ricostruire la categoria e di svolgere il giudizio di imputazione sulla base di quel principio, infatti, emerge quando iniziano a mostrare evidenti segni di cedimento le basi strutturali del modello ricostruttivo novecentesco.

La dottrina penalistica del secolo scorso elevò a modello dogmatico di riferimento il c.d. «modello nomologico», affidando all'idea rassicurante di «legge scientifica» il compito di conferire solidità e determinatezza al fatto colposo (Capitolo 2, § 1.3). Detto modello naturalistico-normativo consiste essenzialmente in questo: (1) *l'accertamento del rapporto di causalità fra azione ed evento*, assunto il paradigma sostanziale condizionalistico, avviene secondo il metodo della «sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura»<sup>13</sup>, cioè norme di correlazione enunciate su base empirica per spiegare le connessioni causali fra categorie di eventi nel mondo fenomenico (c.d. causalità generale); (2) *il giudizio di prevedibilità dell'evento*, funzionale alla concretizzazione del dovere di diligenza, viene svolto attribuendo al parametro normativo di riferimento (*homo eiusdem conditionis et professionis*) le cognizioni nomologiche ritenute oggettivamente pretendibili al momento della condotta.

---

<sup>13</sup> Per la sua adozione nel diritto penale, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000 (2<sup>a</sup> ed.), p. 67 ss.

Sul piano della colpa, la valutazione in ordine alla riconoscibilità degli elementi fattuali circostanziali (*Anlass*) idonei a rendere *ex ante* prevedibile il verificarsi di un evento dovrebbe quindi poggiarsi sulle medesime conoscenze che, *ex post*, danno «copertura» all'accertamento dell'accadimento medesimo<sup>14</sup>.

Senonché, questo modello è entrato in crisi<sup>15</sup>.

Il primo versante di questa crisi ha riguardato il metodo esplicativo nomologico-deduttivo del rapporto di causalità<sup>16</sup>. Ritenuto da autorevoli esponenti della dottrina penalistica il solo il grado di assicurare la certezza dell'accertamento<sup>17</sup>, questo schema inferenziale è stato finalmente superato (in Italia, dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite *Franzese*, nel 2002) in favore del *metodo abduttivo* (Capitolo 4, § 2.3.1).

Il superamento dello schema nomologico-deduttivo segnò la *fine di un dibattito*: quello sull'utilizzabilità delle generalizzazioni (o «leggi»)

---

<sup>14</sup> Questa impostazione «nomologica» è particolarmente evidente nell'indagine di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 208 ss. e *passim*; più di recente, G.P. ACCINNI, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 49, 2006, p. 928 ss.

<sup>15</sup> Nei termini che ho cercato di esporre in A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 3, 2014, p. 1371 ss., e che riprenderò brevemente in questa sede (per poi riflettere con maggior attenzione su alcuni aspetti specifici del problema nel prosieguo dell'indagine).

<sup>16</sup> Si tratta del modello di spiegazione proposto da C.G. HEMPEL, P. OPPENHEIM, *Studies in the Logic of Explanation*, in *Philos. Sci.*, 15, 2, 1948, p. 135 ss.; K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1970, p. 44 ss., dove si descrive il metodo nomologico-deduttivo basato su «leggi universali di natura». Su tali concezioni, G.H. WRIGHT, *Spiegazione e comprensione*, Bologna, 1977, p. 29, puntualizza che si tratta di mere varianti della teoria della spiegazione esposta dai classici del positivismo, a partire da *John Stuart Mill*.

<sup>17</sup> Sull'adottabilità del modello popperiano-hempeliano di spiegazione fondato sul riconoscimento di regolarità corrispondenti a leggi di natura, M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999, p. 68 ss., 74 ss., 78 ss., 91 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002 (2<sup>a</sup> ed.), p. 60 ss.



probabilistiche<sup>18</sup>. Infatti, è ormai chiaro a tutti che qualunque generalizzazione scientifica, sia essa universale o probabilistica, può fare da premessa al ragionamento inferenziale dando così «copertura» all'ipotesi accusatoria<sup>19</sup>. Il problema causale si gioca quindi sul piano *logico e particolare* dell'esclusione delle spiegazioni alternative, non (solo) su quello *epistemologico e generale* dell'enunciato scientifico di copertura.

Ciò nonostante, uno dei problemi del metodo esplicativo in parola resta quello di distinguere fra generalizzazioni dotate di uno statuto di «scientificità» adeguato, da una parte, ed enunciati inservibili allo scopo, dall'altra (Capitolo 4, § 2.3.1). E il nesso problematico con la colpa si coglie proprio quando ci si chiede se l'enunciato nomologico esplicativo impiegato *ex post* per dimostrare il nesso di causalità fra azione ed evento godesse, *al momento della condotta*, di un *grado di consenso/ricoscimento* tale da giustificare, nuovamente *ex post*, un giudizio affermativo in ordine alla prevedibilità dell'evento.

Si può essere ritenuti penalmente responsabili per eventi lesivi provocati in condizioni di incertezza scientifica circa il carattere potenzialmente lesivo dell'azione realizzata?

---

<sup>18</sup> Negata da una corrente dottrinale seguita da alcune sentenze di legittimità dei primi anni duemila: ad es., Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 2139, Est. Battisti, con commento adesivo di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277, 289, p. 293 ss.; F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, 2406. La tesi, logicamente erronea e definitivamente superata, nonché basata su di un concetto equivoco di «probabilità logica», faceva capo a F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 333 ss.

<sup>19</sup> Giustamente, sulla utilizzabilità di «leggi scientifiche» aventi coefficiente statistico medio-basso, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 42, 1999, p. 32, 48 ss., 73; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 45, 2002, p. 634, 648 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, in C.M. ROMEO CASABONA, F.G. SÁNCHEZ LÁZARO (a cura di), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, 2010, p. 117, 123 ss.

L'idea dominante fra i penalisti è quella secondo cui, benché «i pericoli ai quali siamo esposti appartengano a un secolo diverso da quello a cui appartengono le promesse di sicurezza che cercano di dominarli»<sup>20</sup>, le istanze di tutela emergenti dalle c.d. nuove fonti di rischio – prevalentemente di matrice tecnologica – non possono da sole legittimare una revisione delle categorie dogmatiche tradizionali<sup>21</sup>. Una conclusione in sé plausibile, sostenuta dalle esigenze di garanzia tipiche del diritto penale, che non impedisce però di mettere in discussione l'adeguatezza del repertorio concettuale utilizzato fino ad oggi<sup>22</sup>. Da lì, la cennata polemica intorno alla sostenuta (da pochi) applicabilità del c.d. «principio di precauzione» al giudizio di colpa; applicabilità che porterebbe, almeno in taluni casi, a rispondere in modo affermativo a quella domanda (Capitolo 3, § 2.4).

In questo senso, l'ipotesi che avremo modo di considerare è che talune soluzioni «precauzioniste», per lo più tacciate di illiberalità, siano un *sintomo* più che una *causa* della suddetta crisi. Esse affrontano un problema ad esse preesistente, cioè l'assunzione di una dicotomia, quella fra *legge scientifica* e *mera congettura*, difficile da sostenere sul piano del linguaggio scientifico, ancor prima che giuridico (Capitolo 7, §§ 4 e 5).

Del resto, la crisi del modello manualistico, basato, anche in punto di colpa, sul sostegno naturalistico-predittivo delle «leggi scientifiche», si mostra chiaramente sul piano del diritto vivente. A partire dalla riflessione indotta dalle note vicende processuali in materia di malattie professionali (Capitolo 4, § 2), il problema che si pose fu il medesimo, cioè quello di stabilire «a partire da quando» determinate conoscenze

---

<sup>20</sup> U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari-Roma, 2011, p. 48-9.

<sup>21</sup> Così, ad esempio, L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 47, 2004, p. 71, 74.

<sup>22</sup> «Non di rado – ha scritto G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 521 – (...) il rischio che in forza delle aspettative generate dal progresso tecnico si era convinti di poter imbrigliare, rivela dolorosamente tutta la propria refrattarietà a lasciarsi addomesticare dalla scienza, restituendo legittimazione al “primordiale” atteggiamento di prudenza dettato da una meno analitica visione delle cose».

possano essere ritenute doverosamente possedute e adoperate a fini preventivi nello svolgimento di una determinata attività<sup>23</sup>.

### *2.3. La normativizzazione della categoria: tensioni fra momento generalizzante e individualizzante del giudizio d'attribuzione*

Il passaggio dalla concezione psicologica a quella normativa della *colpevolezza*, prima, e dalla concezione psicologica a quella normativa della *colpa*, poi, portarono a concepire quest'ultima in termini nettamente oggettivi (Capitolo 2). La misura di diligenza si determina sulla base di parametri generalizzanti (l'agente-modello), inducendo alcuni autori a rivendicare la necessità di maggiore spazio per la colpa in sede di *colpevolezza*, allo scopo di garantire un rimprovero *davvero personale* (Capitolo 2, § 2.6, e Capitolo 3, § 3).

Insieme alla necessità di stabilire criteri certi per determinare le regole cautelari e, in particolare, la base conoscitiva del giudizio di prevedibilità, quella di «personalizzare» il giudizio di colpa è la terza linea argomentativa rilevante nella letteratura degli ultimi anni. Essa si lega però, come vedremo, a questioni teoriche di fondo, essenzialmente legate alla definizione del principio di *colpevolezza* e ai limiti che esso sarebbe in grado di imporre all'imputazione penale.

Quale «colpa» è compatibile con detto principio? Una colpa solo normativa (incosciente) lo è? O ha ragione chi sostiene l'opportunità di escludere l'intervento penale in tali casi, al fine di evitare di ricadere in ipotesi di responsabilità oggettiva?

Dietro l'angolo, si intravede il pericolo di un corto circuito argomentativo: quello di sostenere la illegittimità di una certa forma di colpa in quanto contraria al principio di *colpevolezza* (Capitolo 3, § 3.2), definendo il principio di *colpevolezza* in base all'esigenza minima di colpa.

Si prospettano allora due cammini: (i) associare la personalità del rimprovero a un coefficiente minimo di partecipazione psicologica

---

<sup>23</sup> Problema affrontato in maniera esplicita da G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 ss., sul quale torneremo in seguito (Capitolo 7, § 4).

(Capitolo 3, § 3.2); (ii) o valutare normativamente l'esigibilità soggettiva della condotta alternativa lecita (Capitolo 3, § 3.4).

La seconda via, maggiormente percorsa dalla nostra dottrina, porta però a domandarsi se tale soluzione, concretizzandosi in una soggettivazione ancora normativa (*in qualche misura* generalizzante) del giudizio, trovi basi concettuali solide e traducibili in criteri di giudizio coerenti con esse. Pare essersi generata, in effetti, una certa tendenza a confondere aspetti che sono e restano inevitabilmente oggettivi – come il principio di affidamento e il concetto di colpa grave – ma che nondimeno reclamano la concretizzazione del giudizio, con esigenze personalizzanti ispirate dal principio di inesigibilità. Anche il richiamo a questo criterio dovrà essere chiarito (Capitolo 7, § 2.4).

### 3. *Proposito e delimitazione del campo d'indagine*

Dunque: a quali condizioni una condotta che offende o che non impedisce la lesione di beni giuridici fondamentali, quali la vita e l'integrità fisica della persona, può dirsi non soltanto dannosa ma altresì colposa per il diritto penale?

Questo studio prende le mosse da una questione, come si vede, di enorme portata. Essa induce ad interrogarsi sui caratteri delle categorie concettuali afferenti al fatto-tipico colposo e, in particolare, sul metodo di concretizzazione del dovere di diligenza (che di tale elemento costituisce il cuore normativo), nonché sui criteri di giudizio in base ai quali esso può ritenersi inosservato.

Limiteremo tuttavia il nostro ambito di riflessione alle sole ipotesi di colpa nei delitti contro la persona, posto che in tali casi la qualità dei beni giuridici in gioco risulta rilevante in sede di definizione del criterio di imputazione (spec. Capitolo 7, § 4). Non ci occuperemo quindi di colpa *in generale*, ma della *colpa penale* idonea a consentire l'ascrizione dei reati di evento che offendono la vita e l'incolumità individuale.

Non approfondiremo, se non nella misura necessaria per ragioni di completezza argomentativa, altri elementi afferenti al fatto-tipico colposo: il nesso di causalità, inteso quale primo livello di imputazione dell'evento lesivo, e la c.d. «causalità della colpa» (denominazione in-

dotta, come noto, dal testo dell'art. 43 c.p.), facente riferimento ai criteri di imputazione normativa dell'evento alla condotta inosservante (come si chiarirà comunque nel Capitolo 2, § 2). Nondimeno, la ricerca condurrà a considerare la struttura dell'inferenza causale (Capitolo 4, § 2.3.1), a chiarire il metodo per distinguere condotte commissive ed omissive (Capitolo 7, § 5.4), nonché ad un *excursus* comparatistico dedicato al contributo colposo della vittima, aspetto a cavallo fra il giudizio di illiceità *ex ante* e quello ascrittivo *ex post* (Capitolo 6, § 3.3).

Inizieremo la nostra indagine a partire da una breve retrospettiva (Capitolo 2), allo scopo di fissare le premesse concettuali e terminologiche necessarie alla prosecuzione del discorso incentrato sul dovere di diligenza (Capitolo 3).

Lo studio si concentrerà poi sul profilo specifico riguardante la *colposa ignoranza*, che induce a interrogarsi sulla giustificazione concettuale della colpa incosciente e sulla definizione del bagaglio di conoscenze imputabili al parametro normativo di riferimento, funzionale alla definizione della aspettativa di diligenza (Capitolo 7). Non saranno poste pertanto al centro delle nostre riflessioni le ipotesi di *errore esecutivo* – concetto emerso soprattutto in seguito alle recenti riforme in materia di colpa medica (Capitolo 4, § 1.3) –, se non allo scopo di sostenere la relatività della nozione di «imperizia» (Capitolo 5, § 2.3).

Il *dovere di conoscenza* segna il limite della libertà di svolgere attività generalmente rischiose, ma socialmente utili, allo scopo di non arrecare danno ad altri. Specularmente, esso segna il limite della *colpa*, intesa come inosservanza lesiva di un'aspettativa di condotta suggerita da una certa idea di *prudenza* (idea che proverò a definire alla fine dello studio: Capitolo 8, § 3.2). È in questa direzione, quella di una rinnovata riflessione sui limiti della autonomia e sul senso del principio di responsabilità individuale nella vita di relazione, che ci si muoverà nelle pagine del presente lavoro.



## CAPITOLO SECONDO

# LA STRUTTURA DELL'ILLECITO COLPOSO

## RETROSPETTIVA DOGMATICA

SOMMARIO: 1. *L'illecito colposo nella teoria del reato fra Otto e Novecento*. 1.1. *La colpa come specie e come forma di colpevolezza: dalla relazione psichico-causale con il fatto materiale alla inosservanza del dovere di diligenza*. 1.2. *La teoria finalista e il disvalore della condotta*. 1.3. *La crisi del dogma causale e la normativizzazione del fatto tipico*. Ovvero: *l'emersione del «modello nomologico» (e l'origine di due percorsi destinati a rincontrarsi)*. 2. *Costruzioni dell'illecito colposo nella dottrina contemporanea*. 2.1. *Verso il «nesso di antiggiuridicità» fra condotta ed evento*. 2.2. *Dall'adeguatezza come probabilità, alla diligenza come norma: l'aspettativa di prudenza e la misura del «rischio consentito»*. 2.3. *La fattispecie colposa*. 2.4. *Lo «scopo di protezione della norma»: fra teoria normativa della colpa e imputazione oggettiva dell'evento*. 2.5. *Il comportamento alternativo conforme a diligenza: aumento del rischio vs. evitabilità*. 2.6. *Misura oggettiva e misura soggettiva della colpa*. 3. *La struttura tripartita del fatto tipico nell'illecito colposo*. *Prime conclusioni e chiarimenti terminologici*.

### *1. L'illecito colposo nella teoria del reato fra Otto e Novecento*

#### *1.1. La colpa come specie e come forma di colpevolezza: dalla relazione psichico-causale con il fatto materiale alla inosservanza del dovere di diligenza*

La sede della colpa nella dottrina continentale del XIX secolo è l'elemento soggettivo del reato. Tale collocazione sistematica, quando autorevolmente sostenuta in letteratura anche in tempi più recenti<sup>1</sup>, re-

---

<sup>1</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 133 ss. Del pensiero di *Giorgio Marinucci*, quella del ritorno alla colpevolezza rappresenta l'ultima fase. Cfr. infatti G. MARINUCCI, *Il reato come «azio-*

sta quindi legata ad una concezione classica, pre-welzeliana, del fatto come elemento oggettivo della teoria generale: un fatto neutro, avalutativo, riflesso della dimensione materiale ed eventualmente lesiva della condotta<sup>2</sup>.

L'abbandono della concezione psicologica dell'elemento soggettivo fu espressione del profondo mutamento culturale maturato all'inizio del XX secolo, culminato nell'allontanamento dalle premesse volontaristiche sottese alla nozione hegeliana dell'agire umano come realizzazione della volontà<sup>3</sup> e nel superamento del positivismo naturalista, ossia della costruzione del reato basata sul principio di causalità. Entrambe le matrici culturali, basando qualunque forma di responsabilità penale sulla premessa dell'agire intenzionale, avevano identificato la colpa con un «difetto di volontà» o un «errore inescusabile»<sup>4</sup>. Quest'impostazione

ne», cit., p. 98 ss., 120-1, e, per la più recente adozione della sistematica classica (quella del maestro *Delitala*), Id., *La responsabilità colposa*, cit., p. 13 ss.

<sup>2</sup> «Il modello “classico” traeva ispirazione da un'istanza ideologica precisa: quella illuministico-liberale di affermare l'*esteriorità* del diritto e di sottrarre al suo sindacato l'*interiorità* dell'individuo ed il suo *modo di essere*. (...) L'ordine logico della tripartizione (...), muovendo dall'*oggettivo* verso il *soggettivo*, dal *fatto* alla *colpevolezza*, dalla conformità *esteriore* al tipo verso il contenuto *interiore* dell'azione – e non viceversa – rispecchia l'essenza laica dell'ordinamento giuridico»: così, G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107, p. 126-7.

<sup>3</sup> Per l'assunzione di quel concetto, G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, 1904. Sulla teoria hegeliana del reato e la sua incidenza nella teoria penalistica dell'azione, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003 (8ª ed.), p. 259 ss.; G. LICCI, *Modelli di diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, spec. p. 188 ss.

<sup>4</sup> Per alcune esaurienti retrospettive sulle teorie psicologiche della colpa, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 253 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 145 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, p. 35 ss.; B.J. FELÚO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona, 2001, p. 35 ss. Tuttavia, osserva D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 462 ss., come anche quelle risalenti concezioni (al pari di alcune più recenti riproposizioni) mostrassero in realtà



metodologica, come accadde più tardi al finalismo<sup>5</sup>, si scontrò però con l'impossibilità di intendere la colpa incosciente come nesso psicologico o come orientamento volontaristico reale. In questa aporia si scorge una delle spinte maggiori verso la graduale assunzione dell'idea normativa della colpevolezza nella cultura penalistica continentale<sup>6</sup>.

Più in generale, tale concezione trae origine dall'affrancamento del giudizio penale dalla mera considerazione della relazione causale (materiale e psichica) con l'azione e dall'esigenza pratica e metodologica di adottare una prospettiva capace di cogliere e valorizzare la relazione fra l'individuo e le norme. Questa presa di coscienza comportò un notevole ampliamento del concetto di «colpevolezza»: essa, non più intesa in rapporto di genere a specie rispetto al dolo e alla colpa, si tradusse in un giudizio riguardante, oltre la relazione psicologica attuale o potenziale con il fatto, anche la capacità di autodeterminazione del soggetto (imputabilità) e l'eventuale concorso di circostanze capaci di condizionarne o impedirne la conformazione alle regole del diritto (esigibilità, *Zumutbarkeit*)<sup>7</sup>. La colpevolezza giunse in questo modo a riflettere un giudizio di «rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della

---

una sostanza normativa (si trattava comunque, anzitutto, di osservare la mancata realizzazione di un comportamento dovuto).

<sup>5</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*, cit., p. 98 ss. Occorre tuttavia non confondere concezione psicologica «classica» e finalismo. Nella prima, dove la colpa è una forma di colpevolezza, la colpa cosciente s'identificava sostanzialmente con un dolo difettoso o con un dolo di pericolo; mentre quella incosciente veniva financo esclusa dal diritto penale perché incompatibile con le sue premesse volontaristiche (cfr. Capitolo 3, § 3.2, 3.3). Nel finalismo, invece, la costruzione del reato si basa su di una personalizzazione dell'illecito che assegna alla colpevolezza una sostanza normativa; e la definizione di «azione colposa» si fonda su un'idea, quella di finalità, concettualmente distinguibile da quella (giuridica) di dolo (*infra*, § 2.2).

<sup>6</sup> All'origine della sua crisi ci fu infatti l'impossibilità di riportare sotto un concetto di genere le sue specie di colpevolezza: sul punto, D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 646, p. 650. Nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8<sup>a</sup> ed.), cit., p. 336 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2011 (9<sup>a</sup> ed.), p. 535 ss.

<sup>7</sup> Cfr. J.A. SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»*, in *ADPCP*, 1960, 3, 419, p. 420 ss.; A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p. 25 ss.

volontà»<sup>8</sup>; una valutazione avente ad oggetto (anche, ma non solo) l'atteggiamento psicologico tenuto dall'autore.

Decisiva per l'assunzione del paradigma normativistico fu l'opera di Frank (1907)<sup>9</sup>. Quel contributo, «catalizzatore di una presa di coscienza già presente nella dottrina tedesca al momento del passaggio fra i due secoli», fu il «primo tentativo compiuto (...) di dare una sistemazione in senso normativo all'elemento della colpevolezza»<sup>10</sup>. L'importanza del pensiero di questo autore è legata soprattutto alla riflessione sulla rilevanza delle *circostanze concomitanti* l'azione del soggetto<sup>11</sup>, indagine che diede inizio al dibattito sul concetto di «inesigibilità» che contraddistinse la penalistica tedesca durante gli anni Venti del secolo scorso<sup>12</sup>.

Le riflessioni di Frank furono riprese e sviluppate da James Goldschmidt<sup>13</sup>, che cercò di definire il contenuto normativo della colpevolezza cercandone l'elemento costitutivo fondamentale. Questo fu identificato nel concetto di «norma di dovere» (*Pflichtnorm*). Così, realizzando una trasposizione sul terreno penalistico del pensiero kantiano<sup>14</sup>, J. Goldschmidt fondò il rimprovero penale sulla violazione di quella norma – inespressa, ma immanente a qualunque norma giuridica – che,

<sup>8</sup> Così, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554, p. 566. «La colpevolezza non è dunque volontà di ciò che non deve essere, bensì *volontà che non deve essere*»: A. BARATTA, *op. cit.*, p. 27-8.

<sup>9</sup> R. VON FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriff*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen, 1907, p. 519 ss. (ora anche in *JZG*, 2, Berlin, 2009, p. 1 ss.).

<sup>10</sup> G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 53 ss.

<sup>11</sup> Riflessione che si traduce nell'inserimento del terzo elemento, rappresentato dalla «normalità del circostanze» (salvo un temporaneo ritorno ad un criterio maggiormente psicologico, quello dell'influenza delle circostanze sulla psiche dell'agente): T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, *cit.*, p. 566-7.

<sup>12</sup> Cfr. H. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München-Berlin, 1954; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, *cit.*, p. 53 ss.; M. MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002, p. 81 ss.

<sup>13</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in *ÖZStR*, 1913, p. 224.

<sup>14</sup> Su questo aspetto, J.A. SÁINZ CANTERO, *op. cit.*, p. 435 ss.

dirigendosi all'interiorità dell'individuo, motiverebbe ciascuno ad adeguarsi alla pretesa indicata dall'ordinamento.

Pur non trovando di per sé accoglimento, la teoria delle «norme di dovere» influenzò notevolmente il dibattito successivo, focalizzando l'attenzione sul contenuto del rimprovero che il giudice deve rivolgere all'agente per poterlo dichiarare colpevole<sup>15</sup>.

Sul piano della colpa, nel pensiero di *Goldschmidt* appaiono riconoscibili due caratteristiche che, in vario modo e per diverse vie, caratterizzeranno alcune concezioni normative per tutto il Novecento: l'inservanza del dovere e il suo duplice piano valutativo. Il primo riguarda la norma imperativa (espressa) cui è chiamata a conformarsi la condotta del suo destinatario (*Rechtsnorm*); il secondo, quello determinante la rimproverabilità, si basa sulla «norma di dovere», sottesa a qualunque norma giuridica, che induce l'individuo a rispondere alle attese del diritto. Questo duplice elemento normativo consente di spiegare la colpa incosciente: essa – scrisse *Goldschmidt* – consiste nella «lesione del particolare dovere di attenzione imposto all'agente» e nella «lesione del dovere, a questo condizionato, di automotivarsi per mezzo della rappresentazione dell'evento»<sup>16</sup>.

La concezione normativa della colpevolezza fondata sulla *possibilità di agire diversamente* e sull'idea di *rimproverabilità* acquisì una fisionomia più o meno stabile nei successivi contributi degli stessi *Frank* e *J. Goldschmidt*<sup>17</sup>. Mentre *Engisch*, nelle sue *Untersuchungen*, compì

il tentativo forse più lucido di razionalizzare la teoria dell'inesigibilità, scrostandola dagli elementi etici che la rendevano giuridicamente inseribile (...) e conferendole un inquadramento dogmatico più preciso, come elemento estrinseco rispetto al dolo e alla colpa<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 63-4.

<sup>16</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, cit., p. 160, così riprodotto da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 62.

<sup>17</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in A. HEGLER (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 428 ss.

<sup>18</sup> G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 91 ss.; coglie in termini analoghi l'importanza del contributo di *Engisch*, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 267.

Ma i limiti più evidenti delle concezioni psicologiche della colpevolezza – l'impossibilità di ricondurre le sue due specie ad un unico *genus* e la difficoltà di intendere la colpa incosciente in termini volontaristici – furono colti anche in altre esperienze della tradizione continentale<sup>19</sup>.

In Italia, l'idea normativa di colpevolezza emerge nel contributo sul *Fatto nella teoria generale del reato* di Giacomo Delitala (1930), il quale rilevò come il fatto doloso fosse «un fatto volontario che non si doveva volere» e il fatto colposo «un fatto volontario che non si doveva produrre»; sicché, la colpevolezza derivava in entrambi i casi dall'aver

---

<sup>19</sup> In quella spagnola, ad esempio, tracce di sensibilità normativista sono già riconoscibili, prima dell'opera di Frank, in L. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, p. 104 ss. Il contatto decisivo con il clima maturato oltralpe sarebbe avvenuto attraverso la traduzione del *Lehrbuch* di Mezger (1931) curata da J.A. Rodríguez Muñoz: E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1935. Sottolinea l'impatto di quest'opera nella scienza penale spagnola J.A. SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»*, cit., p. 424, nt. 29; influenza evidente anche nella coeva trattazione di M. LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960, I, p. 69 ss., spec. 75 ss. (benché propenda per una concezione psicologica della colpevolezza). La posizione di Mezger, sostenitore nel 1931 della esigibilità come fondamento della colpevolezza, cambiò però radicalmente nei lavori successivi (G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 93, nt. 95). Ad ogni modo, accolsero concezioni normative della colpevolezza, fra gli altri, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1997 (1ª ed., 1958), p. 352 ss.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 243 ss., spec. 247.

Anche nella cultura tedesca, la concezione normativa non può considerarsi un'invenzione improvvisa di Reinhard Frank. Del resto, come scrive E.A. DONNA, *Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa (Prólogo)*, in J. GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 11 ss., «las ideas, en derecho penal, no surgen de un golpe de suerte ni de la magia de la inercia (...), sino de una evolución, de una suerte de avance y retroceso, de una especie de círculo, en el cual las ideas vienen y van (...). Por eso, en un sentido puro, se puede decir que nada es novedoso, y quien lo crea así y se encandile con algunas de las ideas que "parecen nuevas", solo demostrará una especie de soberbia fundada en su propia ignorancia» (in virtù dello stile e della chiarezza, preferisco evitare la traduzione). Sulla polemica storiografica in merito alle presunte relazioni fra la concezione normativa moderna e la *culpa* dei giuristi medievali, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., p. 554, spec. 569.

agito, consapevolmente o meno, in *modo difforme dal modo in cui si doveva agire*<sup>20</sup>.

La transizione dal paradigma psicologico a quello normativo espresse costantemente quello stesso motivo di fondo che, da un punto di vista funzionale, fu il principale elemento di novità dell'opera di *Frank*. La colpevolezza assunse i tratti di un concetto *unitario* e *graduabile*. Ciò comportò la possibilità di: (a) escludere la rimproverabilità dell'agente, nonostante l'accertamento del dolo o della colpa, in virtù della inesigibilità di una condotta alternativa lecita, data una pressione motivazionale determinante esercitata sul soggetto da una situazione eccezionale; (b) sostenere la punibilità dell'agente, pur in assenza di un qualsivoglia elemento psicologico effettivo; (c) stabilire gradi di rimproverabilità e pena differenti, a fronte del medesimo atteggiamento psicologico (dolo o colpa)<sup>21</sup>.

Oltre al dolo e alla colpa, che ne divennero già in qualche modo gli oggetti<sup>22</sup>, quest'idea di colpevolezza permise di valorizzare i motivi dell'azione e le circostanze in cui essa si realizza, adottando sulla relazione fra l'individuo e le aspettative o prescrizioni valide *erga omnes* una prospettiva di tipo dinamico e valutativo<sup>23</sup>.

Lo stesso accadde sul piano della colpa, dove iniziò ad emergere quel mutamento di prospettiva – «dalla testa dell'autore del fatto alla testa di chi è chiamato a giudicarlo»<sup>24</sup> – che consentì di cogliere l'elemento normativo ad essa sotteso: la *violazione di una regola di diligenza*. Abbandonata l'idea «causalista» della relazione psichica fra l'autore

---

<sup>20</sup> G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 83 ss., 85.

<sup>21</sup> Con chiarezza, sul punto, W. GOLDSCHMIDT, *Normativismo y normologismo en Derecho penal y en Derecho internacional privado*, in *ADPCP*, 1951, 509, p. 510-1.

<sup>22</sup> Conseguenza sistematica colta già da A. GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1947 (1<sup>a</sup> ed., 1936), p. 32.

<sup>23</sup> Per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8<sup>a</sup> ed.), cit., p. 336-7.

<sup>24</sup> Espressione attribuita a *Rosenfeld* (*Schuld und Vorsatz im Liszt'schen Lehrbuch*, in *ZStW*, 1911, 469) da G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 125. La citazione è richiamata anche da G.P. DEMURO, *Il dolo: l'accertamento*, Milano, 2010, p. 121, nt. 248.

e il suo comportamento (la volontà come causa del comportamento)<sup>25</sup>, questo elemento dogmatico venne ad identificarsi con la mancata conformazione dell'atteggiamento esteriore ad un'aspettativa di carattere giuridico, cioè con l'inosservanza di una aspettativa di diligenza (Capitolo 3).

Il passaggio dalla colpevolezza normativa alla colpa normativa, naturalmente, non fu né deduttivo né lineare<sup>26</sup>, e si resse sia su ragionamenti di carattere teorico-dogmatico che su argomenti di stretto diritto positivo.

Il problema esegetico-costruttivo della colpa – scrisse *Marcello Gallo* – nasce proprio (...) quando ci si domandi (...) a quali condizioni l'ordinamento ritenga possibile e doverosa una volizione che l'agente, in realtà, non ha voluto. In altri termini, se l'agente non ha né voluto né previsto il suo fatto, che cos'è che permette una imputazione che deve differenziarsi da quella meramente oggettiva<sup>27</sup>?

La soluzione del problema lasciato irrisolto dalle concezioni psicologiche – che finivano con il vanificare il concetto di colpa accomunando in un'unica categoria il fatto colpevole e il fatto incolpevole<sup>28</sup> – venne individuata sul piano metodologico: in un cambio di prospettiva – «dal soggettivo all'oggettivo»<sup>29</sup>, dal naturalistico al normativo – analo-

---

<sup>25</sup> Idea declinata nella teoria dell'errore da A. FERRER SAMA, *El error en Derecho penal*, Murcia, 1941, p. 25 ss., e F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, p. 27 ss.

<sup>26</sup> Possono già apparire «normativiste» le riflessioni di A. STOPPATO, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 1898, spec. p. 196. Cfr. più tardi le diverse concezioni normative di G. DELITALA, *op. cit.*, p. 43 ss., e F. ANTOLISEI, *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva* (1948), in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 323, p. 327 ss. D'altra parte, lamentano la permanenza di un'idea psicologica di colpa in talune concezioni normative della colpevolezza A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 253 ss., spec. 259 ss., e M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 624, p. 634.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 636.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 637.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

go a quello che aveva guidato le più recenti concezioni della colpevolezza<sup>30</sup>.

Fu rilevante, sul piano argomentativo, l'appoggio fornito dal tenore letterale dell'art. 43 c.p.<sup>31</sup>: gli elementi che vi sono indicati – negligenza, imprudenza e imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline –, «senza appartenere all'elemento oggettivo del reato, costituiscono elementi oggettivi della imputazione soggettiva»<sup>32</sup>.

Si tratta, come è chiaro, di una tipologia puramente esterna delle condotte colpose, ottenuta utilizzando il criterio offerto dal contrasto tra la condotta e un sistema di regole, giuridiche, o semplicemente sociali, distinte dalla norma incriminatrice, e da quest'ultima richiamate<sup>33</sup>.

L'approccio normativo consentì di risolvere sul piano concettuale il problema della *colpa incosciente*. Il coefficiente psicologico effettivo divenne un elemento del tutto eventuale rispetto a quello dell'inosservanza del dovere e, soprattutto, smise ben presto di rappresentare un indicatore o un elemento di maggior *gravità*. Questo aspetto – come

---

<sup>30</sup> Infatti, anche in altre esperienze caratterizzate dallo stesso cambio di paradigma (dalla concezione psicologica a quella normativa della colpevolezza), l'abbandono del paradigma psicologico della colpa è legato alla necessità di distinguere tra colpa e responsabilità oggettiva. Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 248, 266 ss.

<sup>31</sup> La cui formulazione – ricorda F. ANTOLISEI, *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, cit., p. 326-7 –, riproducendo nella sostanza quella che il codice Zanardelli (e, prima ancora, il codice sardo del 1859) impiegava per ciascun reato punibile per colpa, trova origine nella disposizione del codice francese del 1810 («Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou inobservation des règlements, aura commis...»).

<sup>32</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 637.

<sup>33</sup> *Ibidem*. Analogamente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* (7<sup>a</sup> ed.), Milano, 1975, p. 289 ss. Lo stesso F. ANTOLISEI, *Colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 327, nel qualificare gli elementi di cui all'art. 43, aveva definito l'imprudenza come «avventatezza» e «insufficiente ponderazione», come un «atteggiamento psichico» che «implica sempre la scarsa considerazione degli interessi altri» (qui citando F. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine Strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig-Wien, 1910). Si vede bene, in questa definizione, quella inevitabile componente normativa (valutativa) presente anche nelle concezioni psicologiche e messa in luce, fra i primi, da G. MARI NUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 148 ss.

vedremo meglio in seguito (Capitolo 7) – assume grande importanza nell’odierno dibattito sui *limiti* della colpa penale.

Nondimeno, a questo punto dolo e colpa sono elementi di un giudizio di rimprovero personale di cui costituiscono al contempo l’oggetto. Questa contraddizione, o ambivalenza, venne colta nel dibattito successivo, quando sulla scorta di un’adesione più o meno fedele ai postulati welzeliani<sup>34</sup>, o a partire da una concezione totalizzante della *objektive Zurechnungslehre*<sup>35</sup>, si giunse a concepire la colpevolezza come l’insieme delle condizioni che rendono il fatto tipico (doloso o colposo) e anti-giuridico rimproverabile o soggettivamente imputabile al suo autore su di un piano puramente valutativo.

### 1.2. La teoria finalista e il disvalore della condotta

L’assunzione di un’idea normativa di colpevolezza, nel finalismo, va intesa alla luce della teoria dell’azione sostenuta da *Hans Welzel*, la quale restò al centro del dibattito penalistico fino agli anni Settanta del secolo scorso e, nonostante la forte diffidenza manifestata nei suoi riguardi, influì in maniera determinante nel passaggio alla spiegazione sistematica del reato tuttora dominante<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> In Italia, D. SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 656 ss.

<sup>35</sup> Ad esempio, S. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, in *RECPC*, 2003, p. 14; ID., *Derecho penal*, cit., p. 531 ss., spec. p. 541 ss., che sembra concepire l’imputazione come teoria del reato (non semplicemente come parte di essa).

<sup>36</sup> Gli aspetti per certi versi paradossali del rapporto fra la teoria welzeliana dell’azione e l’odierna fisionomia del reato sono tanto noti quanto forse non ancora del tutto metabolizzati. Ciò è dovuto non soltanto all’asserita fragilità delle sue premesse filosofiche (cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954), ma anche all’atteggiamento pregiudiziale assunto molto spesso nei confronti delle sue implicazioni dogmatiche. Cfr. ad es. A. CASTALDO, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881, p. 886 ss., che nel ripercorrere brevemente le tappe fondamentali dell’evoluzione del diritto penale continentale (dal naturalismo al funzionalismo) assegna al medesimo paragrafo l’irrazionalismo del periodo nazista e il finalismo welzeliano, attribuendo al secondo la costruzione di un reato «fondato esclusivamente sul disvalore dell’azione» e sulla riduzione dell’evento a condizione obiettiva di punibilità. Mentre, quindi, come osserva C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalisti-*



Le prime riflessioni di *Welzel* maturarono fra le due Guerre Mondiali, in un clima culturale connotato dal superamento del naturalismo e dall'appello di matrice neokantiana ai giudizi di valore. Anche l'elemento tipico (§ 2.3), così come la colpevolezza (§ 1.1), stava in quegli anni mutando radicalmente la propria fisionomia. Quando *Welzel* mise le basi della sua teoria, *Larenz* e *Honig* avevano appena riscoperto l'imputazione obiettiva (§§ 1.3, 2.4). *Welzel* però, pur rilevando i limiti dell'approccio causalista, rifiutò (inizialmente) anche il criterio dell'adeguatezza.

Dal problema dell'azione<sup>37</sup>, proprio in quanto problema classico attraversato dai profondi mutamenti della sua epoca, partirono dunque le riflessioni sui concetti di *volontà* e di *scopo*<sup>38</sup>. Essi però non servirono a costruire una teoria ontologica del reato, bensì ad individuare la pietra angolare di una dogmatica che fosse in grado di *superare il naturalismo* ponendo un *limite al normativismo*. Il significato del concetto di *finalità* può essere visto in questo modo: come una connotazione essenziale (a

---

*ca. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380, p. 383, «nell'immaginario collettivo di una parte consistente dei penalisti italiani la dottrina finalistica appare (...) ancor oggi come una sorta di "teoria ontologica" del reato o viene ricordata essenzialmente per l'asserito contributo "involontario" dato alla dissoluzione del concetto "unitario" di azione», in altre esperienze la critica più tenace si accompagna non di rado al riconoscimento del suo significato storico e ad una più serena riflessione sulle sue possibili implicazioni giuridico-sistematiche. Cfr. infatti J. CEREZO MIR, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*, in *ZIS*, 5, 2009, p. 200 ss.

<sup>37</sup> Cfr. H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, 703, p. 706 ss., 718 ss.; ID., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935. Nel primo contributo, *Welzel* pose già il problema della selezione fra le condizioni equivalenti individuando la soluzione – pur senza elaborarla compiutamente – nella finalità dell'azione. Nell'opera successiva chiarì invece le basi teoretiche del finalismo criticando l'influenza del naturalismo, della sua teoria causale dell'azione e della filosofia giuridica neokantiana, con la sua netta separazione tra essere (inteso, secondo *Welzel*, come un concetto di realtà obiettiva analogo a quello dei positivisti) e dover essere (valore).

<sup>38</sup> Solo in un secondo momento, a partire dagli anni Cinquanta, l'ontologismo assunse un'importanza predominante e decisiva. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965 (1ª ed., 1951. Trad. a cura di G. De Stefano).

*priori*) dell'agire umano, ignorata dalla concezione naturalistica dell'azione, e come una condizione imprescindibile – nella medesima prospettiva – per qualunque imperativo giuridico che intenda essere rivolto all'essere umano<sup>39</sup>.

Tuttavia, come ammise *Werner Niese*, il problema della responsabilità colposa rappresentò il «bersaglio principale degli avversari della dottrina finalista»<sup>40</sup>. Una volta premesso, come fecero i finalisti, che l'azione umana è tale in quanto *diretta ad uno scopo*, ricostruire in termini normativi l'azione colposa diventa molto più arduo che definire quella dolosa. Infatti, mentre nella seconda la *finalità* trova rispondenza nell'elemento volitivo – la «volontà» si riflette nel «dolo» –, nella prima si fatica non poco a coniugare la prospettiva ontologica con il disinteresse mostrato dall'ordinamento, quando sanziona la *colpa incosciente*, nei confronti del rapporto fra coefficiente psicologico effettivo e realizzazione del fatto lesivo.

Consapevole dell'aporia, *Welzel* ricorse al concetto di «finalità potenziale», cioè all'idea secondo cui l'azione colposa si sostanzierebbe in una causazione evitabile mediante un'attività finale che, benché possibile, non si è verificata<sup>41</sup>. Tuttavia, il principale errore di *Welzel*, secondo *Niese*, sarebbe stato l'aver contrapposto azione colposa e azione dolosa già sul piano pre-giuridico; l'aver cioè subordinato dolo e colpa al concetto di azione concepito finalisticamente<sup>42</sup>. Ciò avrebbe generato un «equivoco»<sup>43</sup> idoneo ad alimentare il fronte avverso alla dottrina

<sup>39</sup> Ciò non significa che chi ha scorto nel finalismo i segni di un moraleggiante o comunque illiberale diritto penale della volontà (*Willenstrafrecht*) abbia espresso timori irrazionali o privi di fondamento. Cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 54, 1, 2011, 1, spec. p. 5 ss. Tuttavia, da premesse apparentemente così minacciose per il diritto penale del fatto scaturiscono talvolta soluzioni più garantiste e liberali di quanto non lo siano talune espressioni del più ortodosso e laico oggettivismo. Cfr. G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., spec. p. 126 ss.

<sup>40</sup> W. NIESE, *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in *Jus*, II (Nuova Serie), I, 1951, 256, p. 265.

<sup>41</sup> H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, 1949 (2<sup>a</sup> ed.), p. 23.

<sup>42</sup> W. NIESE, *op. cit.*, p. 266.

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 260.

finalista: la confusione fra dolo e finalità. In realtà, precisò *Niese*, mentre quello di «finalità» è un concetto pre-giuridico che distingue l'azione umana in quanto tale, «dolo» è un «concetto giuridico specifico sul piano della fattispecie», cioè una sottospecie giuridica del concetto ontologico di finalità. Pertanto, «se ogni azione dolosa è finale, non ogni azione finale è anche dolosa»<sup>44</sup>.

La critica e il chiarimento, invero un tentativo di salvataggio della teoria di *Welzel*, permisero di precisare la differenza fra azione dolosa, dove «la finalità è giuridicamente rilevante», e azione colposa, pur sempre finalistica ma «in direzione diversa dall'evento tipico»<sup>45</sup>. Per spiegare il rapporto fra colpa e finalità, *Niese* cercò di recuperare il concetto di «finalità potenziale». La sua «anima di verità», scrisse, sarebbe stata riconoscibile nel tentativo di mostrare che agisce colposamente l'agente al quale non riesce di fare ciò che gli *consentirebbe* «l'uso della diligenza doverosa». La «violazione della diligenza obiettivamente richiesta» rifletterebbe un «difetto di una finalità doverosa», quella che «avrebbe dovuto instaurarsi al posto di quella effettiva (attuale)».

Contrariamente a quanto gli venne poi rimproverato da *Struensee*<sup>46</sup>, *Niese* dovette essere consapevole di abbandonare in questo modo i presupposti metodologici del finalismo<sup>47</sup>. Infatti, benché il disvalore della condotta colposa fosse ancora legato al «difetto di una finalità doverosa» oppure – il che è lo stesso – alla «formazione difettosa della volontà», era ormai il «giudizio oggettivo di disvalore»<sup>48</sup> a connotare l'azione colposa; mentre il difetto volontaristico poteva rappresentare, tutt'al più, una discutibile presunzione possibile soltanto *a posteriori*. «Il di-

---

<sup>44</sup> *Ivi*, p. 267.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> E. STRUENSEE, *Die subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 53.

<sup>47</sup> Sul punto, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 65, il quale sostiene che con la «soluzione unitaria di ricambio» proposta da *Niese* penetrò definitivamente la soluzione unitaria dell'azione, l'esigenza di «accomunare ad ogni costo l'azione dolosa all'azione colposa».

<sup>48</sup> W. NIESE, *op. cit.*, p. 269.

svalore dell'azione – con parole di *Niese* – sta nella violazione dell'obbligo oggettivo di diligenza»<sup>49</sup>.

Dopo le critiche sollevate dal concetto di «finalità potenziale», *Welzel* tentò più volte di fornire una spiegazione alternativa e accettabile del rapporto fra *azione finalistica*, idea su cui volle comunque fondare la sua teoria del reato, e *azione colposa*. Fece quindi ricorso a diverse costruzioni, riprendendo nella sostanza gli argomenti di *Niese*. L'azione imprudente venne allora definita come una «azione finalistica, la quale ha conseguenze non finalistiche» da imputare all'agente «a causa dell'imprudenza dell'azione finalistica».

L'antigiuridicità dei delitti colposi consiste in una lesione puramente causale dei beni giuridici. Il problema decisivo (...) consiste nella *riprovevolezza* del processo formativo della volontà, nel fatto cioè che le conseguenze non finalistiche non sono state evitate mediante attività finalistiche.

«L'agente usando una maggior diligenza avrebbe dovuto e potuto determinare la sua volontà in modo da evitare anche l'evento non voluto»<sup>50</sup>.

Tuttavia, il riferimento alla finalità potenziale rese evidente lo spostamento dalla sfera ontologica a quella normativa, confermando l'incapacità della teoria finalista di fornire una spiegazione della colpa compatibile con le sue stesse premesse metodologiche<sup>51</sup>. Infatti, il concetto di *evitabilità* dell'evento mostra ancor più chiaramente che il giudizio non poteva che rilevare sul piano del *dovere*<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> *Ivi*, p. 268.

<sup>50</sup> H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 1, p. 13-4.

<sup>51</sup> Cfr. K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, 1944, p. 141 ss.; E. MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, Valencia, 2000 (trad. a cura di F. Muñoz Conde), p. 30 ss.; C. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW*, 74, 1962, 515; a cui rispose H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.

<sup>52</sup> J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, in *AUV*, XXVII, 1953-4, p. 132.

In quella che viene considerata la sua versione definitiva, *Welzel* cercò di specificare il rapporto fra colpa e finalità legando il rimprovero per la mancata adozione di una miglior direzione finale alla difettosa ed erronea «scelta dei mezzi»; inoltre, concordando con *Niese*, identificò il disvalore dell'azione colposa con la mancata adozione della diligenza indispensabile nelle relazioni sociali (o di quella «necessaria nei traffici»), intesa quest'ultima in senso evidentemente *oggettivo* (generalizzante) e *normativo*<sup>53</sup>.

Significativamente, le critiche mosse da seguaci e oppositori coincisero nella sostanza<sup>54</sup>. Del resto, ammettendo l'irrelevanza della finalità rispetto ai reati colposi, *Welzel* offrì ottimi argomenti a chi non soltanto aveva sviluppato fin da subito la teoria del fatto tipico in modo normativo, ma soprattutto aveva decretato la fine della teoria dell'azione<sup>55</sup>. *Welzel* non fu in grado di stabilire una relazione fra azione finale ed evento – cioè tra volontà diretta ad uno scopo ed elemento materiale rilevante per il diritto – coerente con le sue stesse premesse epistemologiche. In definitiva, mostrò l'inidoneità della sua teoria ontologica a costituire il fondamento di una teoria del reato<sup>56</sup>, mancando l'obiettivo di elaborare un concetto pre-giuridico, unitario e superiore di *azione* idealmente valido per *qualunque* diritto penale<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 7 ss., 16, 18 ss.; ID., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969 (11<sup>a</sup> ed.), p. 131 ss. Sul punto, G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*, cit., p. 112 ss., 116.

<sup>54</sup> Cfr. J. CERREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, in *ADPCP*, 1961, 55, p. 64-5.

<sup>55</sup> C. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, cit., p. 515 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990 (1<sup>a</sup> ed., 1966), p. 111 ss.

<sup>56</sup> J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, cit., p. 130-1. Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 111 ss.

<sup>57</sup> Come osservò J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, in *ADPCP*, VI, 2, 1953, 207, p. 210-1, «questi problemi (...) si pongono da quando oltre ai reati di azione (la stragrande maggioranza) si considerò praticamente indispensabile incriminare (anche se in piccolo numero) l'omissione, e da quando accanto ai comportamenti criminali (dolosi), si eleva a categoria di reato quella che, fino ad allora, proprio perché non rifletteva una volontà ribelle alla legge, come diceva Binding, era stata considerata solo come una categoria quasi delittiva. Certo, il bisogno

L'alternativa di fronte alla quale si trovò la teoria finalista fu perciò la seguente: degradare l'evento a «condizione obiettiva di punibilità»<sup>58</sup>, oppure riconoscere che quel nesso va cercato e mantenuto sul piano normativo, con il risultato di rimarcare il significato dell'azione – del disvalore della condotta<sup>59</sup> – senza rinunciare al disvalore d'evento. Questo delicatissimo equilibrio passa infatti non soltanto per il superamento della concezione naturalistica o neutrale del fatto tipico – risultato ottenuto, come stiamo per vedere, anche dalle teorie normative sviluppatesi nel solco dell'*adeguatezza* – ma soprattutto per il mantenimento della *condotta* e della sua valutazione in termini di *tipicità* (o di *illiceità*) al centro della teoria del reato.

*1.3. La crisi del dogma causale e la normativizzazione del fatto tipico. Ovvero: l'emersione del «modello nomologico» (e l'origine di due percorsi destinati a rincontrarsi)*

Il superamento della concezione classica e naturalistica dell'elemento oggettivo del reato passò anche per il tentativo di superare i limiti della formula *sine qua non*<sup>60</sup>. La sua scarsa valenza euristica, come

---

pratico si impose, ma questa imposizione che si ritrova nei testi di legge crea difficoltà molto gravi quando la dottrina cerca di spiegare in modo uniforme realtà giuridico-pratiche così eterogenee. Difficoltà così gravi che, si può dire, non sono ancora state superate con la necessaria purezza logica» (trad. propria).

<sup>58</sup> G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*, cit., p. 103 ss., 114 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 321 ss.; A. GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en lo delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007 p. 91 ss.

<sup>59</sup> Cfr. J. CEREZO MIR, *La influencia de Welzel y del finalismo*, cit., p. 206-7.

<sup>60</sup> Difficile individuare esattamente l'origine della teoria dell'equivalenza delle condizioni. Di essa, in letteratura, vengono indicati diversi precursori, fra i quali *Julius Anton Glaser* (1858) o prima ancora *Christoph Karl Stübel* (1805). La sua compiuta teorizzazione è attribuita a M. VON BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860; M. VON BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, il quale prese le mosse dall'assunto milliano secondo cui la «causa» è l'insieme delle condizioni necessarie (J.S. MILL, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive*, in *The collected Works of John Stuart Mill*, VII, Toronto, 1843, p. 323). Sulla *sine qua non Formel*, G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, p. 77 ss.

sappiamo, fu colmata dal metodo della «sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura»<sup>61</sup>. Ma sotto il profilo giuridico ci si accorse che la teoria dell'equivalenza non consentiva un'adeguata selezione delle condotte punibili; in altri termini, che quella condizionalistica non costituiva una convincente e autosufficiente *teoria dell'imputazione*.

Dagli anni Settanta dell'Ottocento agli anni Sessanta del secolo scorso si svilupparono così una serie di teorie – della *causalità giuridica*, dell'*azione* e dell'*imputazione* – il cui comun denominatore fu la giustapposizione di criteri naturalistici (prima) e normo-valutativi (poi) alla base condizionalistica dell'ascrizione penale.

La prima forma di reazione alle insufficienze della *condicio sine qua non* fu la «teoria dell'adeguatezza»<sup>62</sup>, concezione causale che si sviluppò nel terreno della responsabilità oggettiva – in particolare, dei reati aggravati dall'evento – dove l'assenza di requisiti soggettivi lasciava alla sola teoria dell'equivalenza il compito di determinare la punibilità dell'azione<sup>63</sup>. Fra le cause dell'evento, essa intese selezionare quelle *ex ante* adeguate o idonee a determinarlo. Una condotta, quindi, poteva ritenersi causa penalmente rilevante di un evento qualora non soltanto ne fosse stata *condicio sine qua non*, ma potesse anche essere ritenuta idonea a provocarlo secondo l'*id quod plerumque accidit*.

Significato e portata del criterio in parola rispecchiano il clima culturale naturalista in cui la *Adäquanztheorie* vide la luce<sup>64</sup>. Il concetto di

---

<sup>61</sup> Per tutti, K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit. V. però, oltre alle considerazioni avanzate nel Capitolo 1, quanto si dirà nel Capitolo 4, § 2.3.1.

<sup>62</sup> Teoria che prese forma nelle opere di C.L. VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Aalen, 1971 (1<sup>a</sup> ed., 1871); J. VON KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *ZStW*, 9, 1889, 528.

<sup>63</sup> E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 755, p. 779 ss.; J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988, p. 21 ss.; F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217, p. 1259-60.

<sup>64</sup> Sul punto, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 295 ss.

*idoneità* assumeva allora essenzialmente il significato di *probabilità*<sup>65</sup>. Si trattava di un giudizio senz'altro espressione di *normalità* ma privo di elementi *normo-valutativi*, e si basava sull'applicazione delle «leggi di natura» conosciute agli elementi di fatto facenti da contesto all'azione<sup>66</sup>. L'osservatore esterno dell'adeguatezza, quindi, non si faceva interprete delle aspettative dell'ordinamento giuridico, ma consultava lo scibile umano e dichiarava o escludeva l'astratta idoneità di un'azione a provocare un certo *tipo di risultato*<sup>67</sup>.

In Italia, l'idea dell'adeguatezza trovò espressione nella teoria della «causalità umana» di *Francesco Antolisei*<sup>68</sup>. Benché l'autore rifiutasse di considerare la propria concezione causale come una sorta di *Adäquanztheorie* – così come *Mezger* non volle ricondurre la propria *Relevanztheorie* alla più risalente teoria causale – con la *Adäquanztheorie* condivise ragioni di fondo e struttura concettuale del rapporto causale.

«Particolarmente nel settore dei *reati aggravati dall'evento* – scriveva *Antolisei* – si rileva l'importanza di una nozione di rapporto causale che circoscriva in confini ragionevoli l'attribuibilità dell'evento. Se, infatti, si adotta senza limiti la teoria della *condicio sine qua non*, si perviene ad applicazioni che contrastano nel modo più stridente con il senso di giustizia»<sup>69</sup>.

Questa considerazione spinse *Antolisei* a ricercare una nozione di rapporto causale che rispondesse alle esigenze del diritto e che riflettesse la natura umana. Vale la pena rileggere le sue parole:

---

<sup>65</sup> Cfr. V. PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, p. 73 ss.

<sup>66</sup> Ampiamente, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 25 ss., 30 ss.

<sup>67</sup> Una delle critiche principali che furono rivolte alla teoria dell'adeguatezza riguardò tuttavia la descrizione dell'evento idoneo a fungere da «secondo polo» del rapporto causale: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8<sup>a</sup> ed.), cit., p. 259. Il problema della «ridescrizione dell'evento», come vedremo, si ripropone (non a caso) in materia di colpa, anche in relazione ai reati aggravati dall'evento (Capitolo 3, § 2.2; Capitolo 5, § 2.4).

<sup>68</sup> F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

<sup>69</sup> ID., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 314.



l'uomo è un essere fornito di coscienza e volontà e (...) questa sua qualità essenziale ha un peso decisivo nelle relazioni che si stabiliscono tra lui e il mondo esteriore. Per mezzo della coscienza (...) l'uomo è in grado di rendersi conto delle circostanze che ostacolano o favoriscono la sua azione, e, aiutato dall'esperienza, può calcolare in anticipo gli effetti che derivano da determinate cause. Mediante la volontà egli può inserirsi nel processo causale ed imprimere ad esso una direzione desiderata, eccitando le forze esteriori che sono inattive, arrestando quelle in moto, oppure lasciando che le forze stesse si svolgano liberamente. Da queste possibilità, è fuori dubbio che esiste un campo, più o meno largo, in cui l'uomo può *dominare* in virtù dei poteri conoscitivi e volitivi: esiste, cioè, una specie di sfera di signoria dell'uomo. Orbene solo i risultati che rientrano in questa sfera possono considerarsi causati dall'uomo, perché, se anche egli non gli ha voluti, era in grado di impedirli. Essendo dominabili dall'uomo, tali risultati vanno imputati a lui: egli ne è causa (autore). Per contro, gli altri effetti (...) non sono opera sua, dovendo ascrivere alle forze cieche della natura<sup>70</sup>.

Facendo astrazione dalla categoria concettuale (la causalità) che funge da espediente per la riflessione di *Antolisei*, queste parole potrebbero riassumere la parabola di *Welzel*: dall'essenza dell'azione umana e dal suo rapporto con la realtà, a ciò che all'uomo può essere rimproverato (l'evitabile).

Il concetto di «causalità umana» elaborato da *Antolisei* prevede quindi due elementi: (1) occorre «che *l'uomo con la sua azione abbia posto in essere una condizione dell'evento*, e cioè un antecedente senza il quale l'evento stesso non si sarebbe verificato»; (2) e che «*il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali*», che in quanto tali sfuggono al suo dominio e alla sua signoria<sup>71</sup>. Si noti che, nonostante le premesse colme di umanità e di senso di giustizia, anche *Antolisei*, come i teorici dell'adeguatezza – benché egli se ne discostasse espressamente –, ricorse a concetti naturalistici, più precisamente statistici: «ciò che sfugge veramente alla signoria dell'uomo è il fatto che ha una probabilità minima, insignificante di verificarsi; il fatto che si verifica solo in casi rarissimi: in una parola, il fatto *eccezionale*»<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 189-90.

<sup>71</sup> *Ivi*, p. 190-1.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 190.

Si potrebbe a questo punto obiettare – come è stato fatto anche nei confronti della più risalente teoria dell’adeguatezza e della *objektive Zurechnungslehre* – che i concetti di *idoneità*, *possibilità*, *dominio* e *ignoranza*, nonché il concetto stesso di *prevedibilità*, rifletterebbero in realtà criteri normativi attinenti alla sfera della colpa<sup>73</sup>. A questo riguardo, occorre però considerare due aspetti: uno di carattere gius-positivo e riguardante l’ordinamento italiano, cioè l’esistenza dell’art. 41 c.p. e la sua problematica formulazione<sup>74</sup>; e un altro di natura dogmatica, rispetto al quale risulta indicativo proprio il pensiero di *Francesco Antolisei*.

La teoria dell’equivalenza, osservò *Antolisei*,

conduce a conseguenze assurde anche dove il diritto richiede per la responsabilità il concorso del dolo o della colpa. Per convincersene basta pensare al caso (...) della persona che, dopo essere stata ferita (...) rimanga vittima di un incidente fortuito verificatosi nel nosocomio in cui è stata ricoverata: di un fulmine che sia caduto nella corsia, dell’incendio o dell’inondazione dell’edificio, ecc. Poiché anche in queste ipotesi il risultato finale non si sarebbe avverato senza l’azione del colpevole, applicando la teoria dell’equivalenza il feritore dovrebbe rispondere di omicidio [doloso o colposo] consumato<sup>75</sup>.

Potremmo arricchire quest’esempio immaginando, al posto del fulmine e dell’inondazione, l’errore del medico chiamato a soccorrere la persona ferita o l’incidente stradale provocato dal conducente dell’ambulanza. Avremmo così rappresentato una delle categorie casistiche maggiormente discusse nell’odierna teoria della colpa e in quella dell’imputazione obiettiva dell’evento (i «due percorsi» a cui si allude in epigrafe), e attinente al capitolo dello «scopo di protezione della norma» e della «realizzazione del rischio» (§ 2.4): quella dei fattori sopravvenuti fra la condotta inosservante e l’evento lesivo finale.

<sup>73</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8ª ed.), cit., p. 260.

<sup>74</sup> Cfr. in argomento F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1264 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 77 ss.; A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell’attività medica*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 145, spec. p. 166 ss.

<sup>75</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 187.

*Antolisei*, tuttavia, fece ricorso al *topos* causale. Ciò si comprende tenendo presente che nella sua teoria del reato la sistemazione della colpa rispondeva a quella della dogmatica classica (§ 1.1). Inoltre, egli ammetteva che l'evento lesivo materialmente causato da una condotta inosservante «leggi, regolamenti, ordini o discipline»<sup>76</sup> potesse essere accollato all'autore della trasgressione in via meramente presuntiva (*culpa in re ipsa*)<sup>77</sup>. Insomma, il suo elemento soggettivo non presentava i contenuti e non assolveva le funzioni ascrittive che, più tardi, si attribuiscono alla colpa.

I contesti teorici e legislativi che favorirono lo sviluppo e la circolazione delle teorie della causalità giuridica vanno ricordati perché aiutano a capire le ragioni dell'odierna contesa e sovrapposizione funzionale fra teoria della colpa e *objektive Zurechnung*<sup>78</sup>. Le concezioni della causalità «adeguata» e «umana» emersero in relazione alle fattispecie aggravate dall'evento assecondando un bisogno di «colpevolezza» frustrato dal testo della legge e dalle correnti nozioni di colpa<sup>79</sup>. Così, una volta entrate nella cultura penalistica, tali concezioni diedero luogo alle teorie dell'azione, della rilevanza e, più tardi – come stiamo per vedere – alle teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento (§ 2.4).

Qualunque sia il quadro teorico-sistematico prescelto, va oggi tenuto presente che la nozione di *prevedibilità dell'evento* può assumere diversi caratteri e svolgere in diversi modi la propria funzione ascrittiva e selettiva. Nella causalità (giuridica), il termine «prevedibilità» assume tradizionalmente il significato di «idoneità» o di «non eccezionalità» e riflette un giudizio prognostico a-valutativo, generalizzante ed astratto. Nella colpa, ma *solo* nelle più recenti concezioni normative, tale criterio indica invece un *potere-dovere di rappresentazione* basato su cono-

---

<sup>76</sup> Cioè nei casi indicati dall'art. 43 c.p. e riconducibili alla categoria dottrinale della «colpa specifica».

<sup>77</sup> «Il criterio di prevedibilità, se è veramente indispensabile per accertare l'imprudenza e la negligenza generica, non esplica, per l'incontro, alcuna funzione nei casi di colpa derivanti da inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline». Analogamente, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 30 ss.

<sup>78</sup> Cfr. in argomento: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 321 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 21 ss.

<sup>79</sup> E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 779 ss.

scenze fattuali e nomologiche determinate in base ad un parametro normativo che dovrebbe riflettere le aspettative dell'ordinamento (il suo punto di vista, come vedremo meglio nel Capitolo 3).

*Colpa* e *causalità* sono quindi categorie convenzionali<sup>80</sup> funzionalmente orientate, in quanto rispondenti a questioni inerenti al *quomodo* del giudizio di imputazione. Per questa ragione, i contenuti che vengono loro attribuiti determinano profondamente l'esito del giudizio di imputazione che sono chiamate a disciplinare.

Con la crisi del «dogma causale», propiziata dall'inserimento del *Tatbestand* nella teoria del reato ad opera di *Beling*<sup>81</sup>, il concetto di «adeguatezza» smise di rappresentare un mero correttivo della *condicio sine qua non* e divenne un connotato di tipicità dell'azione e un elemento strutturale della teoria dell'imputazione. Nondimeno, il criterio della prevedibilità dell'evento, quando anche adottato dal «punto di vista dell'osservatore avveduto», continuò a rappresentare un criterio probabili-

---

<sup>80</sup> Sulla normatività della «colpa» non ci sono dubbi. Sulla «causalità», anche quando intesa in senso materiale e condizionalistico, la disputa filosofica e giuridica incontra quella sull'idea di *imputazione*. Nella letteratura penalistica italiana, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. lo studio di G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, cit., *passim*. Paradigmatica rispetto al rapporto dicotomico tra *Kausalität* e *Zurechnung* è la teoria del diritto di *Kelsen*. Cfr. al riguardo i saggi di F. SCIACCA, *Kelsen su causalità e giustizia*, in *Filosofia politica*, 2008/2, p. 189 ss., e L. ALBERTAZZI, *Il problema dell'imputazione nella teoria del diritto*, in *QCSFM*, III, 1989, p. 5 (cui segue la traduzione di H. KELSEN, *Die Entstehung des Kausalgesetz vom dem Vergeltungsprinzip*, 1939). Detto rapporto è chiaramente risolto dalla *objektive Zurechnung* nel senso di ritenere la causalità una categoria dell'essere (ontologica) e l'imputazione come categoria del *dover-essere* (normativa): cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 71-3, dove (con una consistente dottrina tedesca) rimprovera alla teoria dell'adeguatezza di aver voluto limitare la teoria condizionalistica con un *giudizio di valore* ridotto a *teoria causale*.

<sup>81</sup> E. v. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906. Cfr. sul punto E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 67-70, e M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 303: entrambi gli autori mostrano come, mentre in Germania – con *Larenz*, *Honig* e anche con il primo *Welzel* – si cominciavano a preferire punti di vista teleologici, nei rispettivi Paesi si affermava (per vie analoghe) la «cultura della causalità» (giuridica). Per un'indagine sull'introduzione e sull'evoluzione del concetto di tipicità nella teoria del reato, S. CARDENAL MOTRAVETA, *El tipo penal en Beling y los Neokantianos*, Barcelona, 2002.

stico basato sulle leggi di natura e sull'*id quod plerumque accidit*, cioè un'anonima e avalutativa idoneità eziologica. Iniziò, d'altro canto, a mutare la sua funzione sistematica.

L'adeguatezza conobbe un primo tentativo di affrancamento dalla teoria della causalità per mano del filosofo del diritto e civilista tedesco *Karl Larenz*<sup>82</sup>, in uno studio ripreso e adottato dal penalista *Richard Honig*<sup>83</sup>, per essere poi riscoperta e rivalutata in senso sistematico da *Claus Roxin*.

Un momento determinante per l'adeguatezza, anche sul piano contenutistico, giunse invece con gli studi di *Engisch*, nei quali la colpa continuò a rappresentare il *quid* di colpevolezza necessario a fondare, in aggiunta all'illecito tipico, un rimprovero nei confronti dell'agente per il suo comportamento<sup>84</sup>. Ma il criterio dell'adeguatezza, elemento strutturale dell'azione tipica, venne associato espressamente al concetto di diligenza: «un uomo si comporta in modo contrario alla norma giuridica solo quando tralascia la “diligenza oggettivamente necessaria” per evitare l'evento che egli aveva il dovere di evitare»<sup>85</sup>; «l'adeguatezza» deve essere posta «come elemento speciale della fattispecie accanto alla causalità»,

perché essa come essenza costitutiva dell'inosservanza del dovere di diligenza è strettamente collegata al rischio consentito e a simili momenti riguardanti il dovere di diligenza, che stanno al di fuori della causalità (...)<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»* (1927), Aalen, 1970.

<sup>83</sup> R.M. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, cit., p. 174.

<sup>84</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 68; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 139.

<sup>85</sup> G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 34, 1991, 3, p. 8; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 140.

<sup>86</sup> K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., p. 59, così cit. da M. MAIWALD, *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana* (trad. G. Fornasari, S. Pausco), in *Riv. it. dir. proc.*

Più tardi, quando ebbe inizio la polemica con *Welzel*, *Engisch* utilizzò il criterio dell'adeguatezza per contrapporre al pensiero finalista un concetto obiettivo-finale di azione (*soziale Handlungslehre*). Il punto di partenza fu analogo a quello di *Welzel* (e, come visto, fra gli altri, a quello di *Antolisei*): il potere di controllo dell'uomo sui decorsi causali, la sua capacità di previsione. Tuttavia, mentre *Welzel* intese elaborare un concetto ontologico di azione che fornisse una base pre-giuridica alla teoria delle norme, *Engisch* costruì il proprio concetto giuridico di azione a partire da un'idea socio-normativa del soggetto di diritto. La condotta giuridicamente rilevante e penalmente tipica fu quindi concepita come la produzione, mediante un atto volontario, di conseguenze prevedibili e socialmente rilevanti<sup>87</sup>.

L'interpretazione e lo sviluppo sistematico di questi contributi influenzerono profondamente le concezioni normative dell'illecito colposo che iniziarono a svilupparsi soprattutto a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso<sup>88</sup>. Schematizzando: un primo orientamento dottrinale, facendo proprio il superamento del concetto unitario di azione ottenuto da *Welzel* e abbandonando le concezioni psicologiche della colpa della dogmatica classica, culminò nella concezione normativa della colpa (§§ 2.2, 2.3; Capitolo 3); altra dottrina, sviluppando il *topos* dello «scopo di protezione della norma», giunse all'elaborazione della c.d. *moder-*

---

*pen.*, 2018, 1, p. 18, nt. 67. Per ulteriori riferimenti e letture in parte contrastanti sul significato dogmatico del contributo di *Engisch*, in particolare, a proposito della discussa anticipazione della colpa – o, comunque, di un suo elemento «oggettivo» – al piano del fatto tipico, cfr. M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 e 1114, p. 612 ss., spec. 617 e nt. 93; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., spec. p. 139-40; G. MARINUCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 8 ss.

<sup>87</sup> K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., p. 141 ss.; ID., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1995 (1<sup>a</sup> ed., 1950), p. 36 ss.

<sup>88</sup> Paradigmatico il saggio di J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, in *EPC*, 1980-1981/5, 9, p. 11 ss., spec. 33 ss., nel quale si coglie chiaramente il graduale passaggio dalle teorie normative (dell'adeguatezza, della causalità giuridica, della rilevanza, della rimproverabilità obiettiva, ecc.) sorte dalla crisi del «dogma causale», alla teoria dell'imputazione oggettiva – sulla scorta degli studi di *Honig* e *Roxin* – come metodo di attribuzione funzionale al conferimento di un contenuto normativo al tipo penale.

na teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento (§ 2.4; Capitolo 6, § 3.3.5).

## 2. Costruzioni dell'illecito colposo nella dottrina contemporanea

### 2.1. Verso il «nesso di anti giuridicità» fra condotta ed evento

Le teorie della causalità giuridica, dell'azione e dell'imputazione obiettiva rappresentarono – nello specifico terreno delle fattispecie causalmente orientate – dei tentativi di spiegare il «nesso di anti giuridicità» fra la condotta (adeguata, socialmente rilevante, inosservante la diligenza richiesta nelle relazioni) e l'evento tipico. Il carattere comune di queste dottrine consistette nell'individuazione di un criterio selettivo non-condizionalistico fondato sulla capacità dell'uomo, grazie alla conoscenza delle leggi di natura, di prevedere e dominare il corso causale degli eventi e, quindi, le conseguenze delle proprie condotte. Di qui, l'idea di fondo: il diritto penale può imputare soltanto le conseguenze prevedibili e dominabili.

Trattasi in realtà di un'idea non nuova, poiché già appartenente alla tradizione del concetto di «colpa»<sup>89</sup>. Tuttavia, come abbiamo visto, la cultura positivista del XIX secolo e alcune contingenze di carattere gius-positivo favorirono lo sviluppo di teorie «oggettive» ma al contempo «personalistiche» dell'imputazione penale, alternative alla teoria della colpa.

Ci si accorse, comunque, che nemmeno il criterio di prevedibilità o l'inosservanza della regola di condotta e della «diligenza necessaria nelle relazioni» garantivano un'imputazione dell'evento che si discostasse dal paradigma del *versari in re illicita*. In effetti, non è detto che l'azione che cagiona un evento lesivo, che si caratterizzi altresì per l'inosservanza di una regola di prudenza o diligenza, giustifichi l'attribuzione di una colpa all'autore materiale del danno. È possibile, infatti, che la violazione, pur rilevata, non sia «causa» dell'evento.

---

<sup>89</sup> V. al riguardo, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 5 ss.; G. LUZZATO, voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 614 ss.

Da questa consapevolezza iniziò a maturare, su diversi terreni e all'interno di differenti costruzioni concettuali, l'idea e il criterio selettivo dello «scopo» o «ambito» di protezione della norma di diligenza. Ma prima di concentrarci su questo aspetto, al fine di comprenderlo adeguatamente, occorre chiarire come viene inteso concettualmente il disvalore della condotta colposa.

## 2.2. Dall'adeguatezza come probabilità, alla diligenza come norma: l'aspettativa di prudenza e la misura del «rischio consentito»

Le tendenze evolutive che abbiamo osservato fino ad ora – schematizzandole per ragioni espositive – appartengono in varia misura al «patrimonio genetico» della concezione normativa della colpa attualmente più diffusa. Questo risultato si fonda essenzialmente su due elementi: (1) l'idea di «colpa» come violazione di un dovere; (2) il superamento del concetto unitario di azione e della definizione del «fatto» di reato come mero fatto materiale. L'inosservanza della misura di diligenza richiesta nelle relazioni sociali è ciò che rende *tipica* una condotta attiva od omissiva (lesiva).

La definizione dell'aspetto sistematico attuale del fatto-tipico colposo non si capirebbe se non si considerasse l'intervento di *Welzel*<sup>90</sup>. La «svolta tipica» appare riconoscibile già nelle sue prime opere<sup>91</sup>, ma la personalizzazione dell'illecito legata alla concezione ontologista dell'azione si coniuga con la necessità di spiegare la condotta colposa in

---

<sup>90</sup> Cfr. infatti, fra gli altri, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 136 ss.; J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990, p. 161 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 17, nt. 31; B.J. FELÚO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 68-87; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, p. 3 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 10 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, cit., p. 2 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 35-6.

<sup>91</sup> Dove *Welzel* non cedette al «dogma unitario» ereditato dalla dogmatica classica (cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59 ss.).



termini normativi solo nei contributi meno risalenti<sup>92</sup>; risultato raggiunto, come riconosciuto dallo stesso autore, adottando il concetto nato nel solco delle teorie causali e sviluppatosi in quelle dell'azione: quello di *adeguatezza*.

Nondimeno, quello a cui *Welzel* ricorre per definire l'azione colposa non è più un criterio statistico e avalutativo legato all'astratta conoscenza delle leggi di natura, cioè all'umana capacità di previsione secondo l'*id quod plerumque accidit* (§ 1.3). Si tratta, invece, della «diligenza esteriore» (*äußeren Sorgfalt*) necessaria secondo una misura oggettiva. Il limite dell'agire lecito, cioè della libertà di azione, viene così ad essere definito dall'«adeguatezza sociale»<sup>93</sup>.

Si evidenzia qui un punto cruciale: il passaggio concettuale (non sufficiente, ma necessario) che consente di segnare il confine fra mera *idoneità eziologica* e *responsabilità* nelle più risalenti come nelle più recenti elaborazioni teoriche.

La *prevedibilità* di un evento non può essere determinata su di un piano meramente naturalistico o neutrale. Si tratta di un criterio di giudizio che abbisogna di un parametro di valutazione. La definizione della base nomologica e fattuale della prognosi deve essere intesa sul piano normativo.

---

<sup>92</sup> Merito di *Welzel* – scrive G. MARINUCCI, *Il reato come «azione»*, cit., p. 100 – è avere messo in luce che «la peculiarità essenziale della “colpa” – qualunque sia la figura di reato colposo che entra a comporre – è data non già dalla presenza (eventuale o richiesta) di questo o quel coefficiente psichico, bensì, invariabilmente, da un elemento normativo – la “violazione della diligenza necessaria e dovuta” – il quale, da solo, serve a caratterizzare come colposa l'azione, l'evento e/o ogni altro connotato costitutivo dei singoli “*crimina culposa*”, e che al contempo impedisce di ridurre il “fatto colposo” e il “fatto doloso” – già a livello di azione – sotto un concetto superiore comune». Cfr. con quanto osservato *supra*, § 1.2.

<sup>93</sup> H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 15; ID., *La doctrina de la acción finalista, hoy*, in *ADPCP*, 1968/2, 221 (trad. a cura di J. Cerezo Mir), p. 228. Anche se, secondo alcuni, ricorrendo al concetto di «adeguatezza sociale», *Welzel* giungerebbe con ritardo ai risultati già acquisiti dalla teoria della «causalità adeguata»: così, ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 173, 227, nt. 51; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 80 ss.

Ma v'è di più: dopo aver definito in base a *quali conoscenze (dove-rose)* e alla luce di *quali condizioni fattuali (riconoscibili)* un evento può dirsi *prevedibile*, occorre stabilire entro quali limiti e a quali condizioni il *rischio* della sua verificaione può ritenersi giuridicamente accettabile<sup>94</sup>.

La dogmatica della colpa del Novecento rappresenta in buona parte la prosecuzione del tentativo storico di comprendere questo rapporto – un rapporto che si riflette nella nozione sintetica di *erlaubtes Risiko*<sup>95</sup> – a partire da un metro di giudizio chiamato a rappresentare il punto di vista e le aspettative del diritto<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Il concetto di «adeguatezza sociale», pur nella sua intrinseca indeterminazione (critici in questo senso, sulla scorta di J. Hirsch, J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, p. 26 ss.) mostra la sua differenza qualitativa rispetto a quello di *mera* «adeguatezza», soprattutto in relazione a quelle attività, come quella medica, che non soltanto implicano l'assunzione di un certo rischio ma anche e soprattutto la lesione di beni giuridici fondamentali: sul punto, C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Santa Fe, 2011, spec. p. 154 ss.

<sup>95</sup> Nozione risalente a C.L. VON BAR, *op. cit.*, p. 14. Essa, attraversando anche la «adeguatezza sociale» di Welzel, diverrà un concetto chiave nella teoria dell'illecito colposo e nell'imputazione obiettiva dell'evento. M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 640; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi* (1960-1), in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, I, 1, Milano, 1997, 67, p. 100 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 206 ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 8 ss., spec. p. 140 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 308 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 149 ss. (445); J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, p. 80 ss., 340 ss., 533 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 44 ss.; J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, in *CDJ*, 2002/3, p. 135 ss.; S. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 15; C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, cit., p. 13 ss., 179 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 522 ss., spec. 541 ss.

<sup>96</sup> Lo strettissimo nesso concettuale fra l'idea di colpa, come delusione di un'aspettativa (di diligenza), e i criteri di concretizzazione della colpa stessa, nella sua dimensione oggettiva o generalizzante, sarà osservato attraverso il punto di vista dogmatico offerto dal «principio di affidamento» (*Vertrauensgrundsatz*). *Infra*, Capitolo 6.

Il carattere oggettivo di questa prospettiva riposa, quindi, sia nei «vincoli di realtà» che ci vengono indicati dall'osservazione e dalla conoscenza empirica, sia nella metafora dietro la quale si cela la misura della pretesa giuridica<sup>97</sup>: il *pater familias*, la *Maßfigur*, l'uomo accorto e avveduto, *the average member of the community, the reasonable person, l'homo eiusdem condicionis et professionis, el hombre cuidadoso, la persona sensata y razonable*, e così via (Capitolo 3, § 2).

### 2.3. *La fattispecie colposa*

L'essenziale normatività della colpa venne colta dalla dottrina di fronte all'impossibilità di spiegare altrimenti il rimprovero di manifestazioni delittuose prive di un decifrabile elemento psicologico effettivo. Ciò, tuttavia, non consentì immediatamente di concepirla come attributo della condotta rilevante all'interno dell'elemento oggettivo del reato. In coerenza con una nozione di «fatto» capace di includere soltanto la materialità della fattispecie legale, autorevole dottrina continuò a intendere la colpa come un elemento della colpevolezza. Paradigmatica, in questo senso, la posizione mantenuta da *Giacomo Delitala*<sup>98</sup>.

Sul piano concettuale fu quindi determinante ammettere nella nozione e nella struttura della «fattispecie» la categoria degli *elementi normativi*<sup>99</sup>. Naturalmente non si trattò – né si tratta – di un'opzione meramente terminologica<sup>100</sup>, ma di un'opzione dogmatica gravida di conseguenze sistematiche.

<sup>97</sup> Cfr. W. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 509 ss.

<sup>98</sup> G. DELITALA, *op. cit.*, p. 43 ss.

<sup>99</sup> V. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 249 ss. In argomento, ampiamente, S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., spec. p. 109 ss., 251.

<sup>100</sup> E il fatto di aggettivare una condotta come colposa non svela necessariamente una concezione del reato inconsapevolmente «post-classica». Osserva però P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 13, nt. 10, che perfino *Antolisei*, nonostante fosse un «ortodosso assertore dell'impostazione tradizionale», avrebbe lasciato «trapelare» quel collegamento tra «colpa» e tipicità del «fatto colposo» che oggi viene accolto dalla dottrina dominante; egli infatti, nel suo *Manuale*, cit., p. 43 ss., 70 ss., avvertì il bisogno di aggettivare la *condotta* come «imprudente o negligente», e

Tuttavia, essa trovò fondamento anche nel diritto positivo.

Già *Marcello Gallo*, commentando l'art. 43 c.p.<sup>101</sup> – come abbiamo visto (§ 1.1) –, aveva chiarito che si trattava di

una tipologia puramente esterna delle condotte colpose, ottenuta utilizzando il criterio offerto dal contrasto tra la condotta e un sistema di regole, giuridiche, o semplicemente sociali, distinte dalla norma incriminatrice, e da quest'ultima richiamate<sup>102</sup>.

Ciò nonostante – nonostante, soprattutto, l'aver colto il rapporto fra la norma incriminatrice e gli elementi normativi richiamati dall'art. 43 c.p. –, egli restò fedele alla sistematica classica (pre-welzeliana): si trattava di «elementi oggettivi dell'imputazione soggettiva», pur senza «appartenere all'elemento oggettivo del reato»<sup>103</sup>.

*Giorgio Marinucci* fece il passo successivo: abbandonò la sistematica di *Delitala* e, seguendo la via metodologica indicata da *Welzel*, accolse nelle fattispecie di parte speciale – fattispecie «aperte» (*offene Tatbestände*) e «bisognose di integrazione» (*ergänzungsbedürftige Tatbestände*)<sup>104</sup> – l'elemento dato dall'inosservanza della *regola di fonte giuridica o sociale*<sup>105</sup>.

Il percorso argomentativo compiuto dalla dottrina italiana è volto a coniugare le suddette acquisizioni teoriche con il canone metodologico secondo cui la disposizione di cui all'art. 43 c.p. rappresenterebbe

ciò lascerebbe intendere il riconoscimento del fatto «che è proprio la condotta, anzitutto, ad essere lecita o illecita».

<sup>101</sup> Il reato è «colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline».

<sup>102</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 637.

<sup>103</sup> *Ivi*, p. 637.

<sup>104</sup> H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 14-5.

<sup>105</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73 ss. Impostazione sistematica accolta anche da G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 136 ss., spec. p. 139; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss., spec. p. 17. Analogamente, ma sulle base delle *Untersuchungen* di *Engisch*, M.C. DEL RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *Indice pen.*, 1985, 31, p. 46: «Il legame tra condotta ed evento consiste proprio nella violazione del dovere di diligenza: se manca tale violazione manca la tipicità».

«l'ineludibile punto di partenza e di approdo di qualsiasi indagine dogmatica»<sup>106</sup>. Tuttavia, occorre riconoscere che il passaggio dalla normatività della colpa alla sua inserzione nella fattispecie post-belinghiana non dipese dal fatto che il codice penale suggerisce una *stretta relazione* tra fattispecie legale e carattere colposo della condotta<sup>107</sup>. Ciò dipese piuttosto dalle medesime acquisizioni concettuali fin qui considerate<sup>108</sup>.

#### 2.4. Lo «scopo di protezione della norma»: fra teoria normativa della colpa e imputazione oggettiva dell'evento

L'art. 43 c.p. giocò un ruolo importante – ma, di nuovo, non determinante – anche nell'indicazione di un aspetto ulteriore e complementare alla violazione del dovere di diligenza. L'evento – specifica la citata disposizione – può essere imputato a titolo di colpa soltanto se si verifica «a causa» dell'inosservanza della regola di fonte giuridica o sociale. La violazione di una qualsivoglia norma di diligenza, ancorché accompagnata dalla causazione del danno, non è quindi sufficiente. Occorre che fra regola inosservata (*recte*, antidoverosità della condotta) e risultato lesivo sussista un nesso normativo ulteriore, che va qualificato (§ 2.1).

L'esigenza di stabilire questo vincolo di «causalità normativa» emerse principalmente – non per caso – in relazione alle regole di diligenza «a struttura rigida»: quelle il cui contenuto «è tracciato secondo uno schema che non presenta aperture di sorta sulla realtà delle circo-

---

<sup>106</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 71; lo stesso principio metodologico è costantemente richiamato da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73 ss., 168 ss. e *passim*, nel rivolgersi però al pensiero di *Welzel*.

<sup>107</sup> Altrimenti, non si spiegherebbero alcuni autorevoli ripensamenti a codice immutato, come il ritorno ad una concezione sistematica *classica* secondo cui la colpa (normativa) appartiene all'elemento soggettivo del reato (colpevolezza), difeso da G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss.

<sup>108</sup> Si tratta di acquisizioni teoriche che pure ebbero a loro volta delle ragioni giustipositive. La «scoperta» degli elementi normativi della fattispecie e la sovente richiamata formulazione del § 276 del *BGB* (1896), però, non implicano necessariamente la concezione della *condotta colposa* come «fatto tipico»: cfr. H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, cit., p. 8 ss.

stanze concrete» e che fissano «una volta per tutte la misura del “rischio permesso”»<sup>109</sup>.

Eloquente, nella sua semplicità, l'esempio del semaforo:

l'automobilista che attraversa col “rosso” un crocevia senza che gli “succeda niente”, e poi, 500 metri più avanti, investa un adulto che gli si cacci improvvisamente sotto le ruote, non sarà certo punibile per la precedente infrazione del “divieto di passaggio” col rosso<sup>110</sup>.

Più complesso appare invece l'ulteriore caso di scuola: se il passante del caso precedente

fosse stato investito all'incrocio, e, trasportato in un ospedale fosse perito nell'incendio divampato colà improvvisamente, l'investitore non dovrebbe rispondere di quella morte, perché la norma che ha violato, non contemplava certo lo scopo di proteggere l'integrità fisica altrui dal pericolo di combustioni improvvise e letali<sup>111</sup>.

L'esclusione della colpa *nonostante la precedente violazione* si fonda quindi su un criterio di fondo: l'evento deve essere «uno di quelli che la norma violata mirava a prevenire»<sup>112</sup>. Il criterio dello «scopo di protezione» entrò così a far parte della teoria della colpa penale definendo – un versante di – quel nesso necessario ad escludere che l'imputazione mascherasse una forma di responsabilità oggettiva. Infatti, considerare

tipica una condotta per il solo fatto che essa, anche se remoto antecedente di un risultato lesivo, contrasti però con una norma scritta di diligenza, porta ad accollare a titolo di colpa quel risultato, per il solo fatto che si versava *in re illicita*<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 241-2.

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 272.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 57. *Marinucci* non fu peraltro il primo ad occuparsene. Sotto l'insegna della colpa, come egli stesso segnalò, anche autori legati al paradigma presuntivo della «culpa in re ipsa» avevano già mostrato come la responsabilità colposa dovesse essere circoscritta ai soli eventi rientranti nell'ambito di protezione della norma violata: ad es.,

Tuttavia, un analogo tentativo di limitazione era stato compiuto anche sul terreno delle teorie della causalità giuridica<sup>114</sup>. Come abbiamo visto, in base a queste era stato adottato un metodo di giudizio – inizialmente nello specifico terreno dei reati aggravati dall'evento, poi in generale – idoneo ad escludere l'imputazione delle conseguenze della condotta *ex ante* astrattamente imprevedibili. Questo consentiva di escludere l'ascrizione dell'evento determinato da fattori eccezionali. Il loro intervento nel corso causale della condotta era infatti in grado di interrompere il nesso causale. Trattasi evidentemente di un concetto normativo di «interruzione», figlio di una concezione non condizionalistica – cioè altrettanto normativa – del rapporto di causalità.

Lo sviluppo, la circolazione e la fortuna delle teorie causali, come abbiamo già osservato, sono legati alla previsione dei «reati aggravati dall'evento» – dove l'assenza di requisiti soggettivi lascerebbe alla sola teoria dell'equivalenza il compito di determinare la punibilità dell'azione dannosa – e, in secondo luogo, all'incapacità selettiva della colpa intesa come «volontà difettosa» o in base al paradigma della «colpa in re ipsa» (§ 1.3). Tuttavia, ragionare in termini di *causalità* o di *colpa* non è affatto indifferente. L'esempio del semaforo e del successivo investimento lo mostra chiaramente. Dal punto di vista della colpa, l'imputazione dell'evento va esclusa in relazione al mancato rispetto del rosso perché *estraneo all'ambito di protezione della regola violata* (orientata *non* ad impedire qualsivoglia incidente, ma quelli determinati dal mancato rispetto della precedenza in un incrocio); ma ciò non significa che l'evento non fosse concretamente prevedibile. Sicché, la condotta dell'automobilista potrebbe essere considerata illecita in virtù della concreta riconoscibilità di ciò che stava per accadere dal «punto di

---

F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 33, nt. 54. Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 642. Ma si tratta di una teoria di origine civilistica: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 424-5, nt. 190; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 11-2. Vedremo però più avanti che l'applicazione del criterio dello «scopo di protezione» senza previa concretizzazione della regola di diligenza, della quale occorre definire l'ambito di tutela, può condurre – come accade talvolta in giurisprudenza – a giustificare forme di responsabilità di tipo sostanzialmente oggettivo (Capitolo 6).

<sup>114</sup> E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 798 ss.

vista» dell'automobilista-modello<sup>115</sup>. In prospettiva causale, invece, l'attraversamento repentino del pedone, ancorché di per sé imprudente, non può affatto dirsi *astrattamente imprevedibile*. Lo dice l'esperienza.

L'esempio indicato rappresenta la tangibile differenza esistente, nel panorama attuale, fra teorie che seguono le evoluzioni concettuali della colpa, da una parte, e orientamenti che seguono la tradizione della «causalità giuridica» e definiscono la diligenza obiettivamente dovuta attraverso un criterio di prevedibilità concepito in termini astratti (nella sostanza, ancora come criterio di *adeguatezza*). In questo secondo caso, il modello di condotta diligente – su cui si basano anche il criterio dello «scopo di protezione della norma» e i suoi derivati (autoesposizione al pericolo, ecc.) – non viene realmente concretizzato<sup>116</sup>. Per questo, come vedremo, si è talvolta costretti a esasperare il ricorso ad una serie di criteri normativi «interruttivi» del nesso di imputazione che consentano *ex post* di escludere l'attribuzione di responsabilità per l'evento (Capitolo 6, § 3.3).

L'orientamento a cui si è appena fatto riferimento è quello che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, valorizza il criterio dello «scopo di protezione», aggiornando le teorie causali e recuperando le teorie dell'imputazione di *Karl Larenz* e *Richard M. Honig*, e porta all'elaborazione della c.d. *moderne objektive Zurechnungslehre*.

Solitamente l'origine del nuovo corso viene attribuito a *Claus Roxin*, alla svolta politico-criminale del suo *Berliner Programm*<sup>117</sup> e ai suoi *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht* (1970)<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> È già evidente che sussiste uno strettissimo legame fra giudizio di prevedibilità in concreto – come giudizio volto a determinare obiettivamente la misura di diligenza in ipotesi di colpa generica –, e «scopo di protezione della norma» o criterio della «realizzazione del rischio». Per il momento si rinvia a G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 359 ss.

<sup>116</sup> Cfr. di nuovo l'indagine di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., spec. p. 423 ss., e il più recente contributo di G. CIVELLO, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Arch. pen.* (web), 2011/2, p. 18 ss.

<sup>117</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986 (trad. a cura di S. Moccia), p. 25 ss.

<sup>118</sup> C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 132.



Tuttavia, alcuni argomenti che saranno al centro della discussione successiva vennero sviluppati già da *Enrique Gimbernat*, in *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (1966)<sup>119</sup>. Infatti, l'idea principale di questo studio<sup>120</sup> è la seguente: «le norme che impongono doveri di diligenza li impongono non per impedire un evento in generale, ma uno ben determinato»<sup>121</sup>. Tuttavia, riferendosi al caso della novocaina presentato da *Exner* e ridiscusso da *Engisch*, *Gimbernat* valorizzò il profilo normativo-teleologico (lo scopo della norma) come criterio selettivo alternativo a quello ipotetico-prognostico che porta a considerare il decorso causale ipotetico dato dalla condotta alternativa lecita (§ 2.5): «È irrilevante cosa sarebbe successo se...; ciò che conta è verificare se la legge si dirigeva o meno mediante la previsione di un dovere di diligenza ad evitare un evento come quello realizzato»<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Questo lavoro è importante per varie ragioni: esso introdusse per la prima volta nella letteratura di lingua spagnola il criterio dello «scopo di protezione della norma» (J. CERZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2004 (6ª ed.), p. 148) facendone, però, un criterio di *imputazione obiettiva*; da un punto di vista più generale, promosse inoltre una tendenza metodologica che sarà evidente nella dottrina spagnola soprattutto a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, cioè quella di rivolgersi quasi esclusivamente alla letteratura penalistica tedesca, adottandone i criteri. Osserveremo alcune conseguenze pratiche di questo atteggiamento nel Capitolo 6, nell'ambito di un *excursus* comparatistico in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro.

<sup>120</sup> Il lavoro venne pubblicato in lingua spagnola ma costituisce la rielaborazione di una ricerca – la tesi dottorale del suo autore – presentata in Germania nel 1962 sotto la direzione di *Henkel*: E. GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, Hamburg, 1962.

<sup>121</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 141, citando K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., p. 61 (trad. propria).

<sup>122</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 141, nt. 83 (trad. propria). L'autore si rivolge criticamente alla teoria dell'*aumento del rischio* già proposta da C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 74, 1962, p. 411. Questa tesi di *Gimbernat*, cioè la irrilevanza del giudizio avente ad oggetto la «condotta alternativa diligente», è ripresa da M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

È importante sottolineare la natura dell'indagine di *Gimbernat*: non tanto uno studio sulla colpa<sup>123</sup>, bensì una ricerca sulla tipicità basata su una «teoria della rimproverabilità obiettiva»<sup>124</sup>. Non a caso, il dovere di diligenza non viene considerato nei suoi aspetti più intimi e problematici, che sono però anche quelli che distinguono la colpa dalla mera adeguatezza (come già rimarcato). L'obiettivo fu piuttosto aggiungere all'*Adäquanztheorie*, che restò il perno della condotta antiggiuridica<sup>125</sup>, un criterio normativo che conferisse una nuova fisionomia all'illecito penale: superando, nell'immediato, il problema rappresentato dai reati aggravati dall'evento<sup>126</sup>, e fondando una teoria generale dell'imputazione obiettiva dell'evento<sup>127</sup>.

Nella dottrina tedesca, la necessità di confermare, ai fini dell'imputazione, che l'evento fosse tra quelli che la norma violata intendeva evitare, nonché la stretta relazione esistente fra prevedibilità e scopo di protezione, furono evidenziate (ripartendo dalla medesima idea di *Engisch*) da *Ulsenheimer*<sup>128</sup> e da *Rudolphi*<sup>129</sup>. Quindi, *Roxin*<sup>130</sup> valorizzò il

---

<sup>123</sup> Così, invece, viene inteso nel contributo polemico di G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 1991, p. 12-3.

<sup>124</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 105 ss., spec. p. 107 ss.

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 108-10: dagli enunciati di principio e dagli esempi proposti si desume chiaramente che il concetto di «diligenza dovuta» presupposto dall'autore – nonostante il generico riferimento al parametro del «hombre prudente» – corrisponde ad una generica adeguatezza.

<sup>126</sup> La valorizzazione dello «scopo di protezione della norma» rappresentò un'operazione concettuale basata sulla necessità assiologica di circoscrivere l'imputabilità dell'evento più grave a partire dall'unica base normativa possibile, cioè appunto il reato-base.

<sup>127</sup> Accolta, ad esempio, da A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; S. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 9 ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779, p. 789 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., *passim*.

<sup>128</sup> K. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965. Questo studio venne segnalato da *Enrique Gimbernat* nell'edizione spagnola della sua ricerca, sottolineando che si trattava a quel tempo dell'unico lavoro, dopo la sua tesi dottorale del 1962, che si fosse occupato attenta-

criterio in parola, analogamente a *Gimbernat*, come concetto sistematico. Tuttavia, mentre l'autore spagnolo aveva definito l'antigiuridicità della condotta attraverso un astratto criterio di prevedibilità, *Roxin* fece ricorso al concetto di «rischio illecito». Fra i numerosi casi portati<sup>131</sup>, egli considerò la categoria dei «danni secondari», in particolare il caso del danno da *shock* subito dalla madre della vittima di un investimento colposo. In casi del genere, osservò *Roxin*, avendo l'investimento creato il pericolo che si producesse tale tipo di danno secondario, quest'ultimo (lo *shock* subito dalla madre) non poteva certo ritenersi imprevedibile per l'automobilista. La soluzione al problema dell'imputazione andava cercata studiando il nesso in questione e, nel caso di specie, risolta limitando la sfera di protezione della norma ai soli «danni diretti»<sup>132</sup>.

L'esigenza di circoscrivere gli eventi imputabili rispetto a quelli prevedibili assunse un ruolo argomentativo fondamentale nello scritto del 1973<sup>133</sup>, diventando espressione paradigmatica dell'indirizzo normativo-teleologico. In quello studio, *Roxin* esaminò nuovamente una notevole quantità di categorie casistiche – fra le quali: il concorso colposo nel suicidio; l'auto-esposizione al pericolo da parte della vittima; l'esposizione al pericolo di un terzo accettata dallo stesso; e ancora i casi di danni secondari e sopravvenuti, ecc. – cercando di mostrare la valenza generale dello «scopo di protezione». Questo non andava inteso come parametro da cui dedurre una soluzione per ciascuna concreta fattispecie, ma come principio ispiratore a partire dal quale esaminare l'intera materia e, al suo interno, la problematica relativa alla delimitazione del campo degli eventi ascrivibili per colpa<sup>134</sup>.

---

mente della questione (E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 147, nt. 95 a).

<sup>129</sup> H.-J. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, p. 549 ss.

<sup>130</sup> C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., p. 132.

<sup>131</sup> *Ivi*, p. 140 ss.

<sup>132</sup> *Ivi*, p. 142.

<sup>133</sup> C. ROXIN, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, in *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976 (trad. a cura di D.M. Luzón Peña), p. 181 ss.

<sup>134</sup> *Ivi*, spec. p. 198-9.

La riflessione più recente rappresenta in buona parte lo sviluppo di questo indirizzo metodologico. Lo «scopo di protezione della norma», che lo si ritenga elemento proprio della teoria della colpa<sup>135</sup>, o un portato della teoria della imputazione obiettiva<sup>136</sup>, rappresenta la matrice di una serie più o meno definita di sotto-criteri<sup>137</sup> chiamati a illuminare il nesso normativo fra condotta illecita ed evento per ciascuna categoria di casi problematici<sup>138</sup>.

Vedremo qualche esempio applicativo di questi criteri rispetto al contributo colposo della vittima, nell'ambito di un *excursus* comparatistico in materia di colpa datoriale e incidenti nei luoghi di lavoro (Capitolo 6, § 3.3).

---

<sup>135</sup> Per tutti, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., *passim*.

<sup>136</sup> Per tutti, E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la imputación objetiva?*, in *EPC*, 1985-6, p. 167 e ss., spec. p. 175 ss.; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 175 ss. Questi autori mirano a separare nettamente il campo concettuale e funzionale della colpa (e del dolo) da quello dell'imputazione obiettiva: compito di quest'ultima sarebbe spiegare perché, talvolta, l'azione dolosa o colposa non può considerarsi tipica. Ad ogni modo, sul confronto dialettico fra sostenitori e detrattori della *objektive Zurechnungslehre*, con specifico riguardo alla discussione intorno alla paternità del criterio in parola, rinvio alle pur brevi considerazioni svolte in A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in *Arch. pen.* (web), 2018/2, p. 4-8.

<sup>137</sup> Le categorie induttivamente identificate rispondono generalmente alle seguenti classi di eventi: i danni consequenziali o secondari (*Zweitschäden*), i danni da *shock* emotivo (*Schockschäden*), i danni protratti e le conseguenze tardive (*Dauerschäden*, *Spätfolgen*), la contribuzione dolosa o colposa del terzo nell'evento lesivo finale, l'autoesposizione al pericolo (*Selbstgefährdung*) e il suo sottoinsieme delle azioni di salvataggio (*Rettungshandlungen*). Per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 359 ss., spec. p. 547 ss.

<sup>138</sup> Benché fino a qui le formule «scopo», «ambito di protezione» e «realizzazione del rischio» siano state utilizzate per indicare il medesimo luogo dogmatico, alcuni autori preferiscono distinguere: cfr. ad es. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 432-3, 657, che propende per «realizzazione del rischio» (il rischio illecito, non consentito, generato dalla condotta inosservante il dovere di diligenza); e M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, cit., p. 265, che predilige «Zweck der Norm», scopo della norma.

## 2.5. Il comportamento alternativo conforme a diligenza: aumento del rischio vs. evitabilità

I prodromi del medesimo indirizzo metodologico si scorgono già nel più risalente contributo di *Roxin* sulla connessione tra illecità ed evento nell'ambito specifico del delitto colposo<sup>139</sup>. In quel saggio, l'autore ripropose il criterio dell'«aumento del rischio»<sup>140</sup>, esaminando i ben noti casi del farmacista, del ciclista ubriaco e della novocaina<sup>141</sup>. Pertanto, lo studio si iscrive nella tematica della «condotta alternativa lecita» (o «doverosa»), affacciando un'alternativa al criterio condizionalistico della «evitabilità»<sup>142</sup>.

L'ambito in questione è quello costituito dai casi in cui l'evento (o un evento dello stesso tipo) si sarebbe probabilmente o quasi certamente verificato, nonostante l'adozione di un contegno diligente<sup>143</sup>. Contro la teoria più restrittiva – secondo cui la *evitabilità* dell'evento andrebbe accertata in base al canone di giudizio del *in dubio pro reo*, dovendosi altrimenti assolvere nonostante l'inosservanza –, *Roxin* propose un criterio idoneo, da un lato, ad impedire un regresso alla logica del *versari* (responsabilità per mera inosservanza di un qualsivoglia dovere di diligenza), e, dall'altro, ad evitare assoluzioni giudicate inopportune sul piano politico-criminale<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 411 ss.

<sup>140</sup> *Ivi*, p. 431 ss. Il criterio dell'aumento del rischio, segnalò *Roxin*, era già stato proposto da *Mittasch* in un «dimenticato» contributo del 1943.

<sup>141</sup> Per alcune chiare riesposizioni di quei casi, cfr. A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 97 ss.; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 194 ss.; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, p. 223 ss.

<sup>142</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 264 ss., spec. p. 272 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>143</sup> Casi ampiamente discussi a partire dal contributo di F. EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, cit., 569.

<sup>144</sup> Spiega chiaramente termini e natura della questione G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 945, p. 952-3: «è di intuitiva evidenza che ci si trova (...) di fronte a una pregiudiziale questione a carattere valutativo (in termini politico-criminali e/o di giustizia punitiva): è necessario o giusto punire l'autore della condotta positiva colposa, pur nei casi nei quali l'osser-

Questo profilo, si noti, non venne immediatamente distinto dal criterio della realizzazione del rischio<sup>145</sup>. In effetti, anche nella dottrina attuale, secondo alcuni autori il criterio dello «scopo di protezione» sarebbe da intendersi come alternativo e assorbente – pertanto non cumulativo – rispetto al giudizio sull’idoneità impeditiva del comportamento alternativo lecito (e quindi alle teorie, in questa prospettiva superflue, della *evitabilità* o dell’*aumento del rischio*)<sup>146</sup>.

Tuttavia, secondo uno schema attualmente ricorrente, il criterio considerato nel paragrafo precedente andrebbe tenuto concettualmente separato dal giudizio (eventualmente successivo) che concerne l’ipotetica idoneità preventiva della condotta alternativa diligente (secondo profilo del «nesso di rischio» o, se si preferisce, della «causalità della colpa»)<sup>147</sup>.

Allo scopo di comprendere perché un aspetto del «nesso di anti giuridicità» può assorbire o confondersi con l’altro<sup>148</sup>, occorrerà soffermarsi sulla natura dell’elemento dogmatico logicamente presupposto: il

vanza della regola cautelare sarebbe stata inutile (o di incerta efficacia) in vista dell’impedimento dell’evento lesivo? – O punire vuol dire riproporre il vecchio principio, di ascendenza canonistica, del *versari in re illicita?*». Cfr. K. ULSENHEIMER, *op. cit.*, p. 157 ss.

<sup>145</sup> Riferendosi in particolare al caso della *novocaina* (F. EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 587-8), Roxin ritenne che la soluzione da lui affacciata rispondesse nella sostanza e negli esiti a quella già proposta da Engisch mediante il ricorso al criterio della «realizzazione del rischio» (C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 411 ss.).

<sup>146</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., spec. p. 140 ss.; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, cit., spec. p. 199 ss., 228-9; EAD., *¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, in E. GIMBERNAT ORDEIG, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (a cura di), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, 103, p. 105 ss. Cfr. però, più di recente, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, in *ADPCP*, LXVIII, 2015, 21; ID., *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, Buenos Aires, 2017.

<sup>147</sup> Ad es., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 473 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 429, 446; ampi riferimenti alla dottrina tedesca in K. SUMMERER, *op. cit.*, p. 275 ss.

<sup>148</sup> Cfr. anche su questo K. SUMMERER, *op. cit.*, p. 261 ss.

dovere di diligenza e la regola cautelare (talvolta «impropria» rispetto ad un evento determinato) in cui si concretizza<sup>149</sup>.

Ad ogni modo, inizialmente la teoria di *Roxin* venne criticata per alcune essenziali ragioni. Il primo problema della sua impostazione riguardò una certa ambiguità di prospettiva. Non fu chiaro, cioè, se l'aumento del rischio andasse valutato *ex ante* oppure *ex post*. Adottando il primo punto di vista – come sembrò fare in un primo momento *Roxin* –, si sarebbe infatti dovuto sempre concludere per l'imputazione. Tutte le azioni che oltrepassano la misura del «rischio consentito», rilevò *Ulsenheimer*<sup>150</sup>, determinano *ex ante* un aumento del rischio<sup>151</sup>. L'incontestabilità della critica venne di fatto riconosciuta da *Roxin*, quando specificò che la valutazione sull'aumento del rischio avrebbe dovuto essere effettuata in relazione all'evento concretamente verificatosi e, quindi, alla luce delle circostanze di fatto conoscibili *ex post*<sup>152</sup>. Questa soluzione, pur conservando anche secondo alcuni seguaci una certa ambiguità, è quella accolta dalla successiva dottrina dell'aumento del rischio<sup>153</sup>.

In senso critico, si eccepirono anche la violazione del principio *in dubio pro reo* e la surrettizia trasformazione dei reati colposi di evento in reati di pericolo concreto. Trattasi di aspetti che, non a caso, riaffiorano nel dibattito più recente, anche in materia di causalità omissiva. Nei reati omissivi impropri, infatti, l'accertamento della causalità dovrebbe consistere nel medesimo giudizio ipotetico, incentrato sul «comportamento alternativo lecito», che nei reati commissivi rappresenta il

---

<sup>149</sup> Mette in evidenza la stretta relazione esistente fra tipologia e funzione della regola cautelare e nesso di anti giuridicità P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., *passim*. Rinvio però per ulteriori considerazioni al Capitolo 7, § 5.4.

<sup>150</sup> K. ULSENHEIMER, *op. cit.*, p. 134 ss.

<sup>151</sup> Analogamente, C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 263.

<sup>152</sup> C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., spec. nt. 18, dove si distingue chiaramente il giudizio sulla creazione del rischio non consentito (*ex ante*) da quella sull'effettivo aumento del rischio (*ex post*).

<sup>153</sup> Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *JA*, 1975, 435, p. 647 ss., 649; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 147 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 513 ss.

secondo momento della «causalità della colpa» o del «nesso di rischio» (che dir si voglia). Si tratterebbe quindi di valutare se l'intervento doveroso (diligente) del garante nel decorso causale sarebbe stato idoneo, con una «probabilità confinante con la certezza», ad impedirne l'esito lesivo<sup>154</sup>.

Quest'ultima, ancorata al criterio della *evitabilità*, è l'opinione sostenuta, almeno in Italia, dalla dottrina prevalente. Tuttavia, specialmente rispetto al settore della responsabilità medica, data la particolare natura delle regole cautelari disponibili in quel contesto, alcuni autori hanno richiamato l'attenzione sull'esigenza di riconsiderare il significato e l'incidenza delle valutazioni controfattuali sottese al giudizio di responsabilità<sup>155</sup>, con l'obiettivo di proporre una «più approfondita e aggiornata teoria dell'aumento del rischio» che, per le ipotesi di omissione impropria, significherebbe l'adozione del criterio di imputazione della «mancata diminuzione del rischio»<sup>156</sup> o della «diminuzione di chances»<sup>157</sup>.

## 2.6. Misura oggettiva e misura soggettiva della colpa

Come già cennato in sede introduttiva, la progressiva imposizione della concezione normativa della colpa, intesa come inosservanza di uno standard oggettivo, ha finito col riproporre il problema della personalità del rimprovero. Complici l'indeterminatezza intrinseca del parametro di valutazione (Capitolo 3) e le tendenze oggettivizzanti della giurisprudenza (Capitolo 4), ci si interroga infatti sulla necessità di garantire, attraverso l'esigenza di una «misura soggettiva» della colpa, che la sanzione penale rispetti il canone di colpevolezza, principio fon-

---

<sup>154</sup> Per tutti, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 405 ss.

<sup>155</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.

<sup>156</sup> G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche*, cit., spec. p. 959 ss.

<sup>157</sup> Per alcuni argomenti a favore di questo criterio (minoritario), che attiene ad un profilo di tipicità connesso, ma non centrale ai fini della presente indagine, rinvio nuovamente a quanto esposto in A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., spec. p. 37 ss.



damentale che, nelle sue accezioni più evolute, imporrebbe di *personalizzare quanto più possibile* il giudizio di imputazione<sup>158</sup>.

È su questa base che, nel corso del Novecento, alcuni autori propongono la teoria della «doppia misura» della colpa, secondo cui – nell'accezione accolta comunemente – questa classe di responsabilità verrebbe data dalla violazione del dovere di diligenza (questione generalmente affrontata, nella sistematica post-welzeliana, sul piano del fatto-tipico) e dal giudizio successivo circa la rimproverabilità soggettiva del mancato adeguamento allo standard obiettivo (questione attinente all'elemento della colpevolezza o, secondo alcuni, della imputazione soggettiva).

La costruzione di *J. Goldschmidt* (§ 1.1) non può ancora definirsi propriamente una dottrina della doppia misura, soprattutto se la si confronta con alcune impostazioni rinvenibili in altre esperienze e all'interno di diversi sistemi concettuali già sul finire del XIX secolo. In *The Common Law* (1881), ad esempio, *Oliver W. Holmes* intese il rimprovero per *criminal negligence* come un giudizio oggettivamente parametrato sull'*external standard* del «average member of the community», che ammette ciò nonostante delle eccezioni se il soggetto non è in grado di rispondere a detta aspettativa giuridica<sup>159</sup>.

Da un punto di vista *lato sensu* funzionale, però, anche nell'opera di *Goldschmidt* si coglie l'esigenza di subordinare la punibilità della colpa – intesa come inosservanza di una regola di condotta o del dovere di attenzione – ad un giudizio ulteriore, rivolto all'*individuo* e riguardante le sue *possibilità soggettive* di adeguamento alle regole del diritto.

La successiva dottrina novecentesca della «doppia misura» (Capitolo 3, § 3.4) può essere considerata come un tentativo di compromesso fra istanze oggettivistiche e soggettivistiche, ovvero, fra «un'idea di difesa dell'ordine giuridico contro tutte le situazioni che l'esperienza

---

<sup>158</sup> L'esigenza di «personalizzazione» sarebbe infatti non solo il punto «più interessante (qualificante, si potrebbe dire) della concezione normativa della colpevolezza», ma anche la caratteristica principale dell'evoluzione del diritto penale più recente: così, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., p. 559.

<sup>159</sup> O.W. HOLMES, *The Common Law* (1881), Toronto, 2011, p. 46 ss., 97 ss. Cfr. G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence. A Comparative Analysis*, in *Univ. Pa. Law Rev.*, 119, 3, 1971, 401, p. 427 ss.

dell'uomo normale insegna essere foriere di pericoli e di lesioni»<sup>160</sup> e l'esigenza di valutare l'attitudine del soggetto agente ad uniformare il proprio comportamento alla regola di condotta inosservata<sup>161</sup>. Tale attitudine, rilevante ai fini della misura soggettiva della colpa, andrebbe valutata considerando le caratteristiche dell'individuo, ferma restando, però – e anche su questo ci soffermeremo in seguito –, «l'impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare»<sup>162</sup>.

### *3. La struttura tripartita del fatto tipico nell'illecito colposo. Prime conclusioni e chiarimenti terminologici*

L'evoluzione dogmatica sommariamente considerata ci consente di ribadire un primo risultato: quello di intendere il fatto-tipico colposo come uno spazio dogmatico (convenzionalmente) dotato di una struttura essenzialmente *tripartita* e caratterizzato, nell'ordine, dai seguenti livelli (piani o momenti) di imputazione.

(1) L'imputazione del fatto non può che iniziare dalla ascrizione causale dell'evento lesivo alla condotta<sup>163</sup>. Questo primo giudizio ha carattere essenzialmente descrittivo, in quanto consiste nella osservazione (o nella dimostrazione inferenziale, basata sulla teoria condizionalistica) dei fatti accaduti e della loro modalità di realizzazione.

Tale passaggio è necessario anche qualora si tratti di responsabilità di tipo «omissivo improprio», poiché solo la verifica del corso degli eventi può indicare se quanto accaduto appartiene all'ambito di protezione che caratterizza la posizione di garanzia; inoltre, senza conoscere il meccanismo di produzione dell'evento non sarebbe possibile valutare

---

<sup>160</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 173. Cfr. di nuovo O.W. HOLMES, *op. cit.*, p. 46.

<sup>161</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8ª ed.), cit., p. 610 ss.

<sup>162</sup> H. MANNHEIM, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, Breslau, 1912, p. 41, cit. da G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-8, 275, p. 292.

<sup>163</sup> Cfr. tuttavia la prospettiva normativista difesa da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 27 ss., 343 ss.

la relazione fra condotta inosservante, portata impeditiva della cautela omessa e tipo di evento<sup>164</sup>. Pertanto, questo primo momento ascrittivo non comprende l'accertamento (*rectius*, la valutazione) in ordine all'esistenza di un nesso di «causalità omissiva», poiché questo consiste in un giudizio di carattere normativo che, logicamente, richiede la previa determinazione della «condotta alternativa diligente», cioè il dovere di diligenza la cui inosservanza integra la (misura oggettiva della) colpa. Nei casi di «omissione impropria», in questa prima fase, alla spiegazione del meccanismo di produzione dell'evento si aggiunge l'imputazione di una posizione di garanzia il cui scopo di protezione comprenda il tipo di evento verificatosi<sup>165</sup>.

(2) Una volta conclusa la prima fase dell'imputazione (causale o normativa, a seconda dei casi), occorre chiedersi se la condotta lesiva od omissiva del garante è altresì colposa. A tale questione risponde il giudizio *ex ante* circa il disvalore della condotta, tradizionalmente incentrato sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, e/o sulla creazione di un rischio non consentito, quali indicatori della violazione del dovere di diligenza e strumenti di definizione della regola cautelare inosservata. Questa fase dell'attribuzione sarà l'oggetto principale del nostro studio.

(3) Una volta stabilita la regola cautelare rilevante e verificata la sua inosservanza, possono porsi ulteriori problemi di imputazione obiettiva (o normativa). Si tratta quindi di valutare se sussista il c.d. «nesso di rischio» (o la «causalità della colpa», se si preferisce utilizzare un linguaggio più coerente al dettato del codice, ma concettualmente ambiguo), svolgendo un giudizio *ex post* avente come primo termine di correlazione l'inosservanza della diligenza doverosa (della regola cautelare). Tale giudizio è finalizzato a stabilire se l'evento verificatosi sia uno di quelli che la regola inosservata mirava a prevenire e, eventualmente, che cosa sarebbe accaduto se l'agente si fosse comportato in modo diligente. Nei casi di omissione impropria, questa seconda fase del giudizio

---

<sup>164</sup> Chiaro, sul punto, F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *D&Q*, 10, 2010, 137, p. 159-60.

<sup>165</sup> Per questi aspetti relativi alla struttura tipica dei reati omissivi impropri, si rinvia anche alle più ampie riflessioni sviluppate in A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 16 ss., 24 ss., e alla bibliografia indicata.

assume, nella dottrina corrente, la funzione di stabilire la sussistenza del nesso di «causalità omissiva» (trattandosi in realtà di un problema di imputazione normativa).

Questo terzo momento del giudizio di imputazione (dell'evento alla condotta già giudicata colposa) richiede, naturalmente, di aver previamente determinato il contenuto normativo del dovere di diligenza: (3a) sia ai fini della determinazione dell'ambito di protezione della norma inosservata (e, quindi, della realizzazione del rischio); (3b) sia, qualora lo si ritenga necessario, per valutare l'incidenza del decorso alternativo ipotetico dato, per l'appunto, dal comportamento alternativo diligente (Capitolo 7, § 5.4).

A mio giudizio, questa impostazione rende ragionevole la sistemazione dell'elemento normativo dato dalla *violazione del dovere* all'interno del fatto-tipico (§ 2.3). Infatti, qualora si volesse lasciare alla dimensione oggettiva del reato la mera descrizione del fatto materiale, restituendo così *tutta la colpa* – a prescindere da quali e quante siano le sue dimensioni – alla colpevolezza, una volta accertata la violazione del dovere di diligenza resterebbero comunque da verificare profili di imputazione obiettiva (*ex post*).

Ben inteso: l'impostazione classica, che vede la colpa come forma (ma anche oggetto) dell'elemento soggettivo del reato (§ 1.1), resta altrettanto legittima<sup>166</sup>. In fin dei conti, la dogmatica è un linguaggio convenzionale la cui legittimità e ragionevolezza si misurano sul piano pratico. Tuttavia, la teoria del reato come sistema concettuale assume anche una valenza ordinatrice, aspirando a rendere razionale (decifrabile, motivabile e discutibile) il discorso sulla responsabilità.

In questo senso, l'impostazione accolta mi sembra preferibile: (i) perché coerente sotto il profilo della demarcazione fra dimensione *oggettiva* (tipica, *generalizzante*) e *soggettiva* (personalizzante) del processo di imputazione; (ii) perché consente, come avremo modo di puntualizzare in sede conclusiva, una caratterizzazione normativa del

---

<sup>166</sup> Nella manualistica, mantengono quest'impostazione, fra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012 (4<sup>a</sup> ed.), p. 313 ss.; al di là dell'esperienza italiana, S. POLITOFF, J.-P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago, 2004 (2<sup>a</sup> ed.), p. 282 ss.

fatto utile al corretto esercizio del diritto di difesa in ottica processuale (Capitolo 8, § 2.1).

Lo schema accolto mantiene dunque al centro del *giudizio sulla tipicità-colposa del fatto* la valutazione concernente la *violazione del dovere di diligenza*: un dovere la cui colonna vertebrale naturalistica è data dal decorso causale (da accertare quindi, come primo passo, per poi valutare se fosse *ex ante* prevedibile) e che a propria volta costituisce il primo termine (normativo) del giudizio di imputazione dell'evento (fondato sul giudizio circa la configurazione del «nesso di rischio» fra la condotta negligente e l'evento).

Fuori da questo spazio sistematico, resta invece da chiarire – ce ne occuperemo, pur nell'ambito di un discorso che resterà incentrato sulla definizione dell'aspettativa di diligenza – se possa essere riconosciuta una «misura soggettiva» della colpa; specie alla luce del suo rapporto, spesso enunciato ma forse non del tutto chiarito, con il principio di «inesigibilità» (Capitolo 3, § 3.4, Capitolo 7, §§ 2.4, 6).



## CAPITOLO TERZO

# DOVERE DI CONOSCENZA E ASPETTATIVA DI DILIGENZA

## MODELLI TEORICI

SOMMARIO: 1. Norma di diligenza, dovere di diligenza e regola cautelare. 2. Teorie normative della colpa: modelli generalizzanti. 2.1. Cosa segna il limite dell'agire lecito? Il paradigma deontico (ordinario): il giudizio ex ante circa la prevedibilità ed evitabilità dell'evento hic et nunc nella prospettiva dell'agente-modello differenziato. 2.2. Oltre l'indeterminatezza dell'agente-modello? La teoria prasseologico-positivistica. 2.3. Uno standard di diligenza uguale per tutti? La «migliore scienza ed esperienza». 2.4. Che fare in condizioni di incertezza? La crisi del «modello nomologico» e l'appello al principio di precauzione (la critica di un dogma). 3. La definizione della soglia di rimproverabilità. 3.1. Il dilemma della colpevolezza colposa. 3.2. Teorie miste: oggettivamente normative e soggettivamente psicologiche. 3.3. (segue) Il rapporto fra mens rea e pure negligence nella tradizione di common law. 3.4. Teorie della «doppia misura» e individualizzazione della colpa. Il recupero del principio di inesigibilità. 4. Lo scenario attuale. Sintesi.

### 1. Norma di diligenza, dovere di diligenza e regola cautelare

La concezione normativa della colpa è oggi largamente condivisa dalla dottrina europeo-continentale e latino-americana<sup>1</sup>, così come nella

---

<sup>1</sup> Fra i più rilevanti contributi in argomento (oltre a quelli che saranno indicati nel prosieguo dell'indagine): A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 243 ss.; M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 636 ss.; H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 7 ss., 16; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 168 ss.; ID., *Il reato come «azione»*, cit., p. 188 ss.; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974; A. TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, in *ADPCP*, 1974, p. 25 ss.; R. NÚÑEZ BARBERO, *op. cit.*, p. 45 ss.; B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 435 ss.; J. CEREZO MIR, *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culpo-*

tradizione di *common law*<sup>2</sup>. La colpa penale, intesa quale classe di responsabilità e criterio di imputazione, si sostanzia, anzitutto, nell'inoservanza del *dovere di diligenza*, elemento normativo della fattispecie che si concretizza – cioè si definisce, rispetto al caso concreto – ricorrendo a *regole cautelari* di fonte giuridica o sociale.

Dal punto di vista normologico, vi è accordo circa la opportunità di distinguere concettualmente fra *norma di diligenza*, espressa dalla fattispecie penale<sup>3</sup>, e *dovere di diligenza*, il quale, come detto, si concretizza in regole di condotta (prudenza, diligenza e perizia, secondo il nostro

*sos*, in *ADPCP*, 1983, p. 471 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 51 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 132 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 4 ss.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, Santiago, 1995; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit.; M.A. TERRAGNI, *El delito culposo*, Buenos Aires, 1997, p. 59 ss.; B.J. FEJÚO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 239 ss.; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 107 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 10 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*; D. CASTRO-NUOVO, *La colpa penale*, cit., *passim*; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., *passim*; J.P. MAÑALICH RAFFO, *La imprudencia como estructura de imputación*, in *Rev. cien. penales*, XLII, 3, 2015, p. 13 ss.; L. CONTRERAS CHAIMOVICH, *Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones*, in *Pol. Crim.*, 13, 25, 2018, p. 387 ss.

<sup>2</sup> Dove «Negligence, the common law term, is (...) used in a transsystematic way, as equivalent to Roman *culpa*, German *Fahrlässigkeit*, and French *faute de négligence*»: T. HONORÉ, *Responsibility and Fault*, Oxford, 1999, p. 16. V., inoltre, O.W. HOLMES, *op. cit.*, p. 46 ss., 97 ss.; H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, p. 136 ss.; G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence*, cit., p. 401; R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford-Portland, 2007, p. 69 ss.; M. BARON, *The Standard of the Reasonable Person in the Criminal Law*, in R.A. DUFF, L. FARMER, S.E. MARSHALL, M. RENZO, V. TADROS (a cura di), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford, 2012, 11; A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, F. STARK, G. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford-Portland, 2016, p. 159 ss.

<sup>3</sup> M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 102. Ciò nonostante, talvolta – ad esempio, quando ci si riferisce al criterio dello «scopo di protezione della norma» (Capitolo 2, § 2.4) –, la dottrina sovrappone il concetto di norma a quello di dovere di diligenza.



codice) a seconda del caso (tipo di attività, parametro normativo di riferimento, ecc.) e la eventuale disponibilità di regole tecniche predeterminate (da regolamenti, protocolli, *guidelines*, ecc.)<sup>4</sup>.

Soggetta a dottrine divergenti è invece la collocazione sistematica, all'interno della teoria del reato, dell'elemento normativo dato dalla *violazione del dovere*. Per le ragioni anzidette (Capitolo 2, spec. § 3), all'impostazione che identifica la colpa con una forma (e un elemento, al tempo stesso) della colpevolezza<sup>5</sup>, si preferisce quella che la colloca all'interno del fatto tipico(-colposo)<sup>6</sup>.

Nel capitolo precedente abbiamo esaminato la struttura dogmatica delle fattispecie colpose causalmente orientate, indicando i livelli di imputazione ad esse pertinenti e caratterizzando brevemente i relativi metodi di giudizio. Ora, raccogliendo gli spunti e riprendendo alcuni nodi problematici già in parte tematizzati, si tratta di entrare nel vivo dello studio che, come annunciato in sede introduttiva (Capitolo 1), si concentrerà sul problema della concretizzazione del dovere di diligenza e, in particolare, della definizione del dovere di conoscenza come presupposto della libertà di azione nella vita di relazione<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> In senso analogo, D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, cit., spec. p. 287 ss.; T. VARGAS PINTO, *Responsabilidad penal por imprudencia médica*, Santiago, 2017, p. 29 ss., 37 ss.

<sup>5</sup> Per tutti, nella manualistica, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 313 ss.; S. POLITOFF, J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 282 ss.

<sup>6</sup> Secondo l'impostazione adottata, nella manualistica, da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8<sup>a</sup> ed.), cit., p. 568 ss.; J. NÁQUIRA, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, I, Santiago de Chile, 2015, p. 239 ss., spec. 255 ss., fra gli altri.

<sup>7</sup> Sulla relazionalità della colpa ci soffermeremo nel Capitolo 6, dove l'obiettivo sarà convalidare l'ipotesi ricostruttiva che esplicherò nel Capitolo 5.

## 2. Teorie normative della colpa: modelli generalizzanti

### 2.1. Cosa segna il limite dell'agire lecito? Il paradigma deontico (ordinario): il giudizio ex ante circa la prevedibilità ed evitabilità dell'evento hic et nunc nella prospettiva dell'agente-modello differenziato

La regola di condotta nella quale, caso per caso, si sostanzia il dovere di diligenza può avere carattere *predefinito*. In questi casi, quando cioè siano disponibili regole modali idonee a indicare chiaramente la strada da seguire in determinate circostanze *al fine di evitare* la produzione di eventi lesivi *prevedibili* (o al fine di *contrastare* un decorso causale *prevedibilmente* diretto a sfociare in un evento lesivo, qualora si tratti di un soggetto che ricopre un ruolo di garanzia), si osserva che l'agente può contare su modelli di comportamento di carattere «rigido»<sup>8</sup> e «determinato»<sup>9</sup>.

In tutti gli altri casi – compresi quelli in cui vengano in causa regole scritte, ma «elastiche»<sup>10</sup> –, secondo l'orientamento prevalente (paradigma ordinario) il dovere di diligenza andrebbe determinato alla stregua di ciò che avrebbe potuto prevedere «un *agente modello* che svolga, professionalmente o per assunzione volontaria (...), con la *dovuta capacità e competenza*, la medesima attività per la quale si pone il problema della colpa di un agente reale»<sup>11</sup>. L'imputazione per colpa di un evento cagionato (o non impedito, in ipotesi di «omissione impropria») si fonderebbe quindi sul *dovere di riconoscere* le conseguenze delle proprie azioni; un dovere da concretizzarsi in base al «combinarsi delle conoscenze nomologiche *standard*» del parametro normativo di

<sup>8</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237.

<sup>9</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 220 ss.

<sup>10</sup> Cioè disposizioni che, per essere applicate, abbisognano «di un legame più o meno profondo, e più o meno esteso, con le circostanze del caso concreto»: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237.

<sup>11</sup> C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 50, 2007, 593, p. 634, nt. 124 (corsivo aggiunto).

riferimento (base nomologica) «con l'occasione (*Anlass*) di applicare tali conoscenze»<sup>12</sup>.

Il nucleo essenziale della colpa sarebbe quindi indicato dagli schemi della *prevedibilità* ed *evitabilità* dell'evento (*hic et nunc*) verificatosi, da intendersi quali presupposti della responsabilità colposa e criteri ricostruttivi cui l'interprete dovrebbe ricorrere allo scopo di individuare la regola di condotta la cui *inosservanza*, sostanziandosi in un superamento del *rischio consentito* (*erlaubtes Risiko*: Capitolo 2, § 2.2), integra un elemento costitutivo del fatto tipico colposo<sup>13</sup>.

Decisive e numerose, però, sono le questioni ereditate da siffatta impostazione, come in varia misura riconosciuto anche da alcuni suoi autorevoli sostenitori<sup>14</sup>.

Consideriamo in primo luogo il criterio della *prevedibilità*. Esso, come abbiamo visto, svolge un ruolo fondamentale già nello sviluppo delle teorie della causalità giuridica e dell'azione, dapprima quale criterio statistico e valutativo legato all'astratta conoscenza delle leggi di natura, cioè all'umana capacità di previsione secondo l'*id quod plerumque accidit*, e poi come limite dell'agire lecito definito da una misura normativa parametrata all'*adeguatezza sociale* (Capitolo 2, § 1.3 e 2.2).

La funzione svolta dal criterio di prevedibilità nella concezione normativa della colpa è dunque la stessa: segnare il limite del *rischio consentito*, cioè dell'*agire lecito* (e quindi della *libertà di azione*) secondo un giudizio *ex ante*, data la possibilità di prevedere, sulla base delle conoscenze nomologiche (generalizzazioni esplicative) disponibili ed esigibili ad un agente ideale, le conseguenze dannose di una certa condotta.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> In questo senso, ricorrendo al concetto di «rappresentabilità», M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 638 (nt. 38); G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 174; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, cit., p. 93; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 126 ss.

<sup>14</sup> Cfr. la chiara esposizione di F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012, p. 7 ss.

Tuttavia, che cosa significhi poi in concreto «prevedibilità»<sup>15</sup>, o quale probabilità possa comportare un dovere di attivazione<sup>16</sup>, sono questioni che non si possono affrontare, né quindi risolvere, se non considerando gli estremi di tale giudizio, ovvero: (1) il «punto di vista» (il parametro normativo) da adottare nel valutare la rappresentabilità di qualcosa; (2) e quel qualcosa, cioè l'evento (o il tipo di evento) in questione.

Per quanto riguarda il parametro normativo, la figura dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* della nostra dottrina<sup>17</sup> (corrispondente, nella sostanza, alla *Maßfigur* tedesca<sup>18</sup>, alla *persona sensata y prudente* della dottrina in lingua spagnola<sup>19</sup> e all'aspettativa incarnata dalla *reasonable person* nella tradizione di *common law*<sup>20</sup>) rappresenta un soggetto immaginario (*i.e.*, ideale, normativo)<sup>21</sup> la cui funzione è fissare l'aspettativa di diligenza dell'ordinamento giuridico. La sua ricostruzione attuale riflette il superamento delle più risalenti dottrine del *pater familias* e dell'agente-modello indifferenziato, e serve ad indicare all'interprete il bagaglio di *conoscenze* e di *capacità* oggettivamente esigibili ai membri ideali (auspicabili, desiderabili, ecc.: poiché di un «dover essere» si tratta) di determinati gruppi sociali o professionali (a seconda dell'appartenenza dell'autore materiale del fatto o del garante).

---

<sup>15</sup> Sulla «riconoscibilità o prevedibilità dell'evento», per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 201 ss., spec. 211 ss.

<sup>16</sup> Sul punto, F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1279, p. 1303 ss., 1303 ss.

<sup>17</sup> M. GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 194 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 298 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 237 ss.

<sup>18</sup> H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 15 ss.; M. BURGSTALLER, *op. cit.*, p. 54 ss.

<sup>19</sup> Per tutti, M.Á. RUEDA MARTÍN, *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, in *InDret*, 2009/4, 1, p. 48 ss.

<sup>20</sup> Per tutti, M. BARON, *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>21</sup> Benché non necessariamente «fedele al diritto». Così, invece, J.P. MAÑALICH RAFFO, *La imprudencia como estructura de imputación*, cit., p. 22, il cui parametro di valutazione rischia di vedersi interpretato come un richiamo apologetico ad un modello sprovvisto di un significato normativo idoneo a orientare concretamente il giudizio di imputazione.

Ma quali sono, ci si chiede, le abilità obiettivamente esigibili al chirurgo, all'automobilista, al datore di lavoro, ecc.? È possibile stabilire il bagaglio di conoscenze oggettivamente esigibile all'*homo eiusdem*, sulla base del medesimo parametro normativo, senza incorrere in una irrisolvibile circolarità argomentativa<sup>22</sup>? Sarebbe giusto imputare al modello di agente le conoscenze «speciali» o «superiori» eventualmente possedute dall'agente reale? Inoltre: fino a che punto sarà invece possibile e opportuno individualizzare tale parametro di riferimento? Ci occuperemo di queste questioni strada facendo e a tempo debito.

Per quanto riguarda poi l'*evento*, un conto è richiedere, come ritengono necessario alcuni autori, la prevedibilità dell'evento *hic et nunc*, altro è accontentarsi – come fa in taluni casi la giurisprudenza – della rappresentabilità del «tipo di evento» (Capitolo 4, § 2.2)<sup>23</sup>. La scelta della prima o della seconda strada (o delle infinite vie intermedie...) ha conseguenze notevoli sul piano della definizione dell'ampiezza del criterio di imputazione. Si pensi, fra i casi che richiameremo, alla responsabilità del datore di lavoro per malattie professionali: è necessaria la previsione dell'evento-morte specifico, avvenuto con certe modalità e tempistiche, o è sufficiente, ai fini dell'imputazione, la prevedibilità dell'evento-tipo «morte per grave patologia polmonare»?

Veniamo infine alla *evitabilità*. Il riferimento a questo requisito ha, prima di tutto, la funzione di indicare che la regola cautelare da adottare, stante la *prevedibilità* dell'evento, deve avere lo *scopo di evitarlo*. Si dovrà trattare, cioè, di una condotta diretta ad impedire l'evento prevedibile. L'evitabilità segna, quindi, la funzione della regola modale in cui si sostanzia il dovere di diligenza.

Tuttavia, la prevedibilità dell'evento *non implica* necessariamente la sua evitabilità. In dottrina è stato sostenuto che un modello di «rischio consentito» in base al quale si ritenessero sufficienti regole cautelari

---

<sup>22</sup> Tautologia già evidenziata, con ulteriori riferimenti, in A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1404-5.

<sup>23</sup> Al riguardo, già G. FORTI, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559; L. FURNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso casuale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 719.

idonee *soltanto a ridurre il rischio* sarebbe incompatibile con la necessità ordinamentale di tutelare (anche penalmente) determinati beni fondamentali<sup>24</sup>. Nondimeno, come pure si riconosce, quando non sia «“tecnicamente” possibile»<sup>25</sup> altrimenti, il comportamento diligente potrà rispondere all’adozione di regole cautelari «improprie», cioè idonee ad assicurare la prevenzione del rischio (apparentemente) afferente al loro ambito di protezione (*infra*, Capitolo 5, § 2.1, e Capitolo 7, § 5.4).

La misura di diligenza obiettivamente e concretamente esigibile non va ricostruita *ex post* in considerazione dell’idoneità impeditiva rispetto all’evento *hic et nunc* verificatosi. Il fatto che la regola cautelare debba essere ricostruita *ex ante* significa che la sua adozione risponderà ad un contegno diligente al di là la sua concreta efficacia preventiva. Se, al contrario, si identifica la condotta diligente con la regola cautelare *necessaria ad impedire l’evento* o, comunque, la *prevedibilità* con *l’evitabilità*<sup>26</sup>, si abbandona irrimediabilmente la prospettiva *ex ante*.

Le questioni indicate restano aperte e il giudizio di colpa, nella maggior parte dei casi, si fonda su un criterio normativo applicabile mediante l’adozione di un parametro di «adeguatezza» e «diligenza» lasciato alla elaborazione del giudice. Ciò, come noto, ha alimentato la denuncia di un *deficit* di determinatezza ritenuto intollerabile, portando all’elaborazione di concezioni normative alternative maggiormente individual-garantiste.

---

<sup>24</sup> «Che impedire i pericoli sia il contenuto “normale” delle regole di diligenza e la loro riduzione sia solo l’“eccezione”, è ovviamente il portato di una *scelta di valore* (...)»: G. MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa*, cit., p. 22.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 23.

<sup>26</sup> Cfr., ad es., F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 151; S.F. ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, 2010, p. 387; C.E. RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Bogotá, 2011, p. 320, 323.

## 2.2. Oltre l'indeterminatezza dell'agente-modello? La teoria prasseo-logico-positivistica

Il principio di legalità, si è osservato, implica che il giudice possa essere soltanto fruitore<sup>27</sup> e non anche produttore<sup>28</sup> di regole cautelari.

Data questa premessa, che esprime l'esigenza di disciplinare un giudizio di colpa penale fondato su regole cautelari riconoscibili e preesistenti sia al giudizio, sia alla stessa condotta, parte della dottrina propone un modello alternativo a quello visto nel paragrafo precedente, basato sulla violazione di *regole modali positivizzate*, oppure, laddove residuino spazi di colpa generica<sup>29</sup>, sull'inosservanza delle *consuetudini comportamentali*, cioè delle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Anche adottando i parametri ricostruttivi tradizionali (agente-modello e prevedibilità dell'evento), la colpa si sostanzierebbe nella contrarietà ad un parametro comportamentale *preesistente al fatto*, tra gli altri, secondo P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224, p. 1241: «Il giudice (...) dovrebbe limitarsi a far affiorare la regola cautelare, con operazione ricognitiva e non costitutiva, ancorché in sostanza – nelle ipotesi di colpa generica – spetti al magistrato il compito di mettere per iscritto la regola di diligenza applicabile al caso concreto (...)»; sul punto anche E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 142-3, rimarcando che al giudice compete «concretizzare» e non «creare» lo standard oggettivo di diligenza.

<sup>28</sup> Riconosce G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 525, che «la diligenza prescritta non è precostituita all'indagine» che consente la sua ricostruzione. Secondo L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. II, Napoli, 2011, p. 963 ss., «la determinatezza (...) delle ipotesi di colpa generica è solo fittizia»; «l'esperienza insegna come in esse la regola di condotta che si sarebbe dovuto rispettare venga ricostruita, non di rado, solo a posteriori».

<sup>29</sup> Cioè di colpa dovuta non alla violazione di «leggi, regolamenti, ordini o discipline» (art. 43 c.p. italiano), ma all'inosservanza di aspettative di diligenza di matrice sociale (negligenza, imprudenza e imperizia).

<sup>30</sup> F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 86 ss.; F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149 ss. Sviluppa questa prospettiva teorica C. VALBONESI, *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del crimen culposum*, Firenze, 2014, p. 174 ss.

Questa soluzione, si sostiene, impedirebbe al giudice di strumentalizzare l'individuo in funzione simbolica<sup>31</sup> e consentirebbe di rimettere al medesimo «corpo sociale la determinazione delle prassi cautelari», che, quando ritenute insoddisfacenti, potranno essere sempre «neutralizzate da un'apposita positivizzazione di regole più efficaci e sovraordinate». La rinuncia all'agente-modello conferirebbe quindi legittimazione alla responsabilità colposa, «omologandola al principio di legalità ed escludendo che competa al giudice (...) il compito pedagogico di instillare nei cittadini, a colpi di pena, lo slancio etico verso standard di tutela più elevati»<sup>32</sup>.

Tuttavia, nemmeno l'indirizzo in esame va esente da rilievi critici di fondo.

In primo luogo, si è osservato che il ricorso a regole modali standardizzate o «consuetudinarie» non sempre si rivela *possibile*, poiché numerosi settori professionali e/o relazionali (come vedremo) non sono, né potrebbero essere, compiutamente disciplinati da regole *standard* (anche non positivizzate). Qualunque sia la loro origine, natura o struttura, l'osservanza delle norme predefinite dagli «usi» o dalle «prassi» non varrebbe a

porre l'agente al riparo da ogni addebito, perché solo una parte delle circostanze concrete che accompagnano la realizzazione della condotta può essere ricompresa sotto gli schemi – rigidi o elastici che siano – tracciati da quelle norme giuridiche.

---

<sup>31</sup> D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 247, p. 274.

<sup>32</sup> F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss., spec. 167; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 264 ss. Cfr. anche F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 105 ss., 125 ss. Si mostra critica nei confronti del «parametro dell'uomo medio» anche M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 134 ss., la quale però, nonostante sostenga che nei settori non regolamentati, «per definire il rischio consentito, non resta che ricorrere al criterio di ciò che è “socialmente adeguato”, cioè “l'usuale in quel tipo di attività”, in una parola la “consuetudine”» (*op. ult. cit.*, p. 305), ritiene inevitabile lo svolgimento di un «giudizio di valore sul carattere consentito o meno dell'azione» da parte del giudice (*op. ult. cit.*, p. 147, 152 ss., trad. propria).



E ciò varrebbe non tanto, o non soltanto, in ragione della «maggior o minor apertura di quelle norme verso le circostanze del caso concreto», quanto piuttosto della loro «incapacità ad esaurirne la qualificazione, per l'enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta in ogni fatto di vita, che sfugge alla "comprensione" di ogni regola prudenziale preconstituita»<sup>33</sup>.

Inoltre, ancorché *possibile*, il ricorso a regole modali standardizzate o consuetudinarie non sempre si rivelerebbe *adeguato*. Infatti, le norme codificate o in uso in un dato contesto sociale o professionale potrebbero essere connotate da un'*obsolescenza* o da un'*inefficacia* doverosamente riconoscibile da parte di chi dovrebbe essere tenuto ad applicarle, stante la concreta riconoscibilità/prevedibilità del pericolo che, nonostante o addirittura a causa dell'adeguamento a quelle norme, si verificano eventi dannosi. L'osservanza di uno standard cautelare chiaramente predeterminato, in altri termini, potrebbe risultare *insufficiente* rispetto al grado di diligenza obiettivamente esigibile (secondo un dato parametro), imponendo l'adozione di condotte informate a regole prudenziali diverse e ulteriori rispetto a quelle preconstituite<sup>34</sup>.

Infine, è stato osservato come nemmeno in relazione alle prassi o alle consuetudini cautelari sia comunque possibile prescindere dal considerare le concrete circostanze del caso. Infatti, benché abbiano il «pregio della determinatezza», le regole cautelari predefinite dall'esperienza potrebbero «esporsi al sospetto di fondare la responsabilità penale sulla trasgressione della regola stessa (purché ne derivi causalmente l'evento)»<sup>35</sup>. Pertanto, quando a venire in causa sia l'inosservanza di una regola cautelare predeterminata occorrerebbe comunque chiedersi se l'*occasione* di ricorrere a quella norma di condotta fosse chiaramente riconoscibile. In tutti i casi, come abbiamo visto, l'evento dovrà essere uno

---

<sup>33</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 250; analogamente, Á. TORÍO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 29; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 503 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 333 ss.

<sup>34</sup> Ad es., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 108 ss., spec. 110 ss.

<sup>35</sup> P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 83 (si veda il ragionamento dell'autore a proposito del caso del *ciclista ubriaco*); ID., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, cit., p. 1233.

di quelli che la regola cautelare mirava a prevenire, essendo riconducibile all'ambito di protezione della norma di diligenza inosservata (Capitolo 2, § 2.4 e 3). Pena, una paradossale ricaduta nella logica del *versari in re illicita*<sup>36</sup>.

### 2.3. Uno standard di diligenza uguale per tutti? La «migliore scienza ed esperienza»

Secondo altri autori, di fronte all'indeterminatezza dell'agente-modello, la regola di diligenza rispondente alla pretesa oggettiva andrebbe invece determinata in base al parametro della «migliore scienza ed esperienza» al tempo della condotta<sup>37</sup>.

La tesi si regge in primo luogo su argomenti di ordine dogmatico: il ricorso a parametri tecnici consentirebbe di evitare «la “contaminazione” della dimensione oggettiva per il tramite di elementi soggettivi»<sup>38</sup>; la *tipicità*, estranea a qualunque giudizio individualizzante, andrebbe definita da una regola cautelare, se disponibile, «uguale per tutti»<sup>39</sup>. La soluzione conferirebbe quindi coerenza interna alla categoria della colpa, essendo «legittimo pensare che [anche] leggi e regolamenti che contengono regole rigide vengano formulate sulla base della migliore scienza ed esperienza disponibili in quel momento»<sup>40</sup>.

Sul piano politico-criminale, inoltre, questa impostazione sarebbe idonea a garantire il perseguimento di obiettivi di *prevenzione generale*. E, su quello dei principi, importerebbe un maggior rispetto dell'esigenza di *tassatività*, «riducendo il rischio che la intuizione del giudice si

---

<sup>36</sup> Di nuovo, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 109 ss.: «l'affermazione secondo cui la inosservanza delle regole cautelari generali (...) porta immediatamente alla realizzazione tipica di un fatto colposo è un'altra forma di applicazione del vituperato criterio del “*versari in re illicita*”» (trad. propria).

<sup>37</sup> La tesi, già sostenuta da F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, 299, p. 306, e T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 212, viene sviluppata da M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., spec. p. 165 ss., 402 ss.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 409-14.

<sup>39</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 407.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 402 ss.

elevi a fonte di produzione di regole cautelari scientificamente non confermate»<sup>41</sup>.

Tuttavia, un primo aspetto criticato della tesi in discussione è l'innalzamento del livello di diligenza preteso. Ciò, secondo altri autori, rifletterebbe un'esaltazione della funzione general-preventiva<sup>42</sup>, effettivamente evocata e valorizzata da chi sostiene questo modello, tale per cui nemmeno un aggiuntivo giudizio di colpevolezza, basato peraltro sull'agente-modello *homo eiusdem condicionis et professionis*<sup>43</sup>, permetterebbe di compensare<sup>44</sup>.

Altro aspetto problematico di questa teoria sarebbe, ancor prima, di carattere epistemologico, cioè attinente al modo di intendere la «scienza» e i suoi enunciati come fonti di conoscenza e ispiratori di regole giuridiche. Se la ragione/finalità che muove i suoi sostenitori è conferire certezza e oggettività al fatto tipico colposo, la «immagine di scienza»<sup>45</sup> cripticamente presupposta appare legata all'idea del miglioramen-

---

<sup>41</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 339-40; M. GROTTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 398.

<sup>42</sup> A questo riguardo, F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 1293 ss.; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, cit., p. 13-4; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 56, 1, 2013, 124, p. 141-3, nt. 35.

<sup>43</sup> Almeno nella costruzione di M. GROTTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., spec. p. 389 ss.

<sup>44</sup> D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 267.

<sup>45</sup> Si fa riferimento al concetto di *image of science* coniato da Y. ELKANA, *Boltzmann's Scientific Research Program and Its Alternatives*, in ID. (a cura di), *The Interaction Between Science and Philosophy*, New York, 1974, 243, p. 246: «the sum-total of thoughts on what science is and should be» (corsivo originale), adottato da V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, 1984, p. 22, nt. 33; G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 87; ID., *Immagini di conoscenza giuridica*, Padova, 2011, p. 21 ss., i quali, analogamente, chiariscono che detta espressione serve ad indicare i modi di intendere la scienza presupposti dai «costruttori di teorie» e in grado di influenzare profondamente le loro metodologie. Le immagini di scienza, cioè i modi di intendere la conoscenza teorica, le sue fonti, la sua validità, riposano su modelli più o meno generali che implicano concetti, assunzioni

to lineare delle conoscenze, al dogma positivistico della uniformità del metodo scientifico (monismo metodologico)<sup>46</sup> e dei suoi risultati<sup>47</sup>. In effetti, l'idea emergente dagli studi che propongono questa misura è che si tratti della conoscenza «di avanguardia», la «massima» possibile, quella «più avanzata» e quindi «in grado di tracciare regole cautelari più precise rispetto alla conoscenza che sta nella disponibilità dell'*homo eiusdem*»<sup>48</sup>. Il dovere di diligenza si concretizzerebbe nella cautela rispondente al sapere più aggiornato al tempo della condotta, ovvero nell'obbligo di fare tutto il possibile alla luce delle «conoscenze umane di un dato momento storico»<sup>49</sup>.

L'esito di questa dottrina, che prende espressamente le mosse – come quella «prasseologica» esaminata nel paragrafo precedente – dall'esigenza, ispirata dal principio di legalità, di conferire maggior determinatezza al fatto tipico colposo, sarebbe quindi la rinuncia all'elaborazione di un parametro autenticamente normativo (la regola cautelare, se disponibile, deve essere «uguale per tutti») e un affidamento al parametro tecnico derivante dal consenso vigente nella comunità degli esperti. In questo senso, la teoria della «migliore scienza» sembra porre il diritto «in condizioni di deferenza» di fronte alla scienza, sul presupposto tacito secondo cui «gli scienziati sono i portavoce neutrali di un sapere oggettivo da offrire alla valutazione giuridica»<sup>50</sup>.

---

metafisiche, concezioni globali del mondo e della vita, i quali, a loro volta, si riflettono sui modelli di scientificità.

<sup>46</sup> Di nuovo, V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, cit., p. 13 ss.; ID., *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *D&Q*, 5, 2005, p. 31 ss.; J. ESTEVE PARDO, *El Desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las Incertidumbres de las Ciencia*, Barcelona, 2009, p. 21 ss.

<sup>47</sup> Si tratta di un aspetto già evidenziato in A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1403.

<sup>48</sup> M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 165-9; cfr. F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 306.

<sup>49</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

<sup>50</sup> V. a questo proposito M.C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., p. 339 ss. L'autrice individua una manifestazione di questo atteggiamento culturale (*speaking truth to power*) nel concetto di «norma giuridica “tecnica”, che fa del diritto un contenitore neutrale di normatività per contenuti scientifico-tecnici da determinarsi da parte

Ma occorre domandarsi: è davvero possibile affidare la definizione di un'aspettativa normativa a parametri tecnici, assicurando in questo modo l'eliminazione di qualsivoglia «discrezionalità valutativa» in sede di definizione del fatto tipico-colposo? Questo modo di intendere i rapporti tra scienza e diritto si giustifica, sul terreno specifico della costruzione della colpa, in base a simili premesse? Oppure si tralascia di considerare che, inevitabilmente, anche le norme codificate riflettono giudizi di valore? E a chi compete, quindi, esprimere tali giudizi di valore attraverso la definizione di standard cautelari?

#### 2.4. *Che fare in condizioni di incertezza? La crisi del «modello nomologico» e l'appello al principio di precauzione (la critica di un dogma)*

Al paradigma ricostruttivo tradizionale, richiedente la disponibilità di cognizioni scientifiche *confermate* tali da rendere *ex ante* (dal punto di vista di un agente-modello *eiusdem condicionis*) prevedibile l'evento (*hic et nunc*) come conseguenza della condotta, si contrappongono inoltre, come accennato in sede introduttiva (Capitolo 1, § 2.2), alcune proposte di dare attuazione al c.d. «principio di precauzione» in materia penale.

L'applicazione di questo canone può avvenire, sul piano del diritto positivo, in quei settori in cui si debbano fissare regole o fattispecie precauzionali strumentali ad una gestione politicamente condivisa (cioè plurale) del rischio scientificamente incerto. Laddove la scienza non è in grado di *prevedere* con certezza e non sa dirci quindi *che cosa fare*, occorre stabilire in altro modo – in base a parametri prettamente normativi – come agire di fronte alla *eventualità non meramente congetturale di un rischio di una certa grandezza*<sup>51</sup>. Tuttavia, secondo alcuni autori, una definizione su base precauzionista del dovere di diligenza potrebbe avvenire anche in sede *giudiziale*, valorizzando l'inosseranza di *doveri*

---

degli esperti del settore». Antitetico a questo è il modello di «co-produzione», sul quale ci soffermeremo in seguito, sia in sede critica che in sede ricostruttiva (Capitolo 5, § 2.2; Capitolo 7, § 4.1).

<sup>51</sup> V. sul punto, C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal*, cit., p. 403 ss., spec. 408 ss.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008/5, 647, p. 652.

*strumentali alla conoscenza* anche di là di quanto stabilito dagli obblighi positivi, qualora esistenti.

Ma prima di procedere oltre e di chiederci se e in che misura il dovere di diligenza possa essere definito, se del caso, su base precauzionale, vediamo in che cosa consiste il c.d. «principio di precauzione».

I primi riconoscimenti normativi di un canone così denominato si ritrovano nella disciplina tedesca federale del diritto ambientale (*Vorsorgeprinzip*, 1976) e all'interno di trattati e dichiarazioni internazionali a partire dagli ultimi anni Ottanta del secolo scorso: ad esempio, la Convenzione sulla diversità biologica delle Nazioni Unite, siglata a Rio de Janeiro nel giugno del 1992<sup>52</sup>. In Europa, esso appare nel Trattato di Maastricht (1992) – e oggi, allo stesso modo, nel Trattato sul Funzionamento dell'UE<sup>53</sup> –, trovando per la prima volta definizione nel Regolamento (CE) n. 178/2002 in materia di sicurezza alimentare<sup>54</sup>.

Il principio di precauzione può costituire il fondamento etico di uno specifico paradigma di responsabilità, e da lì assurgere a principio politico e criterio di gestione del rischio tecnologico, eventualmente adottato dalla stessa comunità scientifica come canone autoregolativo idoneo a giustificare stati di eccezione, limiti o moratorie all'attività di ricerca e all'adozione di tecniche sperimentali<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Al riguardo, anche per altri riferimenti sull'origine concettuale e convenzionale del principio, A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, p. 3 ss.; B. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *¿Cuánta ignorancia? El principio de precaución y la falta de certeza absoluta*, in *Azafea. Rev. filos.*, 15, 2013, p. 221 ss.

<sup>53</sup> All'art. 174.2, oggi art. 191.2 del Trattato sul Funzionamento dell'U.E.

<sup>54</sup> Il cui art. 7 recita: «Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio».

<sup>55</sup> Come nel caso della moratoria stabilita durante il Congresso internazionale di Asilomar del 1975 (*International Asilomar Conference on Recombinant DNA*): sul punto, L. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, *Biotecnología (Jurídico)*, in C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enc. Biod. Bioét.*, Bilbao-Madrid, 2011, in <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/50>. Esigenze analoghe sono state espresse anche in relazione all'applicazio-

Come criterio di governo dell'imponderabile e di prevenzione dell'imprevedibile (in senso nomologico e deterministico), nella prospettiva di François Ewald, tale principio dovrebbe consigliare di agire immaginando la peggiore delle ipotesi possibili (principio del *maximum minorum*)<sup>56</sup>, dove, nondimeno, l'ambito del possibile dovrebbe essere comunque circoscritto dalla *disponibilità di dati empirici* (cioè ipotesi di correlazione)<sup>57</sup>, senza perciò degenerare in logiche paralizzanti basate semplicemente sul timore che si verifichi ciò che non può essere escluso<sup>58</sup>.

---

ne di biotecnologie più recenti, ad esempio rispetto all'utilizzo dell'ingegneria genetica per la cura e la prevenzione delle patologie ereditarie. Si pensi, ad esempio, all'evoluzione dell'ingegneria genetica applicata alla medicina e al dibattito sviluppatosi negli ultimi anni a proposito della tecnica di *genome editing* denominata *CRISPR-Cas9*. In argomento, S.D. BERGEL, *Aspectos éticos y jurídicos de la edición genética humana*, in *RDGH*, 46, 2017, p. 15 ss.

<sup>56</sup> «Il principio di precauzione richiede un ricorso attivo al dubbio, nel senso in cui esso è stato canonizzato da Descartes nelle sue *Meditationes*. Prima di qualsiasi azione devo chiedermi non solo cosa devo sapere e con che cosa ho a che fare, ma anche cosa non so, cosa temo e cosa suppongo. Per precauzione devo raffigurarmi la peggiore eventualità»: F. EWALD, *The return of Descartes' Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution*, in T. BAKER, J. SIMON (a cura di), *Embracing risk. The changing culture of insurance and responsibility*, Chicago, 2002, 273, p. 285 (trad. S. Utz, trad. it. propria).

<sup>57</sup> «L'immaginazione scientifica, in ogni caso, deve basarsi su certi dati»: A. CORTINA, *op. cit.*, p. 13 (trad. propria); nondimeno, sul problema della definizione della soglia minima di conoscenza incerta ma «plausibile», B. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 230 ss.

<sup>58</sup> Sulla questione cognitiva sottesa all'idea di precauzione, specie qualora tradotta in un criterio di imputazione *ex post*, G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, cit., 573, p. 606 ss.: mostra l'autore come l'individuazione del pericolo e la conseguente reazione preventiva sottesa al canone in parola non si sottrarrebbero al «metodo selettivo» dell'*euristica della disponibilità*, secondo cui il «tipico modo con cui la mente umana riesce a rappresentarsi i rischi» è «basato sulla facilità di materializzare nella mente situazioni nelle quali il rischio si è realizzato e la cui evocazione tende dunque più facilmente a generare la paura»; sicché le *attenzioni preventive* e le *reazioni punitive* (quando qualcosa è accaduto) si concentrerebbero su ciò che è familiare, piuttosto che su rischi ipoteticamente maggiori e più gravi che però non hanno catalizzato le attenzioni dell'opinione pubblica (*op. ult. cit.*, p. 609). Sulla base dell'assunto che il principio di precauzione opera in condizioni di incertezza scientifica (e *non*

Tuttavia, occorre avvertire che le matrici filosofiche del principio di precauzione, ancor prima delle sue possibili declinazioni e applicazioni giuridico-sostanziali, restano oggetto di polemiche e discussioni, e ciò consente, a seconda dell'idea presupposta, di etichettare come «precauzionali» criteri decisionali adottati in contesti che vanno ben oltre la tutela dell'ambiente, la sicurezza del prodotto, le biotecnologie... e la protezione della salute in generale<sup>59</sup>.

Le ambiguità caratterizzanti il discorso sulle matrici assiologiche del precauzionismo – ambiguità idonee, secondo alcuni, a mettere in discussione la possibilità stessa di considerarlo sintetizzabile in un «principio»<sup>60</sup> – si mostrano soprattutto quando esso, oltre a fungere da criterio di *decision-making*, porta a ridiscutere i limiti della *responsabilità individuale*.

Occupandosi delle sue radici filosofiche, *Adela Cortina* ha sostenuto che il principio di precauzione, riconducibile all'etica della responsabilità di *Hans Jonas*, sarebbe basato, in fondo, sull'idea kantiana dell'uomo «fine in sé stesso»<sup>61</sup>. Rispettare la dignità umana significherebbe infatti, anzitutto, considerare le persone come «finalità positive» di qualunque attività umana; e ciò implicherebbe limitare quanto più possibile la dannosità dell'agire di ciascuno prescrivendo *doveri positivi di conoscenza*<sup>62</sup>. L'inadempimento di questi doveri, a seconda della qualità giuridica che agli stessi viene attribuita dall'ordinamento, potrebbe essere il presupposto di una forma di responsabilità.

Tuttavia, il medesimo canone kantiano viene evocato anche da chi, sostenitore della teoria «prasseologica-positivistica» (§ 2.2), sostiene l'esigenza contraria, cioè quella di restringere quanto più possibile

in *totale assenza* di basi conoscitive), tende invece a ridimensionare la predetta prospettiva A. CORTINA, *op. cit.*, p. 13 ss.

<sup>59</sup> Di precauzionismo si è parlato anche, impropriamente, in relazione alla strategia adottata dall'amministrazione statunitense dopo l'11 settembre 2001: al riguardo U. BECK, *Conditio humana*, cit., p. 86-8; nella letteratura penalistica, G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., p. 611 ss.

<sup>60</sup> Riferimenti in tal senso, nonché sulla proposta classificazione fra versioni forti e versioni deboli del principio di precauzione, in B. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 226 ss.

<sup>61</sup> A. CORTINA, *op. cit.*, p. 11-2.

<sup>62</sup> *Ivi*, p. 12-3.



l'ambito di responsabilità per violazione di doveri di cautela<sup>63</sup>. L'uomo fine in sé stesso, in questa seconda prospettiva, viene declinato come limite alla strumentalizzazione che subirebbe quell'uno che, come si suol dire, venisse condannato per educarne cento (cioè in funzione esemplare e pedagogica).

Il problema della responsabilità colposa in condizioni di *incertezza scientifica* si pone quando ci chiediamo se, in un determinato contesto e momento del passato, lo *stato delle conoscenze* fosse tale da: (1) consentire di *prevedere* le conseguenze pregiudizievoli di certe condotte (quali, ad esempio, l'utilizzo di certe sostanze, o la distribuzione di prodotti destinati al consumo), *ex ante* possibilmente dannose e rivelatesi *a posteriori* certamente tali; e quindi (2) di imporre un *dovere di attivazione* diretto a prevenirle o arginarle (dovere inevitabilmente imputabile *ex post*, cioè a fatti avvenuti, benché da un punto di vista *ex ante*). Questo problema si pone anche qualora, ad esempio, l'utilizzo di una sostanza o la commercializzazione di un prodotto abbiano ottenuto tutte le necessarie autorizzazioni amministrative. Ad uno stato di «iniziale certezza» possono infatti seguire condizioni di «sopravvenuta incertezza»<sup>64</sup>.

*Giorgio Marinucci* affrontò la questione chiedendosi: «a partire da quando» l'ipotesi scientifica circa la possibile pericolosità di un'attività può essere considerata conoscenza doverosa (ovvero: propria dell'agente-modello) e idonea a fondare un dovere di prevenzione (eventualmente, di astensione)<sup>65</sup>? Egli pensava, come vedremo nel corso dell'indagine, ai casi in cui ci si è chiesti *a partire da quando* i dirigenti aziendali avrebbero dovuto rendersi conto della nocività di sostanze, quali l'amianto e il cloruro di vinile monomero, utilizzate per decenni nei loro stabilimenti (Capitolo 4, § 2).

La risposta data da alcuni autorevoli difensori del modello ordinario prevalente (§ 2.1) è stata la seguente: affinché sorga un dovere di attivazione, occorre che: (1) gli enunciati scientifici relativi alla dannosità di una sostanza (in un dato luogo e tempo, *ex ante* rispetto all'even-

---

<sup>63</sup> D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 274.

<sup>64</sup> J. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, p. 144 ss.

<sup>65</sup> G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., spec. p. 48.

to) indichino una «legge scientifica» (piano epistemologico del *consenso* e/o del *grado di corroborazione*); (2) tali saperi siano senz'altro nella «disponibilità» dell'agente-modello (piano valutativo della *doverosità*). Insomma: solo una legge scientifica nella disponibilità dell'agente-modello può generare un dovere cautelare di prevenzione fondato sulla prevedibilità dell'evento<sup>66</sup>. Sicché, non vi è superamento del «rischio consentito» (*i.e.*, non si pongono limiti alla libertà di azione) *fino a quando* non vi sia certezza (scientifica) circa la dannosità della condotta in termini di «causalità generale» (idoneità a causare tipi di eventi).

La radicalità di questa dottrina si mostra quando applicata a contesti di *incertezza*, laddove cioè esistano dati tali da indicare che una certa attività potrebbe causare determinate conseguenze dannose. *Potrebbe*, poiché l'enunciato che indica una possibile correlazione deve essere confermato da ulteriori sperimentazioni o non gode (ancora) di *ampio consenso* nella comunità degli esperti<sup>67</sup>.

Dall'evidenza di tale radicalità trae origine la necessità – sostenuta da alcuni – di riaffermare la legittimità dell'intervento punitivo, almeno di fronte al verificarsi di eventi lesivi di beni giuridici primari (vita e salute) «gravi e irreversibili»<sup>68</sup>, assegnando all'interprete nuovi e diversi parametri ricostruttivi del fatto tipico colposo.

Sollevando la questione circa l'opportunità di attribuire un ruolo al «principio di precauzione», al fine di ri-definire i presupposti e i contorni della responsabilità colposa in condizioni di incertezza scientifica, *Romeo Casabona* ha scritto che la sua applicazione potrebbe «limitare la portata del principio di prevedibilità oggettiva come punto di partenza imprescindibile per la determinazione della condotta diligente». Si

---

<sup>66</sup> Simile, in questo senso, l'opinione espressa da C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670, p. 1700; F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 1307: negli anni Settanta, sostiene l'autore, il rischio di mesotelioma pleurico non sarebbe stato conoscibile «se non a livello di esperto universale».

<sup>67</sup> Faremo riferimento al criterio epistemologico giurisprudenziale della «general acceptance» (cd. *Frye test*) nel Capitolo 4, § 2.3.1, e nel Capitolo 5, § 2.2.

<sup>68</sup> Secondo la definizione del principio di precauzione di D. BOURG, J.-L. SCHLEGEL, *Parer aux Risques de Demain. Le Principe de Précaution*, Paris, 2001, p. 140, ripresa da C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 390, e A. CORTINA, *op. cit.*, p. 5.

affaccia, in questo modo, la *critica di un dogma*: quello rappresentato dal «modello nomologico» – emerso nelle teorie della causalità giuridica (Capitolo 2, § 1.3) e assunto dal modello colposo deontico ordinario (*supra*, § 2.1) –, secondo cui la *imprevedibilità secondo leggi scientifiche* corrisponde immancabilmente alla «negazione di una condotta colposa»<sup>69</sup>.

In nessun caso però, precisa l'autore, si potrà giustificare una presunzione di colpevolezza contraria ai più basilari principi del diritto penale liberale. L'obiettivo, invece, dovrebbe essere quello di definire criteri che possano «aiutare chi realizza un'attività a identificare qual è il comportamento diligente prima di agire, quando altrimenti resterebbe privo di qualunque indicazione orientativa»<sup>70</sup>. Ancor prima che svolgere la funzione di modello di giudizio per il giudice, il principio di precauzione dovrebbe quindi fungere da guida per l'agente che decida di realizzare un'attività che *potrebbe essere dannosa*, ma della cui dannosità *non si è ancora certi* a causa della incertezza scientifica relativa agli enunciati causali-generalì che legano l'attività al possibile tipo di evento<sup>71</sup>.

Una concreta ridefinizione precauzionista della «colpa generica» (cioè in mancanza di regole cautelari positivizzate) è stata proposta poi da *Ruga Riva*. Nella prospettiva suggerita da questo autore, un dovere precauzionale di attivazione potrebbe sorgere appena ci si trovi di fronte a «congrui indizi», non solo *nomologici*, ma anche puramente *fattuali*, del possibile verificarsi di un evento dannoso o pericoloso. In particolare, la riconoscibilità di meri «*dati fattuali anomali*» genererebbe già di per sé un obbligo «preliminare» di *approfondimento* o di *aggiornamento* scientifico (a seconda che riguardi o meno soggetti provvisti delle «necessarie risorse economiche» o comunque operanti in «settori ad elevata innovazione tecnica e tecnologica, ove chi crea il rischio possiede le migliori conoscenze per dominarlo») sulle possibili

---

<sup>69</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 409 (trad. propria).

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 411-2 (trad. propria).

<sup>71</sup> In termini analoghi, *ivi*, p. 411.

cause degli eventi riscontrati<sup>72</sup>. Quindi, qualora l'adempimento degli «obblighi di conoscenza» alimentasse il dubbio sulla pericolosità della condotta, si porrebbe il problema di adottare «cautele di natura operativa» volte a ridurre o ad eliminare il rischio. Il presupposto cognitivo della seconda fase dell'obbligo di attivazione non sarebbe rappresentato dal dato *quantitativo* del *consenso*, ma dal fatto che «il soggetto, al momento della condotta, possa seriamente rappresentarsi la rischiosità del suo agire o del suo omettere rispetto a determinati eventi» alla luce delle «congetture ricavabili dagli studi e dai dati disponibili nel mondo scientifico», quand'anche si tratti di «ipotesi non ancora assurte a rango di leggi scientifiche o non ancora condivise dall'intera comunità scientifica»<sup>73</sup>.

In breve, seguendo questa prospettiva, qualora riconoscibili *signa facti* rivelino all'agente la possibile pericolosità della sua condotta, pur in assenza di preesistenti cognizioni nomologiche (*i.e.*, leggi scientifiche causali) idonee a confermare il sospetto, e qualora il *dubbio* (in quanto tale) risulti minimamente ma plausibilmente confermato, nascerebbe l'obbligo precauzionale «vero e proprio», il cui concreto contenuto dipenderebbe dalla «gravità del rischio ipotizzato» e dallo «spessore dei dati fattuali e delle congetture scientifiche conosciute o conoscibili»<sup>74</sup>. «Quanto più gravi e numerosi si prospettino gli eventi offensivi, e quanto più serie e via via riscontrate appaiano le congetture scientifiche (...) – puntualizza *Ruga Riva* – tanto prima e più intenso sorgerà l'obbligo di disinnescare le fonti del rischio»<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, cit., 1743, p. 1757 ss., 1762.

<sup>73</sup> *Ivi*, p. 1763, 1775.

<sup>74</sup> Quindi non si tratterà necessariamente di un *dovere di astensione*; la cautela doverosa potrà consistere anche «nell'abbassamento delle soglie e/o dei tempi di esposizione, nelle modifiche ai mezzi di produzione o alla composizione dei prodotti ecc. che le osservazioni o gli studi suggeriscono come sufficienti a ridurre il rischio o ad eliminarlo, nei limiti delle tecnologie disponibili e, forse, dei costi sopportabili»: *ivi*, p. 1777.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 1764.

Quest'impostazione, come noto, è stata seguita da un coro di critiche (ma anche da qualche manifestazione di sostegno)<sup>76</sup>. Per la dottrina prevalente, una re-interpretazione della colpa in chiave precauzionista sarebbe insostenibile perché comporterebbe una caratterizzazione della *Maßfigur* del tutto slegata dall'*argine garantistico* della *legge scientifica*. Ciascun individuo, non più vincolato al solo *sapere preesistente, convalidato* e in quanto tale *penetrato nel «circolo» o nell'ambito professionale*, diventerebbe affidatario del compito di elaborare in prima persona regole cautelari altrimenti irreperibili<sup>77</sup> e, all'occorrenza, investigatore di nuove correlazioni causali.

Accogliere sul piano esegetico-ricostruttivo del dovere di diligenza il «principio di precauzione» o etiche della responsabilità ad esso riconducibili, insomma, significherebbe gravare l'individuo di responsabilità spettanti principalmente alle istituzioni pubbliche<sup>78</sup>, esponendo definitivamente il *Tatbestand* colposo a ricostruzioni giudiziali orientate dal senno del poi<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.

<sup>77</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1697 ss., spec. 1701; D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 887 ss.

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 888-9; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 651-2; cfr. G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., p. 614 ss., dove l'autore – con B. PARDY, *op. cit.*, p. 70 ss. – osserva che l'impiego del principio di precauzione come strumento di imputazione penale (*ex post*) comporterebbe il rovesciamento della sua natura originariamente *prospettica* quale criterio di definizione e di orientamento delle politiche pubbliche.

<sup>79</sup> F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227, p. 242.

### 3. La definizione della soglia di rimproverabilità

#### 3.1. Il dilemma della colpevolezza colposa

Facendosi sempre più labile il confine fra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva (occulta), recente dottrina esprime la necessità di un recupero della «colpevolezza della colpa».

Se parliamo di «recupero», anzitutto, non è per caso. Nella dogmatica classica, come visto, la colpa è una forma dell'elemento soggettivo (Capitolo 2, § 1.1). Ma con l'imporsi della concezione normativa, prima, e il passaggio al fatto-tipico compiuto dal finalismo – attraverso le alterne e contraddittorie vicende che abbiamo visto –, poi (Capitolo 2, § 1.2), la colpa s'identifica con un elemento di carattere oggettivo: l'inosservanza del dovere di diligenza, inteso quest'ultimo come elemento strutturale della tipicità colposa (Capitolo 2, § 2 e 3).

Che cosa resta, quindi, alla *colpevolezza colposa*, ovvero della colpa come forma o grado di colpevolezza e caratterizzazione propriamente soggettiva del reato colposo? Come far sì che questa forma di responsabilità, ridotta a mera violazione di un dovere tendenzialmente valido *erga omnes*, torni a garantire la *personalità* del rimprovero penale?

Le strade intraprese negli ultimi decenni sono fondamentalmente due e segnano l'esistenza di una sorta di dilemma interno alla dottrina penalistica, ben rappresentato da *De Francesco*<sup>80</sup>. L'alternativa che si pone è quella fra il ripudio della colpa priva di quel «coefficiente minimo di partecipazione soggettiva» dato dalla «consapevole deviazione da una regola comportamentale», da una parte, e la sua delimitazione attraverso l'esigenza di una «misura soggettiva», dall'altra<sup>81</sup>.

#### 3.2. Teorie miste: oggettivamente normative e soggettivamente psicologiche

L'esigenza tipicamente liberale di un coefficiente psicologico effettivo minimo e, quindi, l'opportunità di escludere l'intervento penale in

---

<sup>80</sup> G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., spec. p. 126 ss.

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 132 ss.

ipotesi di colpa puramente normativa, vengono sostenute sia nella dottrina continentale che nella tradizione di *common law*, anche dopo la diffusione della concezione normativa della colpa<sup>82</sup>. In effetti, le odierne teorie psicologiche sono anzitutto teorie normative. Pertanto, nessuno ritiene che la colpa sia identificabile con un elemento cognitivo o pseudo-volitivo<sup>83</sup>. Del resto, come abbiamo visto, persino il finalismo dovette fare i conti con l'impossibilità di concepire la colpa come qualcosa di diverso dal mancato adeguamento ad un'aspettativa normativa, ovvero – in buona sostanza – dal non aver agito l'agente *come avrebbe dovuto* (Capitolo 2, § 1.2).

Anche all'interno di questo gruppo si possono distinguere concezioni differenti.

Alcuni autori identificano nella «conoscenza attuale» del rischio di evento il requisito minimo di imputazione soggettiva. In questo senso, *Michele Del Re* pose in termini di costituzionalità la questione della responsabilità penale per l'evento non voluto dall'agente<sup>84</sup>. Il ragionamento dell'autore trae origine dalla distinzione elaborata dalla dottrina italiana, sulla base del requisito costituzionale della *personalità* (art. 27 cost.), fra responsabilità *per fatto proprio* e *per fatto colpevole*, essendo il primo (sub)principio garantito dalla attribuibilità causale (oggettiva), e il secondo dalla partecipazione soggettiva al fatto causato (struttura concettuale, come si vede, propria della dogmatica classica e della teoria bipartita del reato)<sup>85</sup>. Secondo *Del Re*, se dal primo punto di vista «non si può dire che manchi un qualche legame tra la persona e quel determinato evento», mancherebbe invece il nesso richiesto dal secondo, il quale escluderebbe tutti quei meccanismi di responsabilizzazione

---

<sup>82</sup> V. ad es. la dottrina tedesca citata da G. CIVELLO, Quaestio disputata. *Sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59, 3, 2016, 1318, nt. 4, nel senso di abolire la colpa incosciente, per non vedere in essa una «vera e propria colpevolezza personale».

<sup>83</sup> Invero, come osserva D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 462 ss., le concezioni psico-naturalistiche ottocentesche erano in fondo concezioni normative.

<sup>84</sup> M.C. DEL RE, *op. cit.*, p. 43 ss.

<sup>85</sup> *Ivi*, p. 44.

«fondati su elementi puramente casuali, che riconducano al soggetto situazioni che *egli non si è nemmeno rappresentato*»<sup>86</sup>.

La premessa è quindi la seguente: il principio di *personalità* richiede un coefficiente minimo di partecipazione psicologica, la *rappresentazione*. Il

(...) contravventore alle norme di diligenza – scrive *Del Re* – ha un super-io, o (se vogliamo essere più tradizionali) una coscienza, alleato, per così dire, con l'ordinamento sociale-obiettivo, mentre nel delinquente doloso è lo stesso super-io che ha costruito un ordinamento soggettivo in contrasto con quello esterno. In altri termini, il delinquente colposo necessita di aiuto per meglio trattenere e dominare le forze dell'*es* che a volte superano il controllo della coscienza; il delinquente doloso deve modificare il proprio modo di valutare il mondo, se vuol porsi in armonia con l'ordinamento<sup>87</sup>.

Quindi,

proprio la differenza di valutazione psicologica tra i due eventi, ci porta alla conclusione che si dovrebbe eliminare dall'ordinamento ogni forma di responsabilità per colpa: l'inflizione della pena al delinquente colposo sfortunato dà al negligente che "l'ha fatta franca" la sensazione d'aver vinto una sorta di battaglia nei confronti dell'ordinamento, la sensazione che la fortuna è per lui (...), che egli "sfida e vince"<sup>88</sup>.

L'argomento di *Del Re* ripropone un problema classico della filosofia morale. L'eventualità che il risultato lesivo, possibile o probabile, e comunque astrattamente prevedibile, si verifichi o meno, porta a considerare il rapporto fra la *colposa ignoranza* e la *condotta lesiva colposa incosciente*<sup>89</sup>. Infatti, la responsabilità dipende dalla realizzazione di un evento che, a sua volta, scaturisce da circostanze ulteriori e indipendenti rispetto alla colpa precedente (l'errore, dato talvolta da ignoranza), la quale rimane priva di rilevanza (in accordo con il principio di materiali-

---

<sup>86</sup> *Ibidem* (corsivo aggiunto).

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 45.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> In argomento, H.M. SMITH, *Culpable ignorance*, in *Philos. Rev.*, 92, 4, 1983, 543.



tà) qualora *per fortuna* (cioè per concause indipendenti dal dominio dell'agente) l'evento non si verifichi.

Questo appare inaccettabile in una prospettiva propriamente liberale: l'evento involontario successivo non può casualmente aumentare o determinare la responsabilità per la mancanza precedente<sup>90</sup>. Come vedremo a tempo debito (Capitolo 7, § 6), si tratta del medesimo problema studiato sotto l'insegna della *moral luck*.

Alcune recenti concezioni miste, normativo-psicologiche, identificano la soglia minima di rimproverabilità con la rappresentazione del rischio o con il possesso effettivo di conoscenze (cognizioni nomologiche) che rendono possibile ed esigibile – in quanto non puramente normativa – la previsione dell'evento.

L'*attualità* dell'elemento cognitivo è richiesta da *Bernardo Feijóo*, secondo il quale,

affinché l'evento sia considerato razionalmente prevedibile e non solo immaginato dall'autore, è necessario che egli *si renda conto* del fatto che la sua condotta è idonea a produrre un risultato qualora qualcuno entri nel suo raggio d'azione, o che si caratterizza per una pericolosità generale o statistica<sup>91</sup>.

Pertanto, solo

se, pur *conoscendo* la pericolosità astratta della sua condotta, una persona non fa nulla per controllare la sua offensività o *decide* di realizzarla comunque, quella persona starà violando il suo dovere di diligenza<sup>92</sup>.

Analogamente, secondo *Esther Hava*, l'incoscienza della colpa risiede nella *mancata rappresentazione* dei *signa facti* che, in base a conoscenze effettivamente «disponibili» all'agente, avrebbero dovuto in-

<sup>90</sup> *Ivi*, p. 567.

<sup>91</sup> In base ad un criterio del tutto sovrapponibile a quello di *adeguatezza*, come chiarisce lo stesso B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 263, nt. 784.

<sup>92</sup> *Ivi*, spec. p. 262 ss. (corsivo aggiunto). Naturalmente, precisa l'autore, qualora invece l'agente «giunga a rendersi conto del fatto che la sua condotta pone concretamente in pericolo un'altra persona (...) e, ciò nonostante, decida di procedere, non potremmo più parlare di colpa, bensì di dolo» (*ivi*, p. 263).

nescare un comportamento diligente in ottica preventiva. La soglia minima di responsabilità sarebbe quindi indicata dai casi in cui

*il soggetto non sa di violare la diligenza che gli è esigibile, poiché ignora la concomitanza di elementi di fatto che indicherebbero la necessità di osservare un comportamento diligente, o perché valuta erroneamente dette circostanze, poiché ritiene che, adottando le misure precauzionali effettivamente applicate, agisce in modo prudente*<sup>93</sup>.

Nondimeno, il presupposto soggettivo della colpa incosciente, come di «qualunque altra modalità colposa», viene individuato nella

conoscenza previa, da parte dell'agente, della regola di comportamento diligente che gli è esigibile in una situazione determinata, poiché la norma penale non può proibire la realizzazione di una condotta negligente a chi non sa come comportarsi in modo diligente<sup>94</sup>.

Ma anche questo non è sufficiente: sarà infatti ulteriormente necessario dimostrare che l'individuo «portava con sé “un certo ricordo” di quella conoscenza»<sup>95</sup>, ovvero, in altri termini, che la regola di condotta diligente «si trovava nella mente dell'agente come “informazione disponibile”»<sup>96</sup>.

In buona sostanza, ciò che consente di muovere il rimprovero all'autore della condotta lesiva non è il fatto di *non aver saputo* come agire correttamente, bensì l'omissione dell'esercizio intellettuale idoneo a far riemergere *un'informazione cautelare effettivamente posseduta*, perché già acquisita in passato. Se l'agente

avesse fatto una minima riflessione prima di agire – si puntualizza – si sarebbe reso conto facilmente del fatto che le circostanze fattuali rende-

---

<sup>93</sup> E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 240-1 (corsivo originale, trad. propria).

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 243 (trad. propria).

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 244 (trad. propria).

<sup>96</sup> *Ibidem*, adottando la distinzione di W. Goldschmidt fra conoscenza «attuale» e «disponibile»: *attuale* «è ciò che uno pensa quando agisce»; *disponibile* «è ciò che uno sa in quel momento» (*ivi*, nt. 125, trad. propria).

vano necessario adottare le misure precauzionali che aveva appreso previamente

e che pertanto gli erano «esigibili». L'*esigibilità* della regola, insomma, dipende dalla sua previa acquisizione; e la *colpevolezza* dell'agente risiede nel non aver saputo scovarla nel suo bagaglio di nozioni acquisite.

La tesi di Duttge si avvicina ulteriormente ad una concezione puramente normativa<sup>97</sup>. Qui, l'elemento decisivo sta nella *riconoscibilità del pericolo*, valutata sulla base di una specie di «momento motivante» (*Veranlassungsmoment*)<sup>98</sup>. Tale elemento<sup>99</sup> viene

definito e precisato, in maniera innovativa, mediante *selezione dei fattori rilevanti nei processi psicologici della percezione e dell'elaborazione delle informazioni*, prendendo in considerazione sia fattori ambientali (quali l'intensità della luce, lo spazio, il movimento, il tempo), sia fattori dipendenti dalla predisposizione del soggetto, innate o anche frutto di apprendimento (come l'attenzione, le capacità percettive, l'esperienza, la memoria)<sup>100</sup>.

Pertanto, l'illecito colposo è imputato all'agente

solo allorché – sulla base della sussistenza di un *Veranlassungsmoment* – fosse concretamente percettibile o fruibile un fondato motivo (*triftige Veranlassung*) per una «presa di distanza» da un processo comportamentale suscettibile di recare eventi dannosi o pericolosi<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001, cit. da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 464-7.

<sup>98</sup> Il concetto di condotta colposa viene ricavato ricorrendo a nozioni di psicologia cognitiva e della percezione: riferimenti in D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 464, nt. 7.

<sup>99</sup> In sé non nuovo: *ivi*, p. 465, nt. 9, per altri riferimenti sull'accentuazione del requisito dell'*Erkennbarkeit*.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 465, su G. DUTTGE, *op. cit.*, p. 395-410.

<sup>101</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 465-6.

In pratica, come rileva *Castronuovo*,

la rilevanza penale dei fatti involontari dovrebbe ridursi soltanto ai casi di colpa grave, o, più esattamente, alle ipotesi riconducibili, secondo il lessico giuridico tedesco, alla nozione (penalistica) di *Leichtfertigkeit* o a quella civilistica di *grobe Fahrlässigkeit*<sup>102</sup>.

Altri autori riconducibili al filone «liberale» – tale in quanto non intende ridurre la colpa ad un *quid* puramente normativo –, più che concentrarsi sulla ricerca di un elemento cognitivo effettivo (avente ad oggetto, come appena visto, la regola cautelare, le conoscenze che la nutrono o le circostanze fattuali che fanno da contesto all'azione), identificano la sostanza psicologica della colpa penale in una *conoscenza potenziale*.

Ritorna, quindi, il problema della «colposa ignoranza», messo in luce poc'anzi, esaminando il contributo di *Del Re*. La colpa può essere ascritta a chi è «causa» della propria ignoranza. In questo senso, *Mauro Ronco* scrive che, benché «la condotta penalmente rilevante è soltanto quella oggettivamente connotata dalla violazione della regola»<sup>103</sup>, la «verità soggettiva della colpa» si esprime come «volontà carente, inadeguata, insufficiente, disordinata rispetto alla doverosità del perseguimento del fine e, dunque, chiusa rispetto al bene della relazione giuridica»<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 465, nt. 11, con riferimento a G. DUTTGE, *op. cit.*, p. 386 ss. Tale possibilità di percezione sarebbe mediata da diversi «segnali di allarme», distinti in base a elementi classificati quali «indicatori del pericolo»: l'evidenza, l'accessibilità, la codificazione a mezzo di simboli, la durata e la regolarità, la probabilità del pericolo, la gravità delle conseguenze dannose, la dipendenza degli stessi indicatori del pericolo da condotte di terzi e, infine, il tempo di preavvertimento a disposizione del soggetto (D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 465-6, in riferimento a G. DUTTGE, *op. cit.*, p. 410-23).

<sup>103</sup> M. RONCO, *La colpa in particolare*, in *Commentario sistematico al Codice penale*, II, 1, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 533, p. 538.

<sup>104</sup> *Ibidem*. Si tratta di una concezione personale-relazionale della colpa, intesa come «rifiuto del riconoscimento dell'altro come bene»; in essa «la volontà si sottrae alla relazione costitutiva con l'oggetto», ossia «l'offesa al bene degli altri», «mancando alla verità essenzialmente relazionale del rapporto giuridico».

Aderisce a questa scuola di pensiero *Gabriele Civello*<sup>105</sup>, il quale cerca di cogliere la *ratio essendi* della colpa nel «vizio di volontà» che si estrinseca nella inosservanza del dovere di diligenza. Come *Del Re*, questo autore sostiene la maggiore conformità di una concezione psicologico-normativa al dettato costituzionale<sup>106</sup>: in primo luogo, rispetto al principio di personalità (art. 25, co. 2, cost.), poiché la persona è responsabile non già *per ciò che è* (ovvero, per la sua oggettiva ignoranza o per il suo *essere* stata *tale* da cagionare un evento), bensì *per ciò che ha fatto e avrebbe dovuto e potuto fare* nell'ordinario esercizio del proprio patrimonio conoscitivo-volitivo (*in actu* o *in potentia*); in secondo luogo, rispetto al principio di rieducazione (art. 27, co. 3, cost.), poiché detta finalità

deve necessariamente postulare qualche vizio di volontà (...), non palesandosi come legittima e ragionevole un'azione rieducativa – e, ancor meno, retributiva – al cospetto di un fatto che non si radichi nella potenza volontativa e razionale della persona.

La «ricerca del *voluntarium*» nel fatto colposo, puntualizza però *Civello*,

non corrisponde a mere esigenze speculative, ma sembra necessitata dallo stesso dato normativo: per ogni figura di reato (e, dunque, anche per il reato colposo), il Codice esige un fatto *cosciente e volontario* (art. 42, co. 1, c.p.), commesso da un soggetto capace di *intendere e di volere* (art. 85 c.p.), il che significa che, per indicazione dello stesso legislatore, non può darsi colpa penale in assenza di un *qualche* radicamento del fatto nella dimensione conoscitiva e volontativa del soggetto attivo (radicamento che, evidentemente, si atteggerà in modo peculiare nel dolo e nella colpa)<sup>107</sup>.

Ciò che segna chiaramente questa prospettiva teorica è il retroterra speculativo. Infatti, al di là dell'aggancio al dato positivo (che pure ri-

---

<sup>105</sup> G. CIVELLO, *Quaestio disputata*, cit., p. 1318 ss. Contributo che segue e riprende un lavoro monografico dello stesso autore: ID., *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva della colpa»*, Torino, 2013.

<sup>106</sup> G. CIVELLO, *Quaestio disputata*, cit., p. 1350-1.

<sup>107</sup> *Ivi*, p. 1320.

sente, nel metodo, dello stesso *background*), *Civello* muove dalle medesime premesse volontaristiche su cui, non a caso, poggiano le riflessioni di altri autori assestati su posizioni analoghe<sup>108</sup>, e assume la teoria del reato ad esse più affine, quella bipartita ottocentesca che distingue fra «forza materiale» e «forza morale», magistralmente espressa da *Carrara*<sup>109</sup>.

### 3.3. (segue) *Il rapporto fra mens rea e pure negligence nella tradizione di common law. L'esclusione della colpa incosciente dal diritto penale*

Analoga ad alcune fra le costruzioni appena esaminate è la posizione sostenuta da *Jerome Hall*, il quale, in opposizione ad altra corrente rappresentata da autori come *Hart* e *Fletcher* (*infra*, § 3.4) e criticando l'inclusione della colpa fra gli elementi psicologici del reato nel *Model Penal Code* (1962 *Official Draft*)<sup>110</sup>, sostenne la radicale esclusione dal diritto penale della colpa puramente normativa (*pure negligence*). Essa non configurerebbe una condotta penalmente rilevante (per noi, un fatto tipico), ma semplicemente un «negligent behavior»<sup>111</sup>; laddove la differenza sostanziale fra *conduct* e *behavior* sarebbe data, come stiamo per vedere, dalla *volontarietà*, propria della prima (azione *responsabile*) e non della seconda (puro movimento).

---

<sup>108</sup> *L'atto umano può essere imputato solo come colpa della volontà*. Tale premessa volontaristica, hegeliana, fonda l'incedere argomentativo di *Jerome Hall*, che analizzeremo nel paragrafo successivo (§ 3.3); nonché la dottrina di M. RONCO, *Il reato come rischio sociale*, in *Arch. pen.* (web), 2015/2, 1, spec. p. 6-7.

<sup>109</sup> «Se la colpa fosse mero vizio di intelletto, essa per logica necessità non sarebbe imputabile, né moralmente, né politicamente. Lo è appunto perché la negligenza ebbe causa nella volontà dell'uomo»: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, 1, Lucca, 1871, § 81, p. 70, cit. da G. CIVELLO, *Quaestio disputata*, cit., p. 1336.

<sup>110</sup> «A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation» (MPC § 2.02(2) (d)).

<sup>111</sup> J. HALL, *Negligent Behavior should be excluded from Penal Liability*, in *CLR*, 63, 4, 1963, p. 632 ss.

Tre sono i livelli argomentativi che, nella prospettiva di quest'autore, porterebbero ad escludere la *pure negligence* dal diritto penale<sup>112</sup>: quello «storico», quello «etico» (attinente al discorso sulla responsabilità morale) e infine quello che egli definisce «scientifico». Vale la pena di riprenderne solo alcuni passaggi.

Il primo spunto è offerto dal secondo piano di riflessione<sup>113</sup>. Scrive *Hall*: «(...) voluntary harm-doing is the essence of fault»<sup>114</sup>. «That choice, and therefore (voluntary) action, are the *sine qua non* of fault expounded by Plato, Aristotle, Kant, Hegel, and many succeeding philosophers».

The requirement of (voluntary) action becomes even more persuasive in penal law. For, certainly among moralists, *punishing* a human being is a very serious matter. No one should be punished unless he has clearly acted immorally, *i.e.*, voluntarily harmed someone, and unless a criminal sanction is both suitable and effective<sup>115</sup>.

Queste assunzioni spiegano perché, anche per questo autore, solo un'offesa *volontaria* può assurgere al rango di reato<sup>116</sup>. Parafrasando il suo messaggio: nessuna azione dannosa potrà essere considerata moralmente e quindi neppure penalmente rilevante, se l'evento dannoso

---

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 634.

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 635 ss.

<sup>114</sup> *Ivi*, nt. 19: «Professor Hart concentrates on capacity, especially on the capacity to take due care, and he criticizes various writers on the dubious assumption that they do not recognize its importance. Here, again, induced perhaps by interpretations of *mens rea* in solely cognitive terms, is the failure to recognize that not only capacity but also (voluntary) action is important in criminal law. Since such action includes or presupposes normal capacity, concentration on capacity is irrelevant to the insistence on action as the condition of just, legal punishment».

<sup>115</sup> *Ivi*, p. 636.

<sup>116</sup> *Ivi*, p. 634. «It should from the outset be borne in mind that negligent behavior implies inadvertence and must therefore be sharply distinguished from voluntary harm-doing, *i.e.* from conduct that includes at least an awareness of possible harm». «With respect to negligent damage, however, neither at the time of the damage nor shortly prior to it, *i.e.*, the time immediately related to the dangerous behavior in issue, does the defendant have knowledge, belief, or suspicion that he is endangering anything socially valued».

non è provocato volontariamente<sup>117</sup>. La volontarietà del danno è ciò che consente l'imputazione di responsabilità.

Per quanto concerne poi il terzo piano argomentativo, si aggiunge che

the inclusion of negligence in penal law imposes an impossible function on the judges, namely, to determine whether a person, about whom very little is known, had the competence (sensitivity) to appreciate certain duties and dangers in a particular situation – when the facts plainly indicate that he did not exhibit that competence<sup>118</sup>.

Qui, in realtà, si possono cogliere diversi argomenti. In primo luogo, *Hall* fa chiaro riferimento al ruolo del giudice, ciò che, nella nostra discussione, riporta al problema dell'indeterminatezza del parametro normativo di diligenza e all'ampia (eccessiva?) discrezionalità che pertanto compete al giudicante (come osservato *supra*, § 2). Tuttavia, *Hall* sembra riferirsi anche all'impossibilità di determinare se l'agente avrebbe potuto agire in un modo diligente, in quanto dotato dei mezzi (conoscenze, capacità, ecc.) al tal fine idonei, qualora i fatti mostrino che non era in grado di farlo (poiché *di fatto* non agì in quel modo). Da un lato, quindi, si denuncia l'impossibilità – più che logica, pratica – di basare il giudizio di colpa sulla considerazione delle caratteristiche dell'agente («about whom very little is known»). Dall'altro, si intravede l'aporia data dalla pretesa (attribuita ai difensori della colpa penale) di considerare qualcuno colpevole per non aver agito diligentemente, ciò che implica il possesso di determinate conoscenze e abilità (dover-essere), «when the facts plainly indicate that he [l'agente] did not exhibit that competence» (essere). Cioè a dire: se il dover-essere non fu, ciò significa che non avrebbe potuto essere e nemmeno ha senso chiederse-lo. Tuttavia, una conclusione di questo tipo – chiaramente antitetica alla tradizione filosofica sposata dall'autore –, indurrebbe alla negazione

---

<sup>117</sup> Questa è infatti la conclusione (hegeliana) di *J. Hall*, *ivi*, p. 643: «In sum, the exclusion of negligence from penal liability is based on the great difference between consciousness and unawareness, between action or conduct and mere behavior. It is in accord with the most enduring truth in the history of ethics – that voluntary conduct is the essential conditio of disapproval and, certainly, of legally sanctioned punishment».

<sup>118</sup> *Ivi*, p. 642-3.



stessa dell'idea retributiva di colpevolezza basata sulla «possibilità di agire altrimenti» (Capitolo 2, § 1.1); e non solo in materia di colpa (torneremo su questo aspetto, *infra*, Capitolo 7, § 6).

Ad ogni modo, la posizione di *Jerome Hall* è rappresentativa di un certo modo di concepire ciò che chiameremmo «elemento soggettivo» nella tradizione di *common law*. Essa – al di là dell'ambiguità poc'anzi segnalata (praticamente una contraddizione) – si esprime come critica alla filosofia antiretribuzionistica di *O.W. Holmes* (*infra*, § 3.4) e pretende ancorare il diritto penale a basi morali, rivalutando la *mens rea* come concetto unitario. *Hall* non nega che vi siano varie *mentes reae*, ma assegna alla *moral culpability* un ruolo fondamentale come categoria dogmatica e principio politico-criminale. Egli è un deciso soggettivista<sup>119</sup>, anche se non manca di ricorrere ad argomenti complementari di carattere funzionale o politico-criminale, come ad esempio l'assenza di funzione preventiva nella punizione della colpa<sup>120</sup>.

*Cecil Turner* fu uno dei primi a negare la rilevanza penale della *pure negligence* («inadvertent negligence», colpa puramente normativa), sostenendo che per la responsabilità penale occorrerebbe un atto volontario unito alla previsione di certe conseguenze<sup>121</sup>. Analogamente, la

---

<sup>119</sup> È con *Hall*, secondo A. CADOPPI, *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 7, Torino, 1993, 618, p. 627, che prende piede in *Common Law* la disputa fra oggettivisti e soggettivisti: i primi orientati ad accogliere alcune forme di «colpa grave», i secondi decisamente contrari (ulteriormente, sul rapporto fra colpa e *mens rea*, *ivi*, p. 629-31).

<sup>120</sup> J. HALL, *op. cit.*, p. 641, dove critica la capacità deterrente della sanzione penale in ambito colposo e segnala, quali alternative, la via civilistica e un maggior impiego delle autorizzazioni amministrative nella regolamentazione delle attività pericolose (*op. ult. cit.*, p. 633-43).

<sup>121</sup> A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 630. Da qui, la critica di *Hart* a *Turner* (*infra*, § 3.4). Tuttavia, scrive J. HALL, *op. cit.*, p. 634: «In his essay, Negligence, Mens Rea, and Criminal Responsibility, Professor H.L.A. Hart criticizes Dr. J.W.C. Turner for holding that “unless a man ‘has in his mind the idea of harm to someone’,” it is “bad law” and “morally objectionable... to punish him” (...) In fact, Dr. Turner also requires that there be voluntary conduct. Again, Professor Hart equates forgetting and inadvertence with decision (...), and he does not consider the relevant action, the manifested effort, which is basic in law. An assumption of determinism is applied indiscriminately in disregard of everyday experience that there is a crucial difference between thoughts that come and go and (voluntary) conduct. (...) Professor Hart concentrates on capacity, especially on the capacity to take due care, and he criticizes various writers on the du-

premessa da cui muove *Zimmerman* è «la ripugnanza associata all'imposizione di responsabilità in assenza di qualsiasi riguardo alla responsabilità morale»<sup>122</sup>.

In sintesi, le premesse che portano alla necessità di un nesso psicologico fra l'autore della condotta, le sue conseguenze, e l'assunzione di responsabilità sono dunque le seguenti: (1) la necessità di una responsabilità morale; (2) la sua assunzione quale preconditione della responsabilità giuridica; (3) il fondamento della responsabilità morale e giuridica su di un coefficiente volontaristico effettivo, segno di una deliberazione cosciente e quindi, appunto, responsabile, idonea a coprire non soltanto l'azione ma anche le sue conseguenze.

Torneremo su questi aspetti, nei limiti consentiti dal proposito enunciato, nel prosieguo dell'indagine (Capitolo 7, § 6).

#### 3.4. Teorie della «doppia misura» e individualizzazione della colpa. Il recupero del principio di inesigibilità

Altra parte della dottrina percorre una strada differente. Si tratta della seconda via considerata e infine intrapresa da *De Francesco*, il quale, di fronte all'alternativa fra il ripudio della colpa priva di quel «coefficiente minimo di partecipazione soggettiva», dato eventualmente dalla «consapevole deviazione da una regola comportamentale», e la sua delimitazione attraverso l'esigenza di una «misura soggettiva» (*supra*, § 3.1), opta infine per questa seconda soluzione: quella puramente normativa<sup>123</sup>.

Nella letteratura più recente, detta soluzione consiste nel realizzare un giudizio successivo a quello incentrato sulla inosservanza dell'aspet-

---

bious assumption that they do not recognize its importance. Here, again, induced perhaps by interpretations of mens rea in solely cognitive terms, is the failure to recognize that not only capacity but also (voluntary) action is important in criminal law. Since such action includes or presupposes normal capacity, concentration on capacity is irrelevant to the insistence on action as the condition of just, legal punishment».

<sup>122</sup> M.J. ZIMMERMAN, *Negligence and Moral Responsibility*, in *Noûs*, 20, 2, 1986, 199, p. 213 (trad. propria).

<sup>123</sup> G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 132 ss.

tativa di diligenza obiettivamente esigibile *erga omnes* (s'intende, all'interno del circolo di rapporti o gruppo professionale di riferimento). Una valutazione idealmente riconducibile al più ampio giudizio di colpevolezza (cioè di rimproverabilità dell'autore del fatto tipico), che risponderebbe alla necessità di *concretizzare* e *individualizzare* il processo di imputazione<sup>124</sup>. D'altra parte, come detto, con il progressivo abbandono delle concezioni retribuzioniste della colpevolezza<sup>125</sup>, il discorso riguardante il nesso fra libertà (autodeterminazione) e responsabilità non scompare, ma viene affidato alla costruzione della categoria della «imputabilità»<sup>126</sup>.

La dottrina novecentesca della «doppia misura» della colpa<sup>127</sup>, come già ricordato, può essere considerata come un tentativo di compromesso fra due esigenze: quella *preventiva*, rispetto a «tutte le situazioni che l'esperienza dell'uomo normale insegna essere foriere di pericoli e di lesioni»<sup>128</sup>; e quella *liberale*, di valutare la concreta ed effettiva possibilità dell'agente di uniformare il proprio comportamento alla regola di

---

<sup>124</sup> Per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8ª ed.), cit., p. 605 ss.

<sup>125</sup> Due esempi di questo progressivo abbandono. Il primo, relativo alla tradizione di *Common Law*, è offerto da J.F. STEPHEN, *History of the Criminal Law in England*, London, 1883, sul finire del XIX secolo, il cui contributo, come osserva A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 626, rappresenta una picconata contro il brocardo «actus non facit reum mens sit rea» (brocardo usato da *Coke*, 1641, a livello dottrinale e in questa versione; ma considerato derivazione del sermone n. 180 di *S. Agostino*, che in tema di spergiuro affermava: «Ream linguam non facit, nisi mens rea»: da A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 622). Il secondo esempio viene dalla tradizione europea-continentale: si tratta del contributo di *J. Goldschmidt* (Capitolo 2, § 1.1), frutto di un processo di normativizzazione non concluso, ma anche segno dell'allontanamento progressivo da un paradigma di quel tipo.

<sup>126</sup> Cfr. in argomento e per altri riferimenti, A. URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Bilbao-Granada, 2004; C.M. ROMEO CASABONA, *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Bogotá, 2009, p. 397 ss.

<sup>127</sup> R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlin, 1908, p. 568 ss.; cfr. K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen, 1995 (1ª ed., 1930), p. 349 ss.; ed i riferimenti più recenti indicati nelle note successive.

<sup>128</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 173. Cfr. di nuovo O.W. HOLMES, *op. cit.*, p. 46.

condotta inosservata (nonostante «l'impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare»)<sup>129</sup>.

L'impostazione in esame appare riconoscibile, come pure abbiamo visto (Capitolo 2, § 2.6), già nel classico di *Oliver W. Holmes* (1881), il quale intese il rimprovero per *criminal negligence* come un giudizio oggettivamente appuntato sul parametro esterno (*external standard*) del «average member of the community», che ammette, ciò nonostante, delle eccezioni se il soggetto non è in grado di rispondere a detta aspettativa giuridica<sup>130</sup>.

Altre concezioni «laiche» sono quelle proposte negli anni Cinquanta da *Gerhard Mueller*, il quale, come segnala *Cadoppi*, conosce il dibattito tedesco e accoglie una concezione normativa della colpevolezza che «lascia spazio alla punibilità della colpa, e nella quale trova fondamento la scusante dell'*error juris* inevitabile»<sup>131</sup>. Ciò consente peraltro di osservare come la concezione normativa, da un lato, espande l'ambito di responsabilità, in quanto rende punibile anche la colpa puramente normativa (Capitolo 2, § 1.1), ma dall'altro lo restringe, consentendo concettualmente il riconoscimento – sia pur, in pratica, marginalissimo – della scusabilità dell'errore di diritto *inevitabile*.

Chi si stacca dalle concezioni moraleggianti abbandona generalmente anche il requisito dell'elemento psicologico. Del resto, come vedremo anche in seguito, è il normativismo come modo tipicamente novecentesco di intendere la teoria del reato ad offrire l'argomento secondo cui la colpa incosciente non è sempre meno grave di quella cosciente (Capitolo 7).

Simile a quella di *Holmes* è la concezione sostenuta, in aperta polemica con *Mr. Turner*, da *H.L.A. Hart*<sup>132</sup>. Questi cercò una «terza via» che gli consentisse di «non rinunciare al concetto di responsabilità, ma

---

<sup>129</sup> H. MANNHEIM, *op. cit.*, p. 41, cit. da G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 292, al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Torneremo sul punto nel Capitolo 7, § 2.4.

<sup>130</sup> O.W. HOLMES, *op. cit.*, p. 46 ss., 97 ss.

<sup>131</sup> A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 627.

<sup>132</sup> Cfr. il riferimento di *Cadoppi*, *ivi*, p. 627-9, alla «esangue definizione di *mens rea*» superata da *Hart* e autori successivi: v. la critica di H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 138 ss.

al tempo stesso di non abbracciare un modello di colpevolezza di stampo morale». Per *Hart* non ha senso parlare, come fa *Hall* per descrivere la *mens rea*, di «volontaria commissione di un'azione *moralmente illecita* proibita dalla legge»<sup>133</sup>.

Non tutte le azioni proibite dalla legge (...) sono immorali. Ma neppure si può tollerare un sistema che punisca soggetti che non abbiano le capacità fisiche e mentali di adeguarsi al precetto penale. Se l'agente "non poteva agire diversamente", è "ingiusto" ed "unfair" punirlo<sup>134</sup>.

*Hart*, osserva *Cadoppi*, non nasconde il proprio «odio morale per la strict liability», ma accetta la colpa come forma punibile di *mens rea*<sup>135</sup>.

Nella sua critica a *Turner*, *Hart* sottolinea che non è necessario che l'agente abbia previsto le conseguenze della sua azione, per poterlo ritenere responsabile di queste. Ciò che conta è poter verificare che

coloro che vengono puniti avessero, quando commisero il fatto, le capacità normali, fisiche e mentali, per fare ciò che la legge richiede e astenersi da ciò che proibisce, e una ragionevole opportunità di esercitare queste capacità.

In questo senso, la «doppia misura» di *Hart* implica che il giudice si chieda:

(1) l'imputato ha ommesso di prendere quelle precauzioni che ogni uomo ragionevole con capacità normali avrebbe preso in quelle circostanze? (2) avrebbe potuto l'imputato, date le sue capacità mentali e fisiche, prendere quelle precauzioni<sup>136</sup>?

---

<sup>133</sup> A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 627, su H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 36, nt. 10. Su questo modello «ortodosso», provocatoriamente, R.A. DUFF, *Legal and Moral Responsibility*, in *Phil. Comp.*, 2009, p. 978 ss.

<sup>134</sup> A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 627, su H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 152.

<sup>135</sup> A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 628, su H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 49.

<sup>136</sup> *Ivi*, p. 140-57, trad. da A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 630. Più di recente, negli stessi termini generali, R.A. DUFF, *Answering for Crime*, cit., p. 71-72.

Sulla stessa linea si colloca inoltre il contributo di *Fletcher*, il quale, riferendosi ad *Hart*, rivaluta la *mens rea* come baluardo di fronte ad un diritto penale ingiusto e sleale<sup>137</sup>. *Fletcher* riaggancia quella dottrina alla concezione normativa della colpevolezza e in particolare alle teorie tedesche in tema di *Schuld*<sup>138</sup>; accede alla teoria tripartita, anche se «ancora si avvertono talune incrostazioni del passato (...): per *Fletcher* la *mens rea* è chiaramente “moral culpability”»<sup>139</sup>. Tuttavia, più tardi<sup>140</sup>, accoglie la dottrina tedesca sul tema e distingue espressamente la «subjective attribution» dalla rimproverabilità o colpevolezza *morale*. Insomma: *Fletcher*, «nel recepire certa dogmatica tedesca, viene a dar ragione ad *Hart*»<sup>141</sup>.

Sul piano comparatistico, l'autore riconosce la maggiore avversione alla colpa dei paesi di *common law* e percepisce la stranezza di questo dato comparatistico: in effetti, in *common law* vi sarebbe un più largo impiego della *strict liability* rispetto ai Paesi europei. Tuttavia, ciò probabilmente si spiega proprio in virtù del fatto che la concezione moraleggiante della colpevolezza nel continente inizia ad essere superata già ad inizio XX secolo, con l'evoluzione della concezione normativa a partire dal principio di «inesigibilità»<sup>142</sup>. *Fletcher* stesso giustifica la colpa sulla base della concezione normativa della colpevolezza tedesca e riaggancia la teoria di *Hart* alla teoria della doppia misura della colpa, sistemando la misura oggettiva nell'illecito e quella soggettiva nella colpevolezza<sup>143</sup>; confermando così che, in fondo, fra Europa continentale e *common law* non vi è una grossa differenza in quanto ai parametri usati per l'accertamento della colpa. L'esigenza di coniugare generalizzazione dell'aspettativa e individualizzazione del rimprovero (richiedendo un certo grado di soggettivizzazione) appare simile nelle due tradizioni.

---

<sup>137</sup> G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence*, cit., p. 427 ss.

<sup>138</sup> *Ivi*, p. 413.

<sup>139</sup> *Ivi*, p. 414, così da A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 628.

<sup>140</sup> G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (1978), Oxford, 2000.

<sup>141</sup> A. CADOPPI, *Mens rea*, cit., p. 628.

<sup>142</sup> Su tale evoluzione, di nuovo, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 47 ss.

<sup>143</sup> G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence*, cit., p. 402-34.

Anche *Tony Honoré* sostiene la legittimità della sanzione della colpa. Egli riafferma che la «objective theory of negligence (...) requires people to display the same competence as a hypothetical model person»<sup>144</sup>, ma chiarisce che detta esigenza si applica «(...) only to persons who have capacity, a notion distinct from competence. The incapable are not held to it»<sup>145</sup>. Di nuovo, si distingue un giudizio oggettivo, a cui segue una valutazione circa l'idoneità soggettiva all'adeguamento a detto standard normativo.

Dal canto suo, *Joseph Raz* compie uno sforzo analogo per superare il rigorismo e il limite del *Control Principle*<sup>146</sup>. Egli afferma che «siamo moralmente responsabili per X solo se X è sotto il nostro controllo razionale», ribadendo in questo modo il limite generale per cui, in base al *Control Principle*, ciascuno è responsabile «solo delle proprie azioni intenzionali e delle conseguenze volute o previste di esse»<sup>147</sup>. Tuttavia, ammette l'imputazione di responsabilità non solo qualora sussista una effettiva previsione, ma anche quando *sarebbe stato facile prevedere*: «(...) if agents are responsible when they know of the duty they are also responsible if they could easily know about it»<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> T. HONORÉ, *Responsibility and Fault*, cit., p. 17.

<sup>145</sup> *Ivi*, p. 17-8.

<sup>146</sup> J. RAZ, *Responsibility and the Negligent Standard*, in *Ox. J. Leg. Stud.*, 30, 1, 2010, 1, p. 14, 16-8.

<sup>147</sup> *Ivi*, p. 5, nt. 11.

<sup>148</sup> «This principle, which is relied upon by the Negligence Standard, is a moderate extension of the Guidance Principle by which people are responsible for the foreseen consequences of their actions. Here the foreseen consequence is the breach of duty not to negligently harm. The principle is extended to cover responsibility for the breach even if it was not foreseen (because the agent was not aware of the duty) provided it could easily have been foreseen, and to consequences of that breach which the duty was meant to prevent»: *ivi*, p. 14. *Raz*, tuttavia, chiarisce la differenza fra la propria tesi e la posizione assunta da *Tony Honoré*: «My suggestion differs, however, from his outcome responsibility. The only outcomes for which we are non-derivatively responsible are either (a) intended or foreseen ones or, (b) ones which result from failure, due to the malfunctioning of our capacities of agency, to complete as intended an action within our domain of secure competence. All these are united by being the outcomes of actions guided by our powers of rational agency, successfully or unsuccessfully. Non-derivative responsibility for omissions displays the same feature: intentional omissions are guided by those capacities of ours, and we are responsible for those unintended

L'esigenza di personalizzare il giudizio di colpa, al di là della valutazione (attinente al fatto-illecito) relativa all'inosservanza del dovere di diligenza, è sostenuta da più parti anche nella dottrina più recente<sup>149</sup>. Infatti, si argomenta, benché l'aspettativa di diligenza debba essere oggettivamente determinata sulla base di ciò che sia legittimo attendersi da una persona che agisce nel contesto corrispondente, l'imputazione per colpa richiede anche che si considerino le capacità e le conoscenze

---

omissions which result from the malfunctioning of our powers of rational agency. In sum: conduct for which we are (non-derivatively) responsible is conduct which is the result of the functioning, successful or failed, of our powers of rational agency. I will call this the Rational Functioning Principle» (*ivi*, p. 16). Analogamente, sulla compatibilità fra responsabilità per colpa senza rappresentazione e «control principle», R.A. DUFF, *Answering for Crime*, cit., p. 71-72.

<sup>149</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 186 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 141 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 78 ss., 368 ss.; ID., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 124 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 461 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice pen.*, 2012, 21, spec. p. 24 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, p. 19 ss., spec. p. 147 ss., la cui impostazione intende coniugare ambizioni soggettivizzanti con una peculiare impostazione sistematica, che rinuncia all'*homo eiusdem conditionis et professionis* ma ricorre al parametro del «miglior agente»; cfr. quindi M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 165 ss., 389 ss., secondo il quale la misura oggettiva andrebbe stabilita in base al parametro della «migliore scienza ed esperienza» (*supra*, § 2.3), mentre la misura soggettiva (colpevolezza colposa) sarebbe determinata dal parametro *homo eiusdem conditionis et professionis*. Si rinvia comunque allo studio di Canepa per ulteriori riferimenti alla letteratura di lingua tedesca. Mostra l'autore che l'esigenza di imputazione soggettiva con riferimento alle capacità e alle conoscenze del soggetto agente risulta praticamente pacifica in quella dottrina; ciò che si discute è piuttosto la collocazione sistematica di tale «misura soggettiva»: nell'illecito (*Unrecht*) o in sede di colpevolezza (*Schuld*). Tale impostazione è inoltre assunta dai codici austriaco e svizzero: v. le definizioni codicistiche riportate in italiano dallo stesso A. CANEPA, *op. cit.*, p. 74, nt. 2. Sulla linea della dottrina d'oltralpe, anche J.P. MAÑALICH RAFFO, *La imprudencia como estructura de imputación*, cit., p. 22-3, secondo il quale, oltre a doversi determinare lo standard di diligenza obiettivo in base al parametro del «cittadino fedele al diritto», la colpa richiede di considerare anche «le capacità e le conoscenze delle quali disponesse effettivamente il soggetto (passivo) dell'imputazione» (trad. propria).



di cui dispone effettivamente il soggetto passivo del giudizio di imputazione.

*Massimo Donini* attribuisce rilevanza, già sul piano della tipicità, agli elementi psicologici riferibili all'assenza di volontà ed eventualmente alla rappresentazione, quale indispensabile base soggettiva sulla quale fondare il giudizio di colpevolezza colposa. La *tipicità soggettiva* della colpa implica il riferimento a quegli elementi – involontarietà del fatto, «individuazione di cautele *ad personam* dell'*homo eiusdem* esigibili, ma generalizzabili ad *una categoria* di agenti, secondo un metro di identificazione sociale»<sup>150</sup>, e quindi note generiche e specifiche di negligenza – che contraddistinguono l'agire colposo, differenziandolo da quello doloso<sup>151</sup>. Tuttavia, siccome l'agente modello «*appartiene alla cultura e alle funzioni politiche della prevenzione generale, non al discorso della colpevolezza*»<sup>152</sup>, occorre anche considerare la «*soggettivizzazione dell'esigibilità dell'osservanza richiesta*»<sup>153</sup>, cioè appurare se il comportamento normalmente dovuto «*si poteva pretendere dal soggetto*»<sup>154</sup>. Una «*misura soggettiva anch'essa, non psicologica dunque*»<sup>155</sup>.

Su questa stessa linea, merita attenzione la proposta di *Donato Castonuovo*. Evocando espressamente il principio di «inesigibilità»<sup>156</sup>, l'autore sostiene una nozione normativa della colpa che,

analiticamente, può dirsi “bifunzionale”, secondo la distinzione strutturale e sistematica tra un *momento oggettivo e soggettivo*, che definisce il fatto illecito colposo come fatto involontario posto in essere mediante violazione di regole precauzionali (un momento al quale, dunque, non sono estranei fattori anche psicologici), e un *giudizio soggettivo-individualizzante* di colpevolezza colposa, in cui tutti quei fattori soggettivi e psicologici che definiscono il singolo fatto illecito dovranno essere va-

<sup>150</sup> M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 140.

<sup>151</sup> M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 348 ss., 354; ID., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 132 ss.

<sup>152</sup> *Ivi*, p. 143 (corsivo originale).

<sup>153</sup> *Ivi*, p. 147 (corsivo originale).

<sup>154</sup> *Ivi*, p. 148.

<sup>155</sup> *Ivi*, p. 147.

<sup>156</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 462 ss. Con qualche eco in giurisprudenza (Capitolo 4, § 4).

lutati in rapporto all'autore e alla situazione concreta in cui si è trovato ad agire<sup>157</sup>.

A proposito della distinzione fra errore esecutivo ed errore cognitivo (sapere ontologico e nomologico), *Castroonuovo* sottolinea che, in realtà, «la colpa è sempre *errore esecutivo*», descrivibile come «perdita di controllo sulla causalità»<sup>158</sup>, ma può avere quelle due origini, cioè «può dipendere (oppure no), da un *errore cognitivo*»<sup>159</sup>. Ciò vale tanto per le condotte commissive che per quelle omissive<sup>160</sup>. Ed è *involontario*, almeno nelle sue conseguenze. «L'elemento psicologico sempre presente nella colpa è solo di ordine negativo, poiché quell'errore esecutivo o l'effetto dannoso o pericoloso a esso collegato deve essere involontario»<sup>161</sup>.

In questa prospettiva, assume un rilievo centrale il discorso sull'*Anlass*, concernente la riconoscibilità di un fattore situazionale come «“occasione” di possibile percezione della rischiosità della situazione»<sup>162</sup> e, dunque, dell'«*errore situazionale*, che può essere (eventualmente) di tipo cognitivo e (immancabilmente) di tipo esecutivo»<sup>163</sup>.

(...) ogni errore di tipo cognitivo o esecutivo potrà risultare alcune volte *incolpevole* o *meno colpevole*: si tratta, infatti, di dare rilievo ad elementi di concretizzazione ed individualizzazione del giudizio che potranno condurre a una esclusione o diminuzione della colpevolezza colposa<sup>164</sup>.

*Castroonuovo* offre quindi un catalogo esemplificativo di fattori situazionali potenzialmente disculpanti o rilevanti in sede di commisurazione della pena. Nel giudizio di colpevolezza, «il “potere” individuale di tenere il comportamento atteso sarà valutato prendendo in considera-

<sup>157</sup> *Ivi*, p. 470.

<sup>158</sup> *Ivi*, p. 593. Analogamente, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 144: «l'errore riguarda la rappresentazione del rapporto di causalità».

<sup>159</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 594.

<sup>160</sup> *Ivi*, p. 593.

<sup>161</sup> *Ivi*, p. 595.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Ivi*, p. 596.

<sup>164</sup> *Ivi*, p. 598.

zione una o più tra le seguenti circostanze, quando esse incidano direttamente sulla *riconoscibilità del rischio specifico* o sulla *prevedibilità dell'evento* dannoso o pericoloso oppure sull'*effettiva possibilità di mantenersi nell'area del rischio lecito* o di *eseguire correttamente* l'attività intrapresa»: a) stanchezza e debolezza improvvise; b) spavento, sorpresa e disorientamento; c) inesperienza («non standardizzabile secondo una figura-modello di livello inferiore in maniera tale da essere già valutabile sul piano del fatto tipico, per escludere l'inosservanza del dovere»); d) deficit culturale o sociale; e) perdita repentina di capacità funzionale; f) difetto cognitivo (errore/ignoranza) riguardante la regola cautelare<sup>165</sup>.

Tali «situazioni di eventuale *inesigibilità* potranno rilevare *in senso disculpante* soltanto qualora non siano esse stesse “rimproverabili” al soggetto», quando cioè taluni indizi avrebbero suggerito l'astensione o l'adozione di precauzioni particolari<sup>166</sup>. Si tratta di un giudizio, quindi, da «svolgersi anche secondo gli schemi della colpa per assunzione (*Übernahmeverschulden*); ovvero, quanto al momento della valutazione, in base al paradigma dell'*actio libera in causa*»<sup>167</sup>.

«Insomma – conclude *Castronuovo* –, per scongiurare la reiterazione del vieto paradigma della *culpa in re ipsa*, dovranno seriamente prendersi in considerazione le possibili *défaillances* situazionali o individuali eventualmente patite, nel caso concreto, dalla figura-modello o dallo standard di svolgimento corretto dell'attività rischiosa: un giudizio concretizzato e individualizzato, diretto a valutare la presenza di eventuali fattori anomali, risultati decisivi nella realizzazione del fatto offensivo»<sup>168</sup>.

Analoga, infine, è la posizione già assunta da *Fornasari*<sup>169</sup>, che, più di recente, al fine di sostenere la validità della soluzione basata nel principio di *inesigibilità*, propone un esempio già impiegato da *Jakobs* (che a sua volta lo riprende da *Nowakowski*).

---

<sup>165</sup> *Ivi*, p. 599 ss.

<sup>166</sup> *Ivi*, p. 601.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> *Ivi*, p. 603.

<sup>169</sup> V. già G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 319 ss.

Una madre, avendo appreso la notizia di un incidente occorso al proprio bambino mentre giocava fuori casa, vuole immediatamente accorrere all'ospedale dove è stato ricoverato e dimentica di spegnere il ferro da stiro che stava utilizzando, provocando così un incendio che causa la lesione di altre persone e danni all'edificio.

Secondo *Fornasari*,

la donna viola certamente la regola cautelare, senza peraltro che la velocità con cui lascia l'abitazione possa essere di alcun vantaggio al bambino in pericolo, ma la questione è se non si debba guardare con indulgenza e comprensione il suo comportamento, che date le circostanze non era adeguatamente motivabile dalla norma cautelare<sup>170</sup>. Un esempio così costruito apre le porte ad un inquadramento dogmatico tale per cui non si può certo escludere la tipicità (...) del fatto, e dunque un'eventuale responsabilità sul versante extra-penale per i danni causati a persone o cose, ma si può dire che vi siano gli estremi per escludere una piena affermazione della colpa, struttura intrinsecamente normativa che non può prescindere dalla necessità di individualizzare il dovere di diligenza. L'inesigibilità è funzione di questa operazione ermeneutica, che si colloca ancora all'interno del discorso sulla colpa: il fatto della madre protagonista del nostro esempio non è interamente colposo, o meglio lo è solo in relazione ad eventuali conseguenze extra-penali, ma non ai fini dell'irrogazione di una pena<sup>171</sup>.

Anche su queste tesi, torneremo in sede ricostruttiva (Capitolo 7, § 2.4).

#### 4. *Lo scenario attuale. Sintesi*

Il percorso compiuto in questo capitolo dà conto del dibattito attuale in materia di colpa, con particolare riguardo ai criteri di attribuzione di responsabilità idonei a definire la soglia minima di colpevolezza in ordine all'imputazione di un dovere di conoscenza quale prerequisito di prevedibilità.

---

<sup>170</sup> G. FORNASARI, *Inesigibilità*, in R. SACCO (dir.), *Dig. disc. pen.*, Milano, 2018, 362, cit., 362, p. 386.

<sup>171</sup> *Ivi*, p. 386.

Per quanto concerne i modelli generalizzanti, nella seconda parte si è osservata la tendenza a cercare di superare l'indeterminatezza che affligge il modello deontico prevalente (l'agente-modello) ricorrendo a concezioni normative prasseologiche, che riducono la colpa alla inosservanza di prassi predeterminate, o a modelli che affidano la definizione della diligenza doverosa a parametri esterni (scientifici e tecnologici). Per contro, si è dato conto anche di soluzioni dottrinali opposte alle precedenti sul piano epistemologico, poiché invece di affidare alla presunta certezza della scienza la responsabilità di offrire soluzioni utili al diritto, riconoscono la frequente o persino intrinseca incertezza della scienza, mostrando la necessità di adottare criteri normativi emancipati da parametri di sicura scientificità.

D'altra parte, come osservato nella terza parte del capitolo, la tendenza attualmente prevalente è quella che sostiene la virtù garantista della «misura soggettiva» della colpa, quale soluzione normativa basata sull'esigenza di colpevolezza alternativa alle tradizionali costruzioni liberali richiedenti un livello minimo di consapevolezza o di volontà, a seconda dei modelli, anche nella colpa.

Le tesi generalizzanti saranno riprese ed esaminate criticamente nel Capitolo 5, dopo averne osservato le ripercussioni giurisprudenziali nel Capitolo 4, allo scopo di definire nuove basi per un modello compromissorio (come vedremo, prasseologico in linea di principio, ma moderatamente deontico: Capitolo 5, § 2.1). Nel Capitolo 7 considereremo infine la sostenibilità teorica delle odierne teorie della «doppia misura», chiarendo l'utilità e la funzione attribuibile al rivalutato requisito di «esigibilità», ma in termini oggettivi/generalizzanti.



## CAPITOLO QUARTO

### LA COLPA NEL DIRITTO VIVENTE

#### RIFORME E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

**SOMMARIO:** *1. Colpa e attività medica. 1.1. La criminalizzazione dell'attività medica e le pratiche di «medicina difensiva». 1.2. Strategie sostanziali. 1.2.1. L'arretramento dell'intervento punitivo. 1.2.2. La ridefinizione della portata della colpa medica: opzioni dogmatiche (uno schema). 1.2.3. L'esclusione della colpa dal diritto penale e l'istituzione dei sistemi di notificazione e registro degli «eventi avversi». 1.3. La ridefinizione della colpa medica in Italia. 1.3.1. Il limite della colpa grave e la standardizzazione delle regole cautelari. Antecedenti e contesto di riferimento. 1.3.2. La riforma Balduzzi (2012). Un'interpretazione deontica. 1.3.3. La riforma Gelli-Bianco (2017). L'interpretazione delle Sezioni Unite «Mariotti» (2018). 1.4. La colpa medica tra linee guida e dovere di diligenza. 1.4.1. Colpa e prassi consolidate. 1.4.2. Il caso dell'ospedale Príncipes de España (1986-1991). 1.4.3. (segue) Una questione emergente: colpa per – o nonostante – l'osservanza della prassi? 2. Colpa e attività produttive. 2.1. I processi in materia di malattie professionali. 2.2. La prevedibilità del «grave danno alla salute» come paradigma di imputazione per colpa. 2.2.1. Il cloruro di vinile monomero e il caso «Petrochimico di Porto Marghera» (2006). 2.2.2. L'amianto: evoluzione scientifica, divieto di utilizzo e processi penali. I casi «Fincantieri» (2012) ed «Eternit Siciliana» (2012). 2.2.3. (segue) L'espansione della «colpa generica residuale»: dalla prevedibilità dell'evento hic et nunc alla prevedibilità del tipo di evento. 2.3. Aspetti salienti nella giurisprudenza più recente (2011-2020). 2.3.1. Questioni d'imputazione: soggetti competenti e inferenza causale. 2.3.2. Segnali di un fisiologico riavvicinamento al paradigma classico in punto di colpa (per malattie professionali amianto-correlate). 3. Colpa, protezione civile e risk management. 3.1. Il «caso Sarno» (2011) e il processo «Grandi Rischi» (2013-2016). 3.2. (segue) Oltre il principio di precauzione: il paradigma paranoide (worst-case scenario). 3.3. Organizzazione complessa, colpa apicale e contributo della vittima (rinvio). Una sentenza recente in materia di gestione delle piste da sci (2017). 4. Concretizzazione e individualizzazione del giudizio: verso il riconoscimento di un «profilo soggettivo» della colpa?*

## 1. Colpa e attività medica

### 1.1. La criminalizzazione dell'attività medica e le pratiche di «medicina difensiva»

L'espansione della responsabilità colposa, già segnalata in sede introduttiva (Capitolo 1, § 1), interessa particolarmente il settore della responsabilità medica. Come noto, infatti, in molti contesti comparabili sotto il profilo normativo, socioeconomico e culturale, assistiamo da decenni (dell'inizio degli anni Settanta, negli Stati Uniti) ad un aumento progressivo di denunce e di condanne per negligenza medica (*medical malpractice*)<sup>1</sup>.

A che cosa si deve questa tendenza generale? Proviamo ad indicare alcuni fattori del fenomeno, senza pretesa di esaustività e considerando che il peso specifico di ciascuno dipenderà dal contesto di riferimento e dall'incidenza di ulteriori fattori concorrenti.

Il miglioramento della capacità assistenziale dei sistemi sanitari nazionali e l'aumento dell'aspettativa di vita degli ultimi decenni concorrono indubbiamente a spiegare il fenomeno in questione. Entrambi i fattori comportano un aumento quantitativo degli atti assistenziali e quindi maggiori probabilità che si verifichino eventi avversi. Inoltre, detti fattori comportano un mutamento qualitativo del ruolo della medicina, che interviene oggi in ambiti che fino a trenta o quaranta anni fa non erano ancora alla sua portata (si pensi ad esempio alle tecniche di

---

<sup>1</sup> Su questa tendenza, in Italia, G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, p. 17 ss. Tuttavia, come sottolinea anche G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giur. pen. (web)*, 2020/4, p. 1 ss., p. 14, il rischio più elevato a cui si espongono i medici (normalmente, ma a maggior ragione nel contesto emergenziale considerato) è quello di essere sottoposti a indagini diffuse, essendo statisticamente più basso, invece, il rischio di rinvio a giudizio e di condanna. Da ciò deriva, come pure osserveremo brevemente (§ 1.2.3), l'opportunità di integrare soluzioni sostanziali, procedurali e *stricto sensu* processuali per far fronte all'espansione indicata nel testo e al correlato problema della «medicina difensiva».



rianimazione, che aprirono lo scenario del dibattito contemporaneo sul fine vita, o alle tecniche di riproduzione assistita).

A ciò vanno aggiunte altre considerazioni, che possono contribuire a spiegare la crescente responsabilizzazione della classe medica. In primo luogo, la specializzazione degli operatori può favorire la commissione di errori nella interpretazione o nel trattamento dei casi clinici che richiedono, per la loro complessità, l'intervento di *équipe* di specialisti. E qui, come vedremo, si pone la questione dell'applicabilità del «principio di affidamento» (Capitolo 6)<sup>2</sup>. In secondo luogo, l'utilizzo di tecniche diagnostiche e terapeutiche avanzate, pur comportando indiscutibili vantaggi, può implicare, talvolta, maggiori rischi per la salute dei pazienti<sup>3</sup>.

Una medicina sempre più specializzata e incisiva concorre inoltre a generare nuove aspettative ed esigenze nella popolazione dei pazienti. Tali aspettative possono trovare quindi nuovi spazi di espressione e riconoscimento in un contesto caratterizzato dal passaggio – ormai di lungo corso – dal paradigma paternalista ad una relazione medico-paziente basata sul principio di autonomia<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Infatti, allo scopo di prevenire o rimediare a possibili errori, parte della dottrina sostiene l'opportunità di prevedere protocolli di duplice controllo, scartando in questo modo l'applicabilità del principio di affidamento (come regola di condotta, ancor prima che come criterio di giudizio). A questo proposito (cui cenneremo anche in seguito, *infra*, Capitolo 6, § 3.2.4), cfr. fin d'ora M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009, p. 404; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, p. 20 ss., 31 ss., 71 ss.

<sup>3</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, II, *Los problemas penales actuales de la Biomedicina*, Santa Fe, 2011, p. 243 ss. Ci soffermeremo sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale in medicina, e sulle sue implicazioni in ordine alla responsabilità del medico che adotti indicazioni automatizzate, in sede conclusiva (Capitolo 8, § 3).

<sup>4</sup> Al riguardo, G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, p. 3 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, II, cit., p. 121 ss. L'art. 5 della Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina (1997) positivizza il principio di autonomia nei seguenti termini: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se

Negli ultimi decenni, il paziente-modello è divenuto sempre più consapevole dei suoi diritti. Ciò rappresenta indubbiamente un segno di progresso, ma alimenta nondimeno una tendenza, ormai endemica nella società contemporanea, a sopravvalutare il potere della medicina, portando ad attribuirle, talvolta, una sorta di infallibilità, che induce a non accettare i limiti umani di chi è chiamato ad applicarla (l'errore umano)<sup>5</sup> e ad essere maggiormente propensi a pretendere una riparazione o a cercare un colpevole a fronte di risultati diagnostici o terapeutici non rispondenti alle proprie aspettative soggettive<sup>6</sup>.

Conserviamo una «immagine»<sup>7</sup> scienziata della medicina<sup>8</sup>, un po' per educazione (essenzialmente positivista), un po' per la disinformazione imputabile a mezzi di stampa, un po' per l'idea che di sé stessi talvolta conservano e trasmettono gli stessi operatori della medicina. Ciò favorisce l'emersione di aspettative nuove e talvolta eccessive rispetto al livello di diligenza ragionevolmente esigibile agli stessi. Pertanto, qualora accedano ai tribunali come elementi di «precomprensio-

---

non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. / Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. / La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

<sup>5</sup> Pone l'accento su questo aspetto D. FALCINELLI, *Per una cultura penale dell'errore umano*, in *Arch. pen. (web)*, 2019/2, 1, p. 5 ss.; in argomento, già G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, p. 21 ss.

<sup>6</sup> Come osserva F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/2, 159, p. 164, il paziente si è svincolato dalla «succubanza rispetto alla figura del medico onnisciente e infallibile, ed è pertanto più predisposto a criticare l'operato del medico, facendo valere, all'occorrenza, tali ragioni di critica anche attraverso l'attivazione di un contenzioso giudiziario». Sottolinea questo aspetto anche E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia, 2001, p. 11 ss.

<sup>7</sup> Si riprende nuovamente il concetto di «image of science» considerato nel Capitolo 3, § 2.3, riferendoci ai contributi di *Elkana, Villa e Licci*.

<sup>8</sup> Parla espressamente di «scientismo superficiale», fra i penalisti, A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismo penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 35, 1, 2013, 1, p. 2.

ne»<sup>9</sup>, dette aspettative possono tradursi in parametri normativi idonei a giustificare sentenze di condanna.

Del resto, qualunque specie di *colpa* – anche quella penale – esprime il dualismo generato dalla delusione di un’aspettativa (*lato sensu* normativa, valutativa) che, in ultima istanza, è un’aspettativa di matrice sociale, si basi o meno il dovere di diligenza anche su regole o indicazioni tecnico-scientifiche (*infra*, Capitolo 5, § 2.2).

Ma v’è di più, poiché al suddetto elemento culturale, eredità del positivismo scientifico, si sovrappone oggi l’epistemologia dell’incertezza, cioè quell’insieme eterogeneo di teorie post-positivistiche della conoscenza che sostengono l’incapacità delle scienze (empiriche o naturali) di offrire modelli esplicativi della realtà necessariamente concludenti, indiscutibili e definitivi<sup>10</sup>.

L’idea epistemologica dell’incertezza – già incontrata occupandoci di precauzione (Capitolo 3, § 2.4) – scaturisce dalla insostenibilità del positivismo come pretesa fideistica di verità, e presuppone, al contrario, la relatività o provvisorietà di qualunque ipotesi scientifica. Ma detta *relatività*, intesa nel suo contesto epistemologico originario come un carattere proprio della conoscenza (ipotetica, provvisoria, oggetto di «falsificazione»<sup>11</sup> e bisognosa di «corroborazione»<sup>12</sup>; oppure, valida solo nell’ambito di certi modelli esplicativi o «paradigmi» scientifici, e non di altri<sup>13</sup>), si trasforma – spesso impropriamente – in un atteggiamento

<sup>9</sup> Il concetto di «precomprensione» – come già ricordato (Capitolo 1) – si riferisce all’influenza determinante esercitata sulla discrezionalità giudiziale da una serie di «fattori contestuali di carattere extra-testuale, come ad esempio il contesto politico-culturale, preoccupazioni di politica giudiziaria (...), la cultura, la ideologia e la sensibilità del giudice»: G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., nt. 81.

<sup>10</sup> In argomento, V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, cit., p. 24 ss.; J. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, p. 30 ss.

<sup>11</sup> Nella prospettiva, a cavallo fra positivismo e post-positivismo, assunta da K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit.

<sup>12</sup> K. POPPER, *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica*, I, *Il realismo e lo scopo della scienza* (1956), Milano, 2009, p. 188 ss., 240 ss.

<sup>13</sup> T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), Chicago-London, 2012. Criticamente, sul concetto di «paradigma» nel contributo di Kuhn e nella letteratura successiva, I. HACKING, *Introductory Essay*, in T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, cit., vii, p. xvii ss. Nondimeno, inteso in senso lato, il concetto appare

mento di sfiducia ideologica (aprioristica e fanatica) e, in quanto tale, irrazionale, nei confronti delle istituzioni a cui tradizionalmente compete veicolare il sapere scientifico alla società (università, centri di ricerca, ecc.). La sua assunzione alimenta l'idea secondo cui la conoscenza è non solo *discutibile*, ma anche *democratica*, e ciò influenza il corpo sociale al punto di porre il tema della credibilità della scienza costantemente al centro del dibattito pubblico<sup>14</sup>.

Negli ultimi decenni, questa tendenza si è fatta particolarmente evidente e problematica proprio nel settore della medicina. Basti pensare, fra i primi segnali (ben prima dell'avvento dei *social network*), al c.d. «negazionismo dell'AIDS»<sup>15</sup>, o alla più recente ondata anti-vaccini (ometto riferimenti). Anche a causa della sua scarsa e talvolta assente capacità autocritica, la medicina ufficiale (istituzionale) è costretta ad accomodarsi al banco degli imputati. Contro di essa si dirigono sempre più spesso istanze di riparazione; sicché i tribunali, per quanto paradossale ciò possa sembrare, divengono con frequenza essi stessi depositari involontari della c.d. «verità scientifica»<sup>16</sup>.

---

applicabile anche alla «scienza penale»: si pensi al passaggio dalla concezione psicologica a quella normativa della colpevolezza, agli inizi del XX secolo. Allora, come visto, il mutamento di paradigma s'identifica con un'inversione prospettica: «dalla testa dell'autore del fatto alla testa di chi è chiamato a giudicarlo» (Capitolo 2, § 1.1).

<sup>14</sup> Il sovrapporsi e mescolarsi di queste due influenze – una cultura ancora essenzialmente, benché solo intuitivamente, positivista (fideistica al cospetto della scienza), e la critica radicale, ancorché pure intuitiva, ai dogmi del positivismo (che si traduce nella pseudo-cultura, sempre più diffusa, della «post-verità») – svela una contraddizione che mi sembra solo apparente. Se osserviamo da vicino i fenomeni indicati ci accorgiamo infatti che ad alimentare la carica persuasiva di certi «cattivi maestri» nei confronti dei movimenti sociali può aver concorso l'atteggiamento intransigente della scienza ufficiale nei confronti del dialogo e del dubbio legittimo.

<sup>15</sup> A partire essenzialmente dalla diffusione delle congetture critiche di P. DUESBERG, *AIDS. Il virus inventato* (1996), Milano, 1998. In argomento, S.C. KALICHMAN, *Denying AIDS: Conspiracy Theories, Pseudoscience, and Human Tragedy*, New York, 2009.

<sup>16</sup> Un caso paradossale: nonostante la comunità scientifica respinga qualunque correlazione fra autismo e vaccini, in Italia alcuni tribunali hanno riconosciuto indennizzi sulla base dell'ipotesi screditata: v. il *Dossier: vaccini e autismo* del Gruppo di ricerca BIODIRITTO (Università degli Studi di Trento), disponibile in <https://bit.ly/2xEI6tO>, e lo

Questa crescente esigenza di giustizia – di riparazione e retribuzione – contribuisce ad alimentare e a spiegare il fenomeno della c.d. «medicina difensiva», cioè la tendenza dei professionisti sanitari, condizionati dal timore di essere denunciati o citati in giudizio, ad agire non più – o non solo – in base allo scopo primario di perseguire il miglior risultato per il paziente, ma al fine prevalente di diminuire il rischio di incorrere in qualche tipo di responsabilità<sup>17</sup>.

Questo timore può divenire il principale criterio di condotta del professionista, inducendolo ad eccedere nell'uso di esami diagnostici e/o nella prescrizione di farmaci, affinché un domani non gli si possa rimproverare di non aver fatto *tutto il possibile* (medicina difensiva «positiva»), oppure a disfarsi dei casi clinici più complessi, o con minori probabilità di successo, cioè di quei casi clinici che richiederebbero l'adozione di strategie terapeutiche più rischiose o comunque incerte sotto il profilo dei benefici raggiungibili (medicina difensiva «negativa»).

La medicina difensiva, a sua volta, implica in via immediata ulteriori conseguenze negative.

studio di M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BLJ*, 2016/1, p. 81.

<sup>17</sup> «Defensive medicine occurs when doctors order tests, procedures or visits, or avoid high-risk patients or procedures, primarily (but not necessarily solely) to reduce their exposure to malpractice liability»: U.S. CONGRESS – OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, Washington D.C., 1994, p. 21. In argomento, fra gli altri, D. SCLAR, M. HOUSMAN, *Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives to Defensive Medicine*, in *HHPR*, 4, 1, 2003, p. 75; G. GUERRA, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Pol. san.*, 14, 4, 2013, p. 221; D.P. KESSLER, *Evaluating the Medical Malpractice System and Options for Reform*, in *JEP*, 25, 2, 2011, p. 93 ss.; R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss.; G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, *passim*; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014/3, p. 927 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; da ultimo, C.M. ROMEO CASABONA, A. PERIN (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: Legitimidad y límites de la intervención penal*, Bilbao-Granada, 2020.

Da un primo punto di vista, questa tendenza può determinare gravi alterazioni nello svolgimento della relazione medico-paziente, venendo meno quella fiducia reciproca che dovrebbe caratterizzarla. Ciò accade, ad esempio, quando il medico ricorre al consenso informato come strumento mediante il quale trasferire la responsabilità (e il rischio) al paziente<sup>18</sup>. Ma tale alterazione si produce anche quando viene praticata la medicina difensiva «positiva», poiché l'abuso di esami radiologici o di farmaci può a sua volta esporre i pazienti a maggiori rischi di soffrire pregiudizi evitabili, aumentando in questo modo la sfiducia tra popolazione paziente e medicina e così, per le ragioni anzidette, il ricorso alla via giudiziale.

Evidentemente, un simile contesto non si ripercuote solo sul paziente, ma anche sulla psicologia del professionista, il quale è costretto ad agire sopportando livelli di stress più elevati della norma e pregiudizi esistenziali derivati<sup>19</sup>.

## 1.2. Strategie sostanziali

### 1.2.1. L'arretramento dell'intervento punitivo

Il fenomeno segnalato ha favorito negli ultimi anni un intenso dibattito intorno alla opportunità di definire un paradigma di responsabilità capace di coniugare, da un lato, il principio di responsabilità e, dall'altro, l'esigenza di migliori condizioni per l'esercizio della professione medica. Infatti, dato che la eccessiva responsabilizzazione dell'operato-

---

<sup>18</sup> Ancorché il consenso del paziente al trattamento per nessuna ragione «scusa» o «giustifica» la condotta inadeguata (tipicamente colposa) nel professionista. In altre parole: il trattamento medico deve contare sul consenso del paziente oltre ad essere conforme al dovere di diligenza. Al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 125-6.

<sup>19</sup> Altrettanto rilevanti sono gli effetti negativi della medicina difensiva dal punto di vista economico, dovuti alla gestione irrazionale delle risorse umane e materiali dei sistemi sanitari. V. D.P. KESSLER, *op. cit.*, p. 93-110; R. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, cit., 2011, p. 1107 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., nt. 4.

re sanitario favorisce la medicina difensiva<sup>20</sup>, una strada ragionevole da percorrere in chiave politico-criminale (cioè di opportunità del mezzo rispetto al fine preventivo) appare quella di limitare la portata dell'intervento sanzionatorio in questo settore. Tuttavia, il modo attraverso cui ridefinire i contorni della responsabilità medica sul piano sostanziale, circoscrivendo le ipotesi di *malpractice* meritevoli di sanzione penale, è oggetto di discussione.

### 1.2.2. La ridefinizione della portata della colpa medica: opzioni dogmatiche (uno schema)

Nella direzione di ridefinire i contorni della colpa medica sono state proposte negli ultimi anni diverse strategie o soluzioni dogmatiche; peraltro, come vedremo, non sempre o non necessariamente alternative fra loro.

Una prima opzione consisterebbe nel ricorso al criterio di *gravità*, escludendo la responsabilità penale medica nei casi di *colpa lieve*. Questo obiettivo può essere raggiunto per diverse vie. Schematizzando, si può: (a) abbassare il livello di *esigibilità oggettiva* richiesto, per cui la violazione cautelare sarebbe imputabile qualora l'occasione di rischio o la inosservanza stessa possa essere ritenuta riconoscibile da chiunque<sup>21</sup>; (b) ricorrere alla teoria della doppia misura della colpa, richiedendo, oltre alla inosservanza del dovere obiettivo, la possibilità effettiva da parte del soggetto agente di adempiere l'aspettativa di diligenza, ovvero l'*esigibilità soggettiva* di tale adempimento (Capitolo 2, § 2.6; Capitolo 3, § 3.4; ulteriormente: Capitolo 7, § 2.4); (c) fare altrimenti ricorso a soluzioni adottate, con risultati più o meno soddisfacenti, nelle espe-

---

<sup>20</sup> L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 33, 5, 2011, 1085, p. 1086 ss., evidenziando – come già J. Hall (*supra*, Capitolo 3, § 3.3) – il carattere casuale o fortuito della responsabilità colposa, il che la renderebbe sprovvista di qualunque efficacia preventiva. Ritorneremo in argomento nel Capitolo 7, § 6.

<sup>21</sup> In questa direzione, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 560.

rienze a noi vicine che già ricorrono al criterio limitativo della *colpa grave* (o categorie affini)<sup>22</sup>.

Un altro modo per restringere – e pre-definire – il campo della colpa medica consiste nel disciplinare la *etero-integrazione normativa* del dovere di diligenza attraverso fonti tecniche, stabilendo criteri legislativi per determinare quali discipline extra-giuridiche (*leges artis* contenute in, o riconosciute da, *guidelines*, protocolli o fonti simili) possano (concorrere a) specificare il contenuto normativo del dovere di diligenza del medico, indicando la regola cautelare valida nel caso concreto<sup>23</sup>.

Entrambe le strategie<sup>24</sup> – l'adozione della colpa grave e la disciplina della etero-integrazione del dovere di diligenza – sono state adottate dal legislatore italiano attraverso le riforme che esamineremo fra poco (§ 1.3).

### 1.2.3. *L'esclusione della colpa dal diritto penale e l'istituzione dei sistemi di notificazione e registro degli «eventi avversi»*

Nonostante la discussione più recente sia prevalentemente incentrata sulla *delimitazione* della colpa nei termini sommariamente indicati poc'anzi, in letteratura è stato sostenuto anche che la responsabilità colposa andrebbe radicalmente *esclusa* dal diritto penale. In questa direzione, a partire dalle medesime perplessità in punto di legalità sottese all'elaborazione della teoria normativa «prasseologica» (Capitolo 3, § 2.2), altri autori si spingono oltre, fino a sostenere, anche in ragione della discutibilissima (in)efficacia preventiva della colpa penale, l'abro-

---

<sup>22</sup> In questo senso, la proposta definitoria di G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, p. 199, sulla base delle nozioni di *Leichtfertigkeit* e *grobe Fahrlässigkeit* (*infra*, § 1.3.1). Sulla nozione di *colpa grave* – oggettivamente o soggettivamente intesa –, rinvio agli ulteriori riferimenti, anche comparatistici, e alle considerazioni che svolgeremo nel Capitolo 7, §§ 2 ss.

<sup>23</sup> In argomento, per tutti, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

<sup>24</sup> Per una loro rappresentazione sintetica in chiave diacronica, R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/5, p. 233 ss.



gazione dell'intervento punitivo in mancanza di un qualsivoglia elemento cognitivo o volutaristico<sup>25</sup>.

Tutto ciò potrebbe valere, a maggior ragione, nel caso dell'attività medica. In questo contesto, la minaccia della sanzione, oltre a non esprimere un'apprezzabile (o misurabile) efficacia preventiva, può incoraggiare pratiche di medicina difensiva. Ciò che sempre più spesso viene messo in discussione, quindi, è l'assunto (indimostrato) secondo cui, data l'esigenza di prevenire quanto più possibile l'occorrenza di «eventi avversi» lesivi<sup>26</sup>, la variabile motivazionale sottesa alla *prevenzione generale negativa* svolgerebbe un ruolo positivo, nel senso di indurre il destinatario della norma ad agire in base a standard di cautela più elevati<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Osserva infatti M.C. DEL RE, *op. cit.*, p. 46-7: «(...) il dovere di diligenza deve obbedire al precetto costituzionale della determinatezza, poiché tale dovere costituisce elemento della fattispecie. Ora, poiché manca nella fattispecie legale la descrizione del dovere, il precetto sembra restare indeterminato richiedendo una determinazione aggiuntiva da parte del giudice, il quale pei delitti colposi, assume funzione propria del legislatore». La «fattispecie colposa, a differenza di quella dolosa, è una fattispecie in bianco (aperta) che richiede una specificazione che il giudice compirà in base alle regole di esperienza e alle norme tecniche». Tuttavia, come abbiamo visto (Capitolo 3, § 3.2), nella prospettiva di *Del Re* esiste anzitutto un problema di colpevolezza (per assenza di rappresentazione). Analoghi, come pure abbiamo visto, gli argomenti di J. HALL, *op. cit.*, p. 633 ss., 641 ss. (Capitolo 3, § 3.3).

<sup>26</sup> La nozione di «evento avverso» in medicina può infatti ricomprendere la sub-categoria data da incidenti privi di effetti lesivi a danno del paziente (dunque, penalmente irrilevanti): A. URRUELA MORA, A. LIBANO BERISTAIN, *Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria desde la perspectiva procesal penal. Particular análisis del modelo español (SiNASP)*, in C.M. ROMEO CASABONA, A. PERIN (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: Legitimidad y límites de la intervención penal*, cit., p. 93, 114.

<sup>27</sup> Benché, in alcuni ordinamenti, la sanzione della colpa penale possa rivestire anche una funzione *special-preventiva*. È il caso, ad es., della «colpa professionale» disciplinata dal codice penale spagnolo. L'istituto è oggi applicabile alle fattispecie di omicidio, lesioni, aborto e lesione al feto (artt. 142, 146, 152 e 158 del *código penal* spagnolo) comportando, oltre alla pena stabilita per il reato-base, l'inabilitazione per un determinato periodo all'esercizio della professione, dell'ufficio o della carica (pena accessoria interdittiva). La maggior gravità della *imprudencia profesional* non corrisponde quindi ad un criterio idoneo a definire il limite inferiore della colpa punibile, indicando invece l'applicabilità dell'ulteriore aggravamento sanzionatorio ad un'inos-

Dunque, si è fatta strada l'idea per cui il paradigma della responsabilizzazione (*blame culture*) sarebbe di ostacolo ad una strategia realmente preventiva che, in quanto tale, dovrebbe puntare piuttosto a creare le migliori condizioni affinché determinati errori non vengano commessi<sup>28</sup>. Un più deciso, netto e sostanziale arretramento del diritto penale, si sostiene, debiliterebbe i fattori principali che favoriscono la medicina difensiva: il timore di essere sottoposto a indagini e raggiunto da una sanzione e, quindi, la cultura dell'occultamento dell'errore. Tale arretramento permetterebbe di attingere all'esperienza degli eventi avversi per capire quali condizioni li hanno favoriti e, facendo tesoro dell'esperienza, sviluppare nuove politiche di prevenzione e *best practices*.

È su questa base che in alcuni Paesi (come Danimarca, Regno Unito, Svezia, Australia, Stati Uniti e Spagna) sono stati introdotti sistemi di notifica e registro degli eventi avversi in ambito sanitario<sup>29</sup>. In linea di principio, questi sistemi possono convivere col mantenimento della responsabilità colposa sul piano sostanziale. Tuttavia, il loro utilizzo come mezzo di prova scoraggia i soggetti chiamati ad applicarlo, decretando un depotenziamento della sottostante strategia di prevenzione. Per questa ragione, si sostiene la necessità di adottare disposizioni di

---

servanza *comunque grave*. Per una discussione critica e altri riferimenti, A. PERIN, *La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada*, in *Pol. Crim.*, 13, 26, 2018, 858, p. 882 ss., dove, tra l'altro, si evidenzia la difficoltà definitoria legata all'associazione, avallata dalla giurisprudenza, fra la nozione di «colpa professionale» e quella di «impeperizia». Torneremo sul punto, osservando le criticità legate all'uso della nozione di «impeperizia» anche nel nostro sistema (*infra*, § 1.3.3), nel Capitolo 5, § 2.3.

<sup>28</sup> In senso analogo, M. CAPUTO, «*Agente modello*» e responsabilità per colpa in campo sanitario. *Problemi e prospettive*, Milano, 2012, p. 7 ss., 105 ss., 126 ss.; L. RISCATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 15 ss., 22-3. Ancor più prudente di fronte all'ipotesi della depenalizzazione, «per ragioni elementari di uguaglianza (...) e per l'importanza dei beni giuridici in gioco», H. HERNÁNDEZ BASUALTO, *Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática*, in I. DE LA MAZA (a cura di), *Responsabilidad médica*, Santiago, 2010, 167, p. 183-4 (trad. propria).

<sup>29</sup> Per una prospettiva comparatistica, C.M. ROMEO CASABONA, A. URRUELA MORA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, Granada, 2010.

carattere processuale con la finalità di limitare il ricorso a tali registri come mezzi di prova, laddove non già previste<sup>30</sup>.

Una strategia più radicale, idonea a risolvere alla radice il problema della compatibilità fra la previsione di tali sistemi e la perseguibilità dei casi ivi registrati, sarebbe invece quella di escludere la responsabilità colposa del personale medico-sanitario, recuperando le indicazioni avanzate dall'indirizzo dottrinale indicato poc'anzi. Anche in questo caso, però, ci troveremmo di fronte a opzioni alternative e a non poche difficoltà di ordine concettuale.

Una possibilità sarebbe quella di escludere dall'ambito della penalità solo la colpa puramente normativa (senza rappresentazione dell'evento o consapevolezza dell'infrazione, a seconda di come s'intenda la nozione di «colpa cosciente»)<sup>31</sup>, sulla base della premessa secondo cui la colpa dotata di un elemento psicologico effettivo sarebbe dotata di un maggior disvalore rispetto a quella incosciente. Ma proprio tale assunto desta, come noto, notevoli perplessità, poiché non sempre il fatto accompagnato da un elemento cognitivo o pseudo-volitivo – consapevolezza dell'infrazione della regola di diligenza o rappresentazione dell'evento – appare per ciò solo meritevole di maggior disapprovazione rispetto al fatto incosciente. Anzi, rispetto al caso di chi abbia *consapevolmente* oltrepassato una determinata soglia di rischio (segno, quantomeno, di una maggiore consapevolezza e quindi di minor pericolosità), pur *senza accettarlo dolosamente*, può risultare ben più grave il fatto dell'agente – un medico, ad esempio – che non si sia nemmeno reso conto di aver adottato strategie diagnostiche inadeguate<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> A. URRUELA MORA, A. LIBANO BERISTAIN, *op. cit.*, p. 102 ss., con particolare riferimento al sistema spagnolo.

<sup>31</sup> Propone infatti di distinguere fra «colpa cosciente» (della portata e della natura prudenziale della regola di condotta inosservata), «colpa con rappresentazione» (di elementi di fatto diversi dall'evento) e «colpa con previsione» (dell'evento), S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 23 ss., 79 ss., 202 ss., 308 ss.

<sup>32</sup> In senso analogo, osserva L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 560, che «la carenza di una base psicologica effettiva in direzione del significato delle regole cautelari violate, mentre può giustificare l'esenzione da pena nella colpa lieve – soprattutto in settori in cui la formalizzazione degli obblighi di diligenza assume una elevata tecnicizzazione –, non può sortire il me-

Altra possibilità, come visto, sarebbe quella di rinunciare alla colpa *tout court*, dovendosi però allora definire con chiarezza il confine concettuale fra la colpa e il dolo<sup>33</sup>, che segnerebbe *in generale* il limite inferiore, sotto il profilo soggettivo, dell'intervento penale; oppure adottare soluzioni intermedie<sup>34</sup>, eventualmente ispirate a categorie già note – ma sempre discusse – in altri sistemi o tradizioni<sup>35</sup>.

### 1.3. La ridefinizione della colpa medica in Italia

#### 1.3.1. Il limite della colpa grave e la standardizzazione delle regole cautelari. Antecedenti e contesto di riferimento

Di fronte all'espansione della colpa medica e alle inquietudini della classe medica, il legislatore italiano è intervenuto allo scopo di ridefinire e limitare la colpa penale dell'esercente le professioni sanitarie in ben due occasioni negli ultimi anni. L'obiettivo dichiarato è stato, in entrambi i casi, quello di indicare ai tribunali criteri di giudizio più precisi, riducendo in questo modo quegli ampi margini di discrezionalità che, rendendo aleatoria l'applicazione della sanzione, concorrono a

---

desimo effetto rispetto a una violazione grossolana della diligenza (una violazione che chiunque avrebbe dovuto riconoscere nella situazione data, e non solo il soggetto in questione): anzi, rispetto a una negligenza di questo genere la colpa incosciente potrebbe ben essere fatta oggetto persino di una valutazione di maggiore gravità». Riprenderemo e cercheremo di sviluppare questo spunto nel Capitolo 7, a partire dal § 1.

<sup>33</sup> Oltre ai riferimenti indicati nelle due nt. successive, v. *infra*, Capitolo 7, nt. 7 e 23.

<sup>34</sup> Soluzione suggerita da G. FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 155, p. 173, prima che il cammino verso la individuazione di una categoria intermedia tra la colpa e il dolo fosse preso dalla giurisprudenza in casi in cui la qualificazione dell'elemento soggettivo si è rivelata particolarmente complessa, applicando pene intermedie fra la massima e la minima edituali previste rispettivamente per i reati colposi e dolosi.

<sup>35</sup> Cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, p. 288 ss.; da ultimo, per ulteriori riferimenti al dibattito nei sistemi di *common law* e nella letteratura in lingua spagnola, T. VARGAS PINTO, A. PERIN, *La «vidente» imputación imprudente. Peligrosidad de la conducta y consciencia del riesgo en la definición del dolo y la imprudencia*, in *Pol. Crim.*, 15, 29, 2020, 111, p. 122 ss., spec. 131 ss.

spiegare la tendenza dei medici ad adottare pratiche di medicina difensiva.

Esaminiamo brevemente il contesto in cui vedono la luce le citate riforme.

Sul piano del diritto positivo, come sappiamo, l'art. 43 c.p. non prevede alcuna distinzione tra colpa lieve e colpa grave. Tuttavia, l'attività medica è stata soggetta ad una crescente giudiziizzazione dovuta al progressivo abbandono del criterio della «speciale difficoltà» di cui all'art. 2236 del codice civile, adottato per lungo tempo dalla giurisprudenza penale<sup>36</sup>.

A proposito di questa disposizione, la Corte costituzionale ebbe modo di pronunciarsi in una significativa sentenza del 1973, ritenendo non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla base dell'art. 3 della Costituzione<sup>37</sup>.

Ricordare questa pronuncia è rilevante non soltanto perché la questione riemerge rispetto alle ultime riforme (che, come vedremo, prevedono un regime speciale più favorevole rispetto all'esercizio della professione sanitaria), ma anche per l'attualità del seguente passaggio:

la particolare disciplina in tema di responsabilità penale desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una

---

<sup>36</sup> Ai sensi del quale, «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave». Sugli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla riforma *Balduzzi* (2012), anche per ulteriori richiami, A.R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della «gravità» ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Indice pen.*, 2004, p. 733 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento: analisi de iure condito e proposte di riforma*, Milano, 2016, p. 36 ss.; F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., p. 160 ss.; G.S. FODERÀ, *Cenni sulla responsabilità per colpa medica tra passato e presente: dal codice civile, alla legge Balduzzi alla legge Gelli-Bianco*, in *Arch. Pen. (web)*, 2018/1, 1, p. 6 ss.; G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019/4, p. 4 ss.

<sup>37</sup> Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, sulla quale A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, p. 125 ss.

normativa dettata (...) di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista<sup>38</sup>.

Molto indicativa mi pare, in particolare, la prima esigenza segnalata dalla Corte, specie a fronte di ciò che osserveremo a proposito della riforma *Balduzzi*, ora, e sviluppando la *pars construens* del nostro studio, poi.

Ad ogni modo, come detto, già prima della riforma del 2012, tale criterio era stato abbandonato.

Per quanto riguarda il dibattito dottrinale, si ripropongono anche su questo piano le medesime discussioni e tensioni viste in precedenza: (i) anzitutto, il confronto fra dottrine «deontiche», basate sull'adozione dell'agente-modello *eiusdem condicionis et professionis* quale parametro di diligenza, e posizioni «prasseologiche», tese a vincolare il giudizio di colpa alla inosservanza di standard cautelari predeterminati rispetto al momento del giudizio (Capitolo 3, § 2.1 e 2.2); (ii) inoltre, appare anche qui sempre più sentita l'esigenza di affrancare la colpa penale dalla colpa civile, soggettivizzando il giudizio di imputazione e/o identificando la colpa penalmente rilevante con una colpa grave (Capitolo 3, § 3).

Così, anche con specifico riferimento alla colpa medica, i maggiori limiti del paradigma prevalente appaiono i seguenti: (1) l'indeterminatezza del parametro normativo<sup>39</sup>, ciò che non impedisce ai tribunali di oggettivizzare il giudizio di imputazione, tendenzialmente inficiato da *hindsight bias* (pregiudizio di prospettive)<sup>40</sup>; (2) l'indeterminatezza del-

---

<sup>38</sup> Cit. in F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., p. 161-2, il quale sottolinea a propria volta il grande rilievo dell'affermazione della Corte.

<sup>39</sup> Con particolare riferimento al settore medico, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 247 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 56, 1, 2013, p. 250 ss.

<sup>40</sup> P.G. PETERS, *The Role of Jury in Modern Malpractice Law*, in *Iowa Law Rev.*, 87, 2002, p. 909 ss.; M.A. HASKEL, *A proposal for addressing the effects of hindsight and positive outcome biases in medical malpractice cases*, in *Tort Trial Insur. Pract.*

l'evento come oggetto del giudizio di prevedibilità *ex ante*, la cui necessaria ri-descrizione (*i.e.*, normativizzazione) può condurre a sua volta ad una espansione illimitata della responsabilità medica.

Tuttavia, anche la proposta prasseologica presenta certi limiti. Infatti: (1) benché in molti i casi i medici possano ricorrere a regole modali predeterminate di fronte a *casi tipici*<sup>41</sup>, talvolta le indicazioni protocolari non corrispondono al dovere di diligenza, essendo necessario ricorrere al criterio di ciò che farebbe (o avrebbe fatto) un medico-modello nelle medesime circostanze in cui si trova (o si è trovato) ad agire l'agente reale<sup>42</sup>. E questo in ragione delle caratteristiche proprie della medicina, come tecnica basata su conoscenze in costante evoluzione (e spesso controverse), per cui è possibile che le regole di condotta generalmente adottate si rivelino col tempo obsolete e inadeguate; (2) esistono inoltre *casi clinici atipici*, che non possono essere disciplinati da protocolli predeterminabili<sup>43</sup> e, per questo, richiedono l'adozione di misure non standardizzate; (3) è inoltre importante assicurare, entro certi margini e nella misura in cui sia rispettata la volontà del paziente, quella discrezionalità terapeutica garanzia di pluralismo e necessaria al miglioramento delle pratiche cliniche<sup>44</sup>.

---

*Law J.*, 42, 3, 2007, p. 895 ss.; A. OEBERST, I. GOECKENJAN, *When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments*, in *Psychol. Public Pol. L.*, 22, 3, 2016, p. 271 ss.

<sup>41</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 269.

<sup>42</sup> A. JORGE-BARREIRO, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, in *EPC*, 14, 1989-90, 137, p. 138 ss., 151; M.Á. RUEDA MARTÍN, *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, cit., p. 48 ss. Favorevole alla *Mafßfigur*, M. CAPUTO, «Agente modello» e responsabilità per colpa in campo sanitario, cit., p. 21 ss.

<sup>43</sup> D. SCLAR, M. HOUSMAN, *op. cit.*, p. 82.

<sup>44</sup> J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999, p. 45 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 269 ss. Sulla libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018. In particolare, su limiti e vantaggi della codificazione delle cautele in materia di sperimentazione terapeutica, cfr. C.M. ROMEO CASABONA, *La experimentación humana en psiquiatría: reflexiones jurídicas*, in *DS*, 3, 1, 1995, p. 193; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998/6, 667; ID., *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comi-*

Questo dibattito è stato arricchito dalla pubblicazione di importanti studi monografici<sup>45</sup> e dalla discussione di progetti *de lege ferenda*, come quello proposto nel 2010 dal *Centro Studi Federico Stella*. In quello studio collettaneo, adottando le nozioni di *Leichtfertigkeit* e *grobe Fahrlässigkeit*, si propone di definire «grave» la colpa, «quando l'azione o l'omissione dell' esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento»<sup>46</sup>.

### 1.3.2. La riforma Balduzzi (2012). Un'interpretazione deontica

Nel contesto descritto, il legislatore interviene per la prima volta attraverso la legge 189 dell'8 novembre 2012<sup>47</sup>.

Queste le caratteristiche principali della riforma, per ciò che concerne la riconfigurazione della responsabilità penale colposa dell' esercente la professione sanitaria: (1) il riconoscimento di una rilevanza centrale ai protocolli e alle linee-guida nella determinazione del contenuto normativo del dovere di diligenza; (2) l'esclusione, almeno in alcuni casi (vedremo quali), della rilevanza penale della «colpa lieve».

In questo senso, l'art. 3, co. 1, della citata legge prevedeva quanto segue: «L' esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della

*tati etici*, in *Dir. pubbl.*, 2002/2, p. 623; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 45 ss.; L. EUSEBI, *Comitati etici per la sperimentazione: profili penali*, in *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, Milano, 2011, 737; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., p. 288 ss.

<sup>45</sup> In particolare, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, cit.

<sup>46</sup> Art. 2 del «Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico», per un nuovo art. 590-ter, co. 2, c.p., in G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, p. 199.

<sup>47</sup> L'interpretazione proposta in questo paragrafo ripropone, con qualche aggiustamento, quanto già sostenuto in A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *BLJ*, 2019/1, 207, p. 211 ss.



propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»<sup>48</sup>.

Ciò che potrebbe apparire contraddittorio è che, secondo il citato art. 3, un esercente le professioni sanitarie può agire colposamente (rispondendo per colpa non lieve) pur attenendosi a determinate linee-guida o buone pratiche<sup>49</sup>. La contraddizione, in realtà, è solo apparente, poiché l'aver agito *rispettando le indicazioni* contenute in norme precostituite (linee guida, protocolli o buone pratiche) non vale a escludere, di per sé, che la condotta possa essere giudicata inadeguata (*i.e.* colposa) rispetto ad un'aspettativa di diligenza divergente da quegli standard cautelari.

Una *colpa per – o nonostante – l'osservanza* (di una linea guida o una buona pratica) può sussistere in linea di principio in tre categorie di casi: (i) il medico adotta una linea-guida non pertinente rispetto al caso clinico (errore *in eligendo* «estrinseco»); (ii) la linea-guida è pertinente ma in sé inadeguata (errore *in eligendo* «intrinseco»); (iii) il medico seleziona adeguatamente la linea-guida ma commette un errore esecutivo.

(i) Il primo caso può darsi per un errore nella valutazione dei presupposti fattuali e clinici di applicazione del protocollo; o per un errore

---

<sup>48</sup> Sull'ambito applicativo ed altri aspetti della medesima riforma, cfr. (anche per altri riferimenti): A. VALLINI, *L'art. 3 del «Decreto Balduzzi» tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, 735, p. 736 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, p. 829 ss.; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2013, p. 73 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 1, 2014, 3, p. 6 ss.; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 3, 2014, 1176, spec. 1196-7; A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1397 ss.; G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2015, p. 170 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento*, cit., p. 73 ss.

<sup>49</sup> P. PIRAS, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co.1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e responsabilità medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012.

nella selezione del protocollo, nonostante la corretta valutazione delle circostanze cliniche. Tuttavia, l'applicazione di una disposizione come l'art. 3 a questa ipotesi sortirebbe l'effetto, funzionalmente privo di senso, di fornire un argomento difensivo, con possibile effetto premiale, a chi dimostri di essersi attenuto a una qualunque indicazione esistente, a prescindere dalla pertinenza del suo «ambito di protezione» rispetto al caso clinico (o adeguatezza «estrinseca»).

(ii) La seconda tipologia di casi è data dall'errore del medico che seleziona una linea-guida, questa volta pertinente rispetto al caso clinico, ma *inadeguata* perché obsoleta o, comunque sia, non più rispondente al comportamento esigibile al medico-modello. Il comportamento doveroso (secondo un parametro normativo scientificamente fondato che rappresenta il gruppo di appartenenza dell'agente) risulta rispondente a una cautela diversa, eventualmente più aggiornata, rispetto a quella generalmente indicata di fronte a casi analoghi, cioè in relazione allo stesso «ambito di rischio» (tipologia induttivamente circoscritta di casi clinici). Ciò che quindi si può rimproverare al soggetto è il fatto di non essersi reso conto della necessità di discostarsi dalla pratica adottata generalmente, stante la possibilità di ricorrere a strategie diagnostiche o terapeutiche più aggiornate ed efficaci.

In questa seconda categoria di ipotesi, quindi, il senso di applicare la disciplina favorevole starebbe nel riconoscimento della *maggior difficoltà* della scelta o, se si vuole, della *minor esigibilità* sottesa all'adozione di una pratica inusuale («atipica», come spiegheremo strada facendo e in particolare nel Capitolo 5, § 3), laddove già esiste una regola di riferimento sulla quale l'agente dovrebbe poter fare relativo *affidamento*<sup>50</sup>.

(iii) La terza categoria casistica astrattamente riconducibile alla lettera della riforma è data dall'ipotesi di *errore esecutivo*. Il medico indi-

---

<sup>50</sup> Analogamente, già A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1398-9; A. VALLINI, *L'art. 3 del «Decreto Balduzzi» tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 746-7. La stessa chiave interpretativa torna utile a proposito della riforma Gelli-Bianco: ID., *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari». Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590-sexies c.p.*, in *L.P.*, 7 dicembre 2017, p. 13 ss., 24 ss.

vidua l'indicazione diagnostica o terapeutica più adeguata e pertinente di fronte al caso clinico (non c'è quindi alcun errore *in eligendo*), ma commette un errore in fase di esecuzione o applicazione di quell'indicazione. Solo in questo caso, secondo un'interpretazione di matrice «prasseologica», avendo comunque agito correttamente almeno in una prima fase (quella della selezione della modalità diagnostica e/o terapeutica), si dovrebbe riconoscere l'irrilevanza premiale della colpa lieve in fase esecutiva<sup>51</sup>. Tuttavia, va osservato che questa lettura si regge nella misura in cui si accetti il categorico rifiuto di qualunque ipotesi di colpa generica «residuale» (cioè fondata su un'aspettativa di diligenza, a sua volta parametrata su un agente-modello *eiusdem condicionis*)<sup>52</sup>. In quest'ottica, non essendo ammissibile alcun rimprovero al di là del dovere di adeguarsi alle prassi cautelari preesistenti (il cui adempimento assumerà quindi sempre il valore di un alibi), l'unica interpretazione possibile del testo normativo sarebbe quella di riferirsi all'errore in fase esecutiva: il professionista si è previamente attenuto alle indicazioni protocollari pertinenti, pur avendole mal applicate. Non v'è altro modo di intendere la «colpa nonostante l'osservanza» (*infra*, § 1.4.3).

In questa prospettiva, la *ratio* dell'esclusione della colpa lieve sarebbe quindi diversa da quella sottesa alla sua applicazione alla seconda categoria casistica (interpretazione deontica della riforma, incentrata sull'errore *in eligendo*): non già riconoscere un certo grado di tutela al legittimo affidamento nel protocollo, ma valutare bonariamente una condotta *erronea solo in parte* (in fase esecutiva).

Tuttavia, come vedremo anche in seguito, questa interpretazione – fatta propria dalle Sezioni unite vigente la disciplina attuale – sconta non solo i limiti intrinseci della prospettiva «prasseologica», ma anche l'osservazione per cui, come è stato ribadito anche rispetto alla riforma *Gelli-Bianco*, *attenersi* a una linea guida dovrebbe significare non solo *individuare*la, ma pure *applicarla* correttamente<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, cit., p. 830 ss., il quale riporta all'ambito di applicazione della disciplina Balduzzi l'ipotesi di «erronea esecuzione delle linee guida e delle buone pratiche mediche».

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 828.

<sup>53</sup> Cfr. l'interpretazione di G.S. FODERÀ, *op. cit.*, p. 19.

A mio giudizio, considerando quindi solo la seconda categoria casistica – (ii) adozione di una *lex artis* pertinente al caso clinico, però *inadeguata* a fronte di altri livelli cautelari esigibili –, la soluzione adottata dalla riforma *Balduzzi* poteva suggerire un cammino *compromissorio*: «deontico», quindi solidaristico, ma al contempo liberale, in quanto informato a un principio di affidamento<sup>54</sup>. Da un lato, infatti, si formalizzava un principio: quello secondo cui il medico non può adottare acriticamente le indicazioni standardizzate (protocolli e buone pratiche), spettando comunque al professionista valutare non solo la *pertinenza* dell'indicazione *al caso clinico*, bensì anche *la validità e la «vigenza» scientifica del contenuto del protocollo*. Ma fino a un certo punto. Infatti – e qui stava l'elemento di equilibrio –, nel caso in cui il medico avesse violato il dovere di diligenza, non rendendosi conto che l'indicazione applicata non era adeguata (ad es. perché obsoleta), la legge – così interpretata – teneva conto della «maggiore difficoltà» data dalla necessità di discostarsi dall'indicazione standardizzata, assunta e consolidata nell'ambito professionale, fissando la *non punibilità della colpa lieve*.

L'esplicito riconoscimento del valore di per sé non scriminante dell'ossequio alle linee guida e alle «buone pratiche» e, dunque, della necessità, se del caso, di ricorrere ad altre procedure in relazione ad ambiti di rischio pur disciplinati<sup>55</sup>, avrebbe potuto attenuare i timori di un

---

<sup>54</sup> Alla cui base «(...) c'è soprattutto l'esigenza di assicurare ai singoli una certa "libertà di azione", altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia possibile prevedere»: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 273. Sul carattere «liberale» del principio (a dispetto del contesto storico in cui emerse nella riflessione dogmatica), M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 247 ss. Per la riconduzione del *Vertrauensgrundsatz* al *genus* dell'*erlaubtes Risiko* si rinvia al Capitolo 6, § 2.2.

<sup>55</sup> Da queste ipotesi di ideale «concorso di norme» (prassi v. norma di condotta esigibile in concreto) si escludono quindi quelle di concorso «alternativo», «cumulativo» e «apparente in concreto», ovvero: quelle in cui «la portata preventiva della singola regola "codificata" (...) è incongruente rispetto allo specifico e concreto rischio»; quelle in cui non sia rispettata la prudenza o diligenza necessaria nel mettere in pratica la prestabilita norma di perizia; e quelle in cui il medico si sia «attenuto a raccomandazioni non adeguate alle "specificità del caso concreto"»: A. VALLINI, *L'art. 3 del «Decreto Balduzzi» tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 744 ss.

incentivo alla medicina difensiva, poiché la scelta del medico di agire secondo i rassicuranti dettami del protocollo (o dell'abitudine) potrebbe non coincidere con l'interesse del paziente. Infatti,

se una positivizzazione sembra offrire maggiori certezze al garante, non è detto che essa sortisca sempre il contestuale effetto di migliorare la tutela del bene da proteggere (...), potendo anzi ingenerare un paradossale effetto di depotenziamento, lasciando fuori dai poteri di agire del garante una serie di modalità di tutela rilevanti<sup>56</sup>.

Insomma, il significato complessivo di questa disciplina poteva essere quello di riconoscere la *maggior difficoltà* o, se si vuole, la *minor esigibilità* sottesa all'adozione di una pratica inusuale ma giudicata doverosa, laddove già esiste una regola di riferimento sulla quale l'agente dovrebbe poter fare (relativo) affidamento. Pertanto, neppure l'opportunità di ricorrere a *leges artis* o a regole standard avrebbe escluso il dovere del professionista di scegliere altri percorsi diagnostici e/o terapeutici alternativi di fronte all'*evoluzione della scienza e della tecnica*, e/o alle *particolarità del caso clinico*. Ma a garanzia dell'imputato, da un punto di vista difensivo, questo dovere di scegliere (e di aggiornare, se del caso, la cautela doverosa) avrebbe dovuto riflettersi nell'onere del giudice di valutare la riconoscibilità dell'occasione e di tutti gli elementi contestuali idonei ad indicare la via da seguire (pena, il *versari in re illicita*), nonché la *maggior difficoltà* sottesa alla necessità di adottare una condotta diversa da quella generalmente indicata dalla prassi o dagli usi (e quindi il minor grado di esigibilità della pretesa).

Svilupperemo ulteriormente queste considerazioni interpretative muovendo il primo passo verso la delineazione della *pars construens* (Capitolo 5, § 2.1).

---

<sup>56</sup> C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 1, 2014, p. 225; analogamente, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., p. 140 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 26; F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., p. 166-7.

Tuttavia, la riforma *Balduzzi* non è stata esente da critiche. Anzi, si può dire che, a parte isolate prese di posizione in sua difesa<sup>57</sup>, la dottrina prevalente si è pronunciata in senso piuttosto critico.

Fra i maggiori problemi segnalati possiamo ricordare i seguenti<sup>58</sup>: (1) non si indicavano criteri per determinare quali protocolli o linee-guida potessero fungere da parametro di diligenza per i medici e per i tribunali, tenuto conto della eterogeneità delle loro fonti (ad esempio, si è osservato frequentemente, talune linee-guida obbediscono più a logiche di risparmio che a ragioni strettamente sanitarie)<sup>59</sup>; (2) non si definiva – o non si indicavano criteri per definire in sede giudiziale – il concetto di «colpa lieve», o per converso quello di «colpa grave»<sup>60</sup>; (3) il riproporsi della questione di costituzionalità già sollevata, come visto, rispetto all'utilizzo dell'art. 2236 c.c., data l'applicazione di un regime speciale più favorevole solo agli esercenti le professioni sanitarie<sup>61</sup>; (4) la discutibile idoneità del concetto di «imperizia» a definire l'ambito di applicazione del regime favorevole; (5) la non punibilità della colpa lieve limitata ai *soli casi in cui il professionista si fosse erroneamente attenuto a linee-guida o a «buone pratiche»*; soluzione in

---

<sup>57</sup> Ad esempio, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., *passim*; già A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1397 ss., per le ragioni indicate nel testo.

<sup>58</sup> Per altre sintesi dei principali aspetti critici emersi in dottrina: C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017/4, p. 202 ss.; F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., p. 167 ss.; B. ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018, p. 4 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 238 ss.

<sup>59</sup> E infatti, proprio su questo aspetto interviene la disciplina vigente.

<sup>60</sup> Vedremo tuttavia nel prosieguo della riflessione come un concetto di «colpa grave» fosse deducibile dalla pur non cristallina redazione della disposizione esaminata.

<sup>61</sup> A venire in rilievo, si è osservato, è «l'includibile questione del rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, posto che il significato sociale e la peculiarità dell'attività medica» non sembrerebbero costituire «un *unicum* in grado di legittimare, di per sé, questa sola eccezione in tema di responsabilità colposa»: A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013/2, 216, p. 225. Analogamente, già a proposito dell'art. 2236 c.c., A. MANNA, *Profilo penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 125.

effetti inappagante, almeno nell'ottica dell'interpretazione proposta, dato che possono sussistere pari, o persino maggiori, difficoltà decisionali e operative anche nel caso in cui si sia costretti ad agire *senza l'ausilio di regole modali consolidate o di parametri orientativi predefiniti* per la tipologia di caso clinico o ambito di rischio<sup>62</sup>.

### 1.3.3. La riforma Gelli-Bianco (2017). L'interpretazione delle Sezioni Unite «Mariotti» (2018)

La legge n. 24 dell'8 marzo 2017<sup>63</sup> introduce, attraverso il suo art. 6, co. 1, il nuovo art. 590 *sexies* c.p. (in sostituzione della disciplina precedente). Questo dispone che: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 [del codice penale] sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma», secondo il quale

Qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le racco-

---

<sup>62</sup> In questo senso, C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013/4, 51, p. 66. Non andrebbero quindi confusi i casi in cui esiste un effettivo conflitto fra norme cautelari rispetto allo *stesso ambito di rischio*, da quelli in cui, invece, il dovere di diligenza è altro rispetto alla linea-guida applicata in ragione delle *peculiarità del caso clinico* e/o della *mutata situazione di rischio*: di nuovo, sul punto, A. VALLINI, *L'art. 3 del «Decreto Balduzzi»*, cit., p. 744 ss.

<sup>63</sup> Cfr. in dottrina M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 261 ss., 344 ss., 417 ss.; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017/3; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/6, p. 53 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari»*, cit.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 233 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen. (web)*, 2018/2, 1.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma «Gelli-Bianco»*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019/4, 65.

mandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Inoltre, l'art. 5, co. 1, della legge citata prevede quanto segue:

Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Rispetto al modello precedente, questa riforma prevede essenzialmente le seguenti novità: (1) il ricorso esplicito (non più deducibile solo in via interpretativa) alla nozione di «imperizia», con la funzione di definire l'ambito di applicazione del regime favorevole; (2) il superamento – pur contraddetto dalla lettura delle Sezioni unite, come stiamo per vedere – della distinzione fra «colpa lieve» e «colpa grave», attraverso l'introduzione di un regime di radicale non punibilità applicabile a quelle condotte che, benché rispettose delle linee-guida e delle buone pratiche, abbiano provocato l'evento lesivo per imperizia (art. 6); (3) infine, la previsione di criteri legali per determinare quali fonti tecniche (linee-guida) possono etero-integrare il dovere di diligenza del professionista sanitario (art. 5), salvo poi comunque rinviare in subordine alle «buone pratiche clinico-assistenziali».

Sul primo aspetto (la nozione di *imperizia* utilizzata allo scopo di definire il campo applicativo del nuovo regime) ci soffermeremo in seguito (Capitolo 5, § 2.3). Vediamo ora invece il secondo elemento di novità: il superamento della distinzione fra «colpa lieve» e «colpa grave», rispetto al suo ambito di applicazione<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Su come ogni riferimento testuale al grado della colpa sia venuto meno nel corso dell'iter parlamentare, B. ROMANO, *op. cit.*, p. 8.



Consideriamo, anzitutto, che cosa accade rispetto alle ipotesi di errore *in eligendo*, cioè di colpa per errore nella selezione della *lex artis* e/o di *ignoranza del modus operandi*.

Nell'ipotesi di scelta della *lex artis* pertinente rispetto al caso clinico, ma di relativo dovere del medico di abbandonare la «prassi» per adottare una condotta rispondente ad una regola cautelare differente, la disciplina del 2012, secondo l'interpretazione deontica sostenuta nel paragrafo precedente, prevedeva la possibilità di sanzionare la colpa grave. Ai sensi della disciplina vigente, invece, nelle stesse ipotesi la punibilità andrebbe radicalmente esclusa, sempre che le linee-guida erroneamente applicate siano state elaborate e pubblicate ai sensi del citato art. 5; oppure, in mancanza di queste, qualora siano state adottate «buone pratiche clinico-assistenziali».

Se così è, il cambiamento appare molto significativo, poiché laddove in virtù della disciplina abrogata l'applicazione acritica (e incorretta) del protocollo non esimeva il medico dalla sua responsabilità (in caso di colpa grave nella selezione del *modus operandi* o nell'applicazione delle conoscenze doverose), ora, invece, il medico-modello *eiusdem condicionis* immaginato dal legislatore non deve preoccuparsi dell'adeguatezza *in sé* della modalità cautelare adottata, dovendo semplicemente assicurarsi che questa sia accreditata. Dunque, così inteso, si configurerebbe un modello regolativo estremamente difensivista, pertanto meno equilibrato del precedente.

Gravi problemi interpretativi sono emersi inoltre rispetto alle ipotesi di *errore esecutivo*.

La Corte di Cassazione Tarabori<sup>65</sup> evidenzia infatti le conseguenze inaccettabili che potrebbero derivare da un'interpretazione della disposizione che porti a escludere la punibilità

---

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, ric. Tarabori, in *Dir. pen. cont.*, in <https://bit.ly/2NBLS25>, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/6, p. 280 ss. Cfr. inoltre, fra i tanti, i commenti di: M. CAPUTO, «Promossa con riserva». *La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene «rimandata a settembre» per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713; M. COLACURCI, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione «correttiva» della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, XXXIX,

anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di un comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata.

Tali conseguenze sarebbero: (a) la determinazione di un vuoto di tutela inaccettabile rispetto al diritto alla salute (art. 32 Cost.) e ai beni giuridici ad esso relazionati (vita e integrità psico-fisica); (b) la riproposizione – ancor più seriamente di quanto avvenuto in precedenza, rispetto all'art. 2236 c.c. e vigente la legge del 2012 – della questione di legittimità costituzionale rispetto al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché la professione medica risulterebbe ancor più favorita di altre (tanto da escludere la rilevanza penale di qualunque ipotesi di imperizia consistente in un errore esecutivo!); inoltre, (c) quell'interpretazione sarebbe criticabile già sotto il profilo dell'interpretazione letterale della nuova disposizione del codice, poiché l'adempimento di determinate indicazioni dovrebbe includere anche la loro corretta messa in pratica, non solo la loro corretta selezione<sup>66</sup>.

Tuttavia, nel caso *Cavazza*, la stessa sezione della Corte<sup>67</sup>, in diversa composizione, ha poi avuto modo di sostenere che, qualora la *lex artis* scelta risulti pertinente al caso clinico, la punibilità di *qualunque errore esecutivo* sarebbe da escludersi, a prescindere dalla sua gravità; e ciò individuando proprio nell'ipotesi di *imperita applicazione o esecuzione della lex artis* l'ambito di applicazione del regime di non punibilità previsto dall'art. 590-*sexies*.

---

3, 2017, p. 1155; L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017/10, p. 2201 ss.

<sup>66</sup> Su questo aspetto, G. IADECOLA, *Qualche riflessione*, cit., p. 59.

<sup>67</sup> Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2017 (dep. 31 ottobre 2017), n. 50078, *Cavazza*, in <https://bit.ly/2NCIUvp>, con nota di C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/11, p. 250 ss.

Di fronte all'emersione di queste difficoltà interpretative e prospettandosi un'alternativa

fra un'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. *costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante (...)* e un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica ma indiziata di incostituzionalità (...)<sup>68</sup>

le Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>69</sup> sono intervenute definendo l'ambito di applicazione della nuova disposizione in modo tale per cui (parafrasando i principi di diritto come espressi in sentenza)<sup>70</sup>:

- (a) Quando si tratti di *negligenza* o *imprudenza*, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve.
- (b) Quando si tratti di *imperizia*, occorre distinguere:
  - (b1) nei casi di errore nella *scelta di linee guida o buone pratiche*, in quanto non pertinenti e adeguate rispetto al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve;
  - (b2) quando non esistano linee-guida o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve;

---

<sup>68</sup> C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/3, p. 246 ss. Per altre sintesi comparative delle visioni discordanti emergenti dalle sentenze *Tarabori* e *Cavazza* e dei relativi passaggi motivazionali, cfr. ad es. R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 241 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra «nuovi» spazi di graduazione dell'imperizia e «antiche» incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/4, p. 25 ss.

<sup>69</sup> Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, *Mariotti*, in <https://bit.ly/2G2Lun8>. In argomento, A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018/2, 1, p. 2 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit., p. 249 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., p. 2 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 243 ss.

<sup>70</sup> Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, p. 28-9 (§ 11).

(b3) invece, quando venga commesso un *errore esecutivo* nell'applicazione di una linea-guida o di una buona pratica scelta correttamente, cioè adeguata al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria sarà responsabile *solo in ipotesi di colpa grave*.

La soluzione di compromesso adottata dalle Sezioni Unite *Mariotti* – nel solco della lettura (esegetica) della sentenza *Cavazza*, ma con il correttivo (in chiave costituzionale) della colpa grave in virtù della *Tarabori* –, suscita tuttavia notevoli perplessità.

In particolare, rispetto al punto *b3* (il medico sarà responsabile *solo in ipotesi di colpa grave*, quando abbia commesso un *errore esecutivo nell'applicazione di una linea-guida o di una buona pratica scelta correttamente*, cioè adeguata e pertinente rispetto al caso clinico): sebbene si comprenda l'aspirazione ad un'interpretazione costituzionalmente conforme che soggiace alla reintroduzione della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, come si giustifica questa soluzione alla luce della lettera dell'art. 590 *sexies*<sup>71</sup>?

Secondo la Corte, nonostante la mancata evocazione esplicita da parte del legislatore, la nozione di «colpa lieve» sarebbe

intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento (§ 10.3 della sentenza).

L'argomento ha una sua logica, poiché, al di là del tentativo di salvare la disposizione in esame da una possibile incostituzionalità (§ 5 della sentenza), esso si riferisce a una *colpa attenuata* dal fatto di riguardare *solo la fase finale* del procedimento (posta una corretta selezione e adozione della linea-guida, l'errore incombe nella fase esecutiva). Come già evidenziato in precedenza, il regime favorevole applicabile all'*errore esecutivo* riecheggia una tesi già sostenuta vigente la ri-

---

<sup>71</sup> Su questa criticità, C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit., *passim*; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 245.

forma «Balduzzi»<sup>72</sup>. Ma si tratta di un'interpretazione indotta dal teorico («prasseologico», rigidamente anti-deontico) rifiuto di qualunque ipotesi di «colpa residuale»<sup>73</sup>.

Inoltre: che senso può mai avere favorire il medico che abbia potuto applicare linee-guida e nondimeno abbia commesso un errore esecutivo (principio *b3*), rispetto a quello che, non potendo neppure essere orientato da buone pratiche standardizzate, abbia commesso lo stesso errore esecutivo? (V. principio *b2*: quando pure si tratti di *errore applicativo o esecutivo*, ma non esistano linee-guida o buone pratiche applicabili al caso clinico, la causa di non punibilità non sarà applicabile)<sup>74</sup>.

Altra cosa è rievocare – come fa la stessa Corte – la residua valenza dell'art. 2236 c.c. e l'utilità dell'elaborazione giurisprudenziale precedente. Ma ciò non fa altro che confermare come la soluzione adottata consista in un allontanamento forzato dal testo della legge vigente. Si è realizzato un compromesso politicamente comprensibile, ma si è persa di vista la necessità di fornire una interpretazione intrinsecamente razionale della norma.

Invece, non c'è dubbio che le ipotesi di colpa *in eligendo* date dall'applicazione di linee-guida o protocolli *non pertinenti* rispetto al caso clinico continuino ad essere penalmente rilevanti. Ciò è reso esplicito dal legislatore nell'ultima parte dell'art. 590 *sexies* ed è stato riconosciuto espressamente dalle Sezioni Unite (principio *b1*)<sup>75</sup>. Peraltro, anche se così non fosse stato, la soluzione interpretativa non potrebbe essere diversa; altrimenti, il medico potrebbe allegare l'avvenuta applicazione di qualunque *lex artis* medica astrattamente valida – anche qualo-

---

<sup>72</sup> F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, cit., p. 829 ss.

<sup>73</sup> Assunta invece dalla preferibile lettura di A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari»*, cit., p. 24 ss.; già A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1398-9.

<sup>74</sup> Esprime la stessa perplessità R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 246.

<sup>75</sup> Secondo A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 20, ciò garantirebbe quel «controllo di affidabilità in sede giudiziale» necessario di fronte alle criticità connesse al «rischio-imparzialità» legato agli interessi economici o di categoria sottostanti la redazione delle linee-guida.

ra la stessa non abbia alcuna relazione con il caso clinico, e risulti quindi carente di adeguatezza «estrinseca» – per eludere la sua responsabilità.

Infine, a proposito del principio (a), si rinvia alle considerazioni che svolgeremo *infra* (Capitolo 5, § 2.3), circa l'impossibilità di distinguere con chiarezza fra imperizia, da una parte, e negligenza o imprudenza, dall'altra<sup>76</sup>.

Ulteriore elemento di novità della legge del 2017 è la previsione di un sistema di certificazione per quelle linee-guida che potranno essere considerate (dai medici e dai giudici) come fonti di eterointegrazione del dovere di diligenza (*supra*, art. 5 citato).

Ciò spiegherebbe, pur senza necessariamente giustificarla, la non punibilità del medico in ipotesi di inadeguatezza intrinseca della *lex artis* applicata. Laddove vigente la legge del 2012 si mantenevano spazi di libertà-responsabilità, la nuova disciplina potrebbe essere intesa nel senso di escludere il dovere di verificare l'adeguatezza intrinseca (in sé e per sé, al di là dell'adeguatezza estrinseca o della pertinenza rispetto al caso specifico) della guida standardizzata, qualora disponibile rispetto a un dato «ambito di rischio» o tipologia di caso clinico. Tale valutazione in ordine alla affidabilità dell'indicazione compete alle istituzioni pubbliche incaricate di certificare e accreditare le *leges artis* proposte dalla comunità scientifica (enti, istituzioni, società scientifiche, associazioni tecnico-scientifiche)<sup>77</sup>.

Dal punto di vista del legislatore, questa soluzione, evitando che la valutazione in ordine all'adeguatezza della *lex artis* ricada sul professionista, dovrebbe comportare un miglioramento in termini di certezza

---

<sup>76</sup> Questa incertezza definitoria rende concreto il rischio che la giurisprudenza eviti l'applicazione del regime favorevole qualificando strumentalmente la colpa come negligenza o imprudenza: ad es. Cass. pen., sez. IV, 12 gennaio 2018 (dep. 5 aprile 2018), n. 15178, Pres. Blaiotta, Est. Bruno, con nota di L.A. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici «interferenti»: la Cassazione continua a non applicare la Legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/7, p. 93.

<sup>77</sup> I requisiti per l'inserimento nel Sistema Nazionale delle Linee Guida (SNLG) si trovano qui: <https://bit.ly/32iAQBV> (ultima consultazione: 2 aprile 2020).

del diritto (o di prevedibilità della norma)<sup>78</sup>. Tuttavia, il metodo del rinvio alla «migliore scienza ed esperienza» allo scopo di etero-integrare il contenuto precettivo della fattispecie colposa presenta inconvenienti epistemologici e pratici di non poco conto<sup>79</sup>, ponendo inoltre seri problemi sotto il profilo della libertà di metodo e trattamento<sup>80</sup>, specialmente in quei settori della medicina che con maggiori difficoltà si lasciano formalizzare da regole standard (ad esempio, la psichiatria)<sup>81</sup>. Inoltre, come già osservato, questa impostazione può tradursi in un incentivo a pratiche di medicina difensiva, aumentando altresì il rischio di portare l'interprete a sopravvalutare il ruolo delle linee-guida e inducendolo ad affermazioni automatiche di responsabilità in ipotesi di inosservanza<sup>82</sup>.

Ma anche al di là delle ragioni più strettamente politico-criminali, è davvero realizzabile un sistema centralizzato (a livello statale) di protocolli e linee-guida? Piattaforme, sia pubbliche che private, sono state realizzate in altri contesti non solo a livello nazionale, ma anche allo scopo di offrire meta-analisi e protocolli idealmente idonei a definire

---

<sup>78</sup> Sottolinea questo aspetto, valutando la relativa possibilità di ovviare all'incertezza dell'illecito colposo per mezzo della pubblicazione delle linee-guida, sottolineando peraltro l'incerto riferimento alle «buone pratiche», G.S. FODERÀ, *op. cit.*, p. 17-8, 33-4.

<sup>79</sup> Come vedremo *infra*, Capitolo 5, § 2.2.

<sup>80</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 208 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione*, cit., p. 59 ss. Un falso problema, secondo G.S. FODERÀ, *op. cit.*, p. 18-9.

<sup>81</sup> M. GRECO, *What is the DSM? Diagnostic manual, cultural icon, political battleground: an overview with suggestions for a critical research agenda*, in *Psychol. & Sex.*, 7, 1, 2016, p. 22 ss. In materia di responsabilità penale dello psichiatra, C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013; G. MONTANARI VERGALLO, *et alii*, *Medico-legal notes for a new set of standards in the assessment of penal liability in psychiatry*, in *Riv. psichiatr.*, 52, 1, 2017, p. 16 ss.

<sup>82</sup> C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 216.

standard clinici universali<sup>83</sup>. Tuttavia, nessun sistema di *guidelines* viene concepito come rigorosamente unitario ed esaustivo<sup>84</sup>.

#### 1.4. La colpa medica tra linee guida e dovere di diligenza

##### 1.4.1. Colpa e prassi consolidate

Come abbiamo visto, la strategia adottata negli ultimi anni dal legislatore italiano e l'interpretazione data dalla giurisprudenza alle ultime riforme mostrano una tendenza a riconfigurare la colpa medica sulla base di due direttrici: (a) la valorizzazione del ruolo di linee-guida, protocolli e buone pratiche clinico-assistenziali in sede di definizione e concretizzazione del contenuto normativo del dovere di diligenza; (b) la non punibilità di alcune ipotesi di colpa lieve e, quindi, la ri-definizione della colpa penale (o di alcune ipotesi di colpa penale) come colpa grave.

Il primo profilo è stato oggetto di intense discussioni negli ultimi anni (e, in Italia, persino con un certo ritardo rispetto ad altre esperienze)<sup>85</sup>. Nel nostro contesto, in particolare, lo svolgimento del dibattito riflette il motivo centrale del confronto che, come già ricordato, sussiste fra i difensori del modello «deontico» (solidaristico), basato sul criterio generale della prevedibilità dell'evento da parte dell'agente-modello differenziato, e i sostenitori del modello «prasseologico», fondato sulla valorizzazione delle prassi cautelari «codificate» o in «uso» nel contesto sociale o professionale di riferimento (maggiormente ispirato dall'esigenza, tipicamente liberale, di una maggior conformità del reato colposo al principio di legalità). Linee guida, protocolli e buone prati-

---

<sup>83</sup> Come la *Cochrane Database of Systematic Reviews*, accessibile da <https://bit.ly/2YzlrUv>.

<sup>84</sup> Si rinvia, anche per altri riferimenti, all'indagine di A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., p. 10 ss., il quale, di fronte al rischio della «medicina di Stato», mostra come – a differenza che in Italia, a quanto pare – neppure negli Stati Uniti si sia ritenuto «possibile attribuire (né dal punto di vista della prassi, né della politica sanitaria) ad un'unica entità, di estrazione governativa, il ruolo di arbitro delle pratiche mediche, ritenute per loro natura non determinabili in senso univoco, o “monocentrico”».

<sup>85</sup> Ancora il contributo di *Di Landro, ivi*, p. 2 ss.



che rientrerebbero fra le fonti indicate dai secondi quali idonee a indicare, sia al giudice (*ex post*), sia all'agente (*ex ante*), come è doveroso comportarsi in determinate *situazioni tipiche*. Da qui, la loro valorizzazione nella direzione di attribuire al *Tatbestand* colposo un maggior grado di determinatezza (e prevedibilità).

Tuttavia, abbiamo già avuto modo di vedere che a fronte dei limiti dello schema prevalente (l'indeterminatezza del parametro normativo, in primo luogo), anche la concezione prasseologica incorre in una serie di inconvenienti. Infatti:

- (1) benché in molti i casi i medici possano ricorrere a regole modali predeterminate di fronte a *casi tipici*, talvolta le indicazioni protocollari possono risultare inadeguate di fronte a ciò che farebbe (o avrebbe fatto) un medico-modello nelle medesime circostanze in cui si trova (o si è trovato) a operare l'agente reale. I protocolli dettati per disciplinare attività complesse e ad elevato coefficiente tecnico – come tipicamente quella medico-chirurgica – possono risultare cioè inadeguati rispetto allo stato delle conoscenze e alle tecniche disponibili a partire da un momento successivo alla loro elaborazione;
- (2) esistono inoltre *casi clinici atipici* o, comunque, circostanze e rischi particolari che impongono l'adozione di misure non-standardizzate. Infatti, come sappiamo, «(...) solo una piccola porzione delle *circostanze concrete* che accompagnano la realizzazione della condotta può essere ricompresa sotto gli schemi (...)» tracciati da regole cautelari predefinite; la «enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta in ogni fatto di vita» sfugge inevitabilmente alla «comprensione» di ogni regola prudenziale preconstituita<sup>86</sup>;
- (3) tale impostazione può indurre o persino imporre un appiattimento del medico sulle prassi codificate, antitetico alla necessità di assicu-

---

<sup>86</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 250. Lo stesso G. Marinucci, in ID., *La responsabilità colposa*, cit., p. 4, ribadisce il concetto applicandolo al settore in esame: «lo spazio coperto dalle linee-guida e dai protocolli non può esaurire l'immensa varietà delle situazioni di pericolo che il sanitario deve individuare con la dovuta diligenza e perizia».

rare quella libertà di cura (della scelta del metodo di cura)<sup>87</sup> funzionale all'evoluzione e, se possibile, al miglioramento delle pratiche cliniche<sup>88</sup>, nonché alla tutela della persona e della sua autonomia come paziente<sup>89</sup>.

In termini generali si tratta quindi di stabilire se, vigenti norme *lato sensu* regolamentarie o protocollari a disciplina di una certa attività, sia lecito adeguarvisi acriticamente, oppure se, in ragione delle *particolarità del caso concreto* e/o della *riconoscibile obsolescenza del modello di previsione e prevenzione ad esse sotteso*, possa essere doveroso adeguarsi a livelli di diligenza diversi ed eventualmente più stringenti, sulla base della conoscenza ed esperienza obiettivamente esigibile.

#### 1.4.2. Il caso dell'ospedale Príncipes de España (1986-1991)

La questione fu affrontata in un caso molto interessante, che val la pena di considerare brevemente, deciso dal *Tribunal Supremo* spagnolo all'inizio degli anni Novanta<sup>90</sup>, quando tre pazienti dell'ospedale catalano *Príncipes de España* (oggi ospedale di *Bellvitge*) risultarono positivi al test sulla presenza di anticorpi-HIV dopo aver ricevuto trasfusioni di sangue.

All'epoca dei fatti, d'accordo con quanto stabilito dal *Ministerio de Sanidad y Consumo* (ordinanza del 5 dicembre 1985), nella struttura ospedaliera venivano regolarmente effettuate trasfusioni senza procedere a controlli ulteriori rispetto a quelli consistenti nella preselezione dei donatori, attraverso l'esclusione dei soggetti appartenenti a determinati

---

<sup>87</sup> In argomento, C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006, p. 109 ss.; A. CARMINATI, *op. cit.*, p. 19 ss., 73 ss.

<sup>88</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 269 ss.

<sup>89</sup> In tema, A. CARMINATI, *op. cit.*, p. 5 ss. (e *ivi* ulteriori riferimenti).

<sup>90</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 18 novembre 1991, Rel. De Vega Ruiz. Cfr. i commenti di J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, in *DS*, 4, 1, 1996, 141, p. 143 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 29 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, in *Rev. juríd. Castilla León*, 13, 2007, 211, p. 230 ss.; M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2008, p. 444 ss.

gruppi a rischio. Ciò nonostante, la responsabile del servizio di ematologia ed emoterapia della struttura, consapevole dell'esistenza e della disponibilità di test specifici per l'analisi del sangue destinato alle trasfusioni, nonché dei rischi potenzialmente derivanti dalla prassi consolidata (avallata dalla ordinanza indicata), a partire dal giugno 1986 sollecitò più volte il direttore sanitario del centro affinché disponesse, come di sua competenza, l'acquisizione di quanto necessario ad effettuare analisi più accurate sul materiale ematico.

Già nel novembre del 1985 la *Comisión Asesora del SIDA de Cataluña* aveva raccomandato di procedere all'esame specifico delle unità di sangue donato. Inoltre, nel gennaio del 1986, il *Butlletí Epidemiològic de Catalunya* aveva indicato chiaramente quali indagini avrebbero consentito di rilevare la presenza del virus nel materiale da trasfondere.

Alla fine del mese di giugno del 1986, all'esito di un intervento chirurgico richiedente emotrasfusione, un paziente risultò contagiato dal virus. Successivamente, il 10 ottobre dello stesso anno la *Generalitat de Catalunya* impose alle strutture sanitarie di effettuare tutte le analisi appropriate (quelle allora disponibili) prima di procedere a qualunque donazione. La direttrice del reparto di ematologia sottopose tale disposizione al direttore generale sanitario il quale, tuttavia, inspiegabilmente, non la considerò per diversi mesi. Nel periodo compreso fra il 10 ottobre 1986 e il 27 febbraio del 1987 – data in cui si disposero finalmente tutti gli opportuni controlli –, nella struttura ospedaliera vennero effettuati circa seimila prelievi e più di duemila trasfusioni, all'esito delle quali altri due pazienti risultarono HIV positivi<sup>91</sup>.

Di tali eventi vennero chiamati a rispondere sia la responsabile del reparto di ematologia, la quale aveva ripetutamente sollecitato il superiore ma, d'accordo con la normativa vigente, aveva continuato a praticare trasfusioni senza effettuare test specifici, sia il direttore dell'ospedale, il quale solo a partire dal febbraio del 1987 adeguò la struttura ospedaliera agli standard già praticati da altri centri sanitari catalani fin

---

<sup>91</sup> Ricostruzione tratta da C.M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 230 ss.

dal 1985, e infine assunti dalla *Generalitat* nell'ottobre 1986 (cui seguì una normativa conforme a livello statale, ma solo nel 1987).

Con sentenza pubblicata in data 20 novembre 1989, la *Audiencia Provincial* di Barcellona condannò entrambi gli imputati per *imprudencia temeraria*, con l'aggravamento della pena dovuto alla qualificazione *profesional* della colpa<sup>92</sup>.

Il *Tribunal Supremo* riformò la sentenza confermando il giudizio di colpa grave solo a carico del direttore, ma escludendone il carattere *profesional*<sup>93</sup>, ritenendo invece *simple* (lieve) la colpa dalla direttrice del reparto di ematologia. A parere del collegio, infatti, ella avrebbe potuto continuare ad eseguire trasfusioni soltanto adottando le opportune misure di propria iniziativa o rivolgendosi ad altri centri di raccolta; tuttavia, avendo ripetutamente sollecitato l'adozione delle nuove tecniche di controllo (persino prima che lo facesse la *Generalitat*), aveva quantomeno osservato una minima diligenza.

#### 1.4.3. (segue) *Una questione emergente: colpa per – o nonostante – l'osservanza della prassi?*

I pazienti contagiati, come detto, furono tre. Il primo venne trasfuso prima che la *Generalitat* disponesse l'effettuazione di controlli sul sangue donato (ottobre 1986); mentre gli altri due successivamente. Contrariamente al parere della *Audiencia Provincial*, il *Tribunal Supremo* considerò ascrivibile agli imputati anche la prima infezione.

In termini teorici, si ripropone il problema già affacciato riflettendo sul senso e la *ratio* delle riforme italiane; e cioè se, vigenti norme *lato sensu* regolamentarie a disciplina di una certa attività, ciascun agente possa fare affidamento (in modo incondizionato) su di esse oppure se, in ragione (a) delle particolarità del caso concreto e/o (b) della riconoscibile obsolescenza del modello di previsione e prevenzione ad esse

---

<sup>92</sup> Sull'istituto della *imprudencia profesional*, si vedano cenni e riferimenti in nota, *supra*, nel § 1.2.3.

<sup>93</sup> Anche se egli, a parere del *Tribunal*, «era perfettamente consapevole, data la sua riconosciuta competenza professionale, della necessità di adottare misure di precauzione» (sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 18 novembre 1991, cit., § 12, trad. propria).

sottoso, debba adeguarsi a livelli di diligenza diversi ed eventualmente più stringenti.

Dal primo punto di vista (a), sappiamo – come ha scritto *Marinucci* – che l’osservanza delle cautele pre-stabilite

non vale a porre l’agente al riparo da ogni addebito, perché solo una piccola porzione delle *circostanze concrete* che accompagnano la realizzazione della condotta può essere ricompresa sotto gli schemi (...) tracciati da quelle norme giuridiche.

La «enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta in ogni fatto di vita» sfugge inevitabilmente alla «comprensione» di ogni regola prudenziale preconstituita<sup>94</sup>.

Per quanto riguarda il secondo profilo (b), ci si deve chiedere invece se l’affidamento riposto sui modelli di comportamento preconstituiti possa sempre tradursi in un alibi.

Favorevole a quest’ultima soluzione appare chi considera che, se

si concorda sul fatto che le norme cautelari scritte disciplinano una determinata classe di rischi, pare davvero difficile, e tutto sommato contraddittorio, sostenere che una volta esclusa la trasgressione della regola possa residuare uno spazio di operatività per la colpa generica. Ogniqualvolta l’esercizio di una determinata attività è disciplinato da regole cautelari (modali) scritte, siano esse di contenuto rigido o flessibile, la prevenzione del rischio è strettamente legata alla loro osservanza<sup>95</sup>.

D’altra parte, disconoscendo la doverosità di un adeguamento a livelli di prudenza già noti e praticati nel contesto professionale di riferimento, o comunque rispondenti a conoscenze e abilità disponibili agli agenti, benché non ancora diffusi e consolidati e quindi non riconduci-

---

<sup>94</sup> G. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 250; analogamente, G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002, 67, p. 94-5; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 333; C.M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232.

<sup>95</sup> C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1473, p. 1491, nt. 51.

bili agli «usi» evocati dalla dottrina «prasseologica», si finirebbe con l'attribuire all'affidamento dell'agente e all'inerzia degli organi preposti all'attività di regolamentazione (e aggiornamento) il valore di un alibi senza eccezioni.

In effetti, in questo senso, la soluzione del *Tribunal Supremo* sul primo caso di infezione poggia su alcune buone ragioni. Posto infatti che «i doveri di diligenza non derivano esclusivamente da disposizioni amministrative»<sup>96</sup>, il dovere di effettuare controlli ulteriori rispetto a quelli generalmente praticati discenderebbe, nel caso in esame, «dagli ampi dibattiti e dai criteri scientifici esistenti in quel momento e coincidenti nell'indicare la loro necessità», e dal fatto che tali controlli si realizzavano già in altri centri ospedalieri di Barcellona<sup>97</sup>. Osservano infatti i giudici che, se da un lato «non esistevano allora criteri uniformi, comunemente accettati», dall'altro, però, «la anamnesi, i test anti-Aids o perfino gli esami sierologici, che permettevano di individuare la presenza di anticorpi, erano pratiche già conosciute»<sup>98</sup>.

Facendo astrazione dal coefficiente psicologico effettivo che accompagna l'omissione cautelare degli imputati, in termini puramente normativi, le conclusioni citate impongono però di costruire (o di concretizzare) il dovere di diligenza assumendo a parametro di giudizio un agente-modello *eiusdem condicionis et professionis*; non v'è altro modo che consenta di ritenere che per l'ordinamento (per il suo interprete), alla luce del dibattito scientifico di quegli anni in materia di HIV, qualunque responsabile di un centro trasfusionale o qualunque direttore sanitario nella posizione dell'agente avrebbe dovuto *sapere ciò che c'era da sapere*, e quindi attivarsi adottando nuove misure precauzionali... quando le competenti autorità sanitarie (per lo meno quelle catala-

---

<sup>96</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232 (trad. propria). Il termine «regolamento», osserva J. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, p. 143, potrebbe risultare al penalista persino «un po' sgradevole», nel senso – spiega l'autore – che la valutazione sulla colpa penale dovrebbe restare tendenzialmente indipendente da quella puramente amministrativa.

<sup>97</sup> Di nuovo, C.M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232.

<sup>98</sup> STS, 18 novembre 1991, cit., § 12.

ne)<sup>99</sup> non avevano ancora tradotto in norme valide *erga omnes* quelle stesse recenti scoperte scientifiche.

Va osservato che la colpa della direttrice dell'ematologia – benché potesse essere forse esclusa valorizzando profili diversi dalla violazione cautelare<sup>100</sup> – fu ritenuta dai giudici oggettivamente *lieve*<sup>101</sup>. Sul piano normativo dell'inosservanza, ci troviamo di fronte ad una condotta di per sé *colposa, ma adeguata alle disposizioni vigenti*. Per altro verso, essendo pienamente consapevole del rischio provocato dal mancato aggiornamento dei protocolli, la dottoressa si attivò ripetutamente affinché ciò avvenisse, pur senza evitare di commettere ulteriori imprudenze. A ben vedere, quindi, gli elementi da considerare sono diversi. La colpa ascrivibile all'imputata risulta essere infatti *cosciente*, sul piano psicologico, in ragione della consapevolezza del pericolo ma anche della conoscenza della condotta idonea a ridurlo; eppure può essere ritenuta *lieve* sul piano strettamente normativo, perché l'inosservanza del

---

<sup>99</sup> Altre Comunità Autonome avevano prontamente adottato migliori controlli (C.M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232).

<sup>100</sup> Sull'opportunità di valorizzare il *conflicto di doveri* di fronte al quale si trovò la responsabile dell'ematologia o, in alternativa, la *inesigibilità di una condotta diligente* (ipotesi di non punibilità extra-legale ritenuta in quanto tale inammissibile dal *Tribunal*, § 21), cfr. di nuovo Romeo Casabona, *ivi*, p. 232-3 (per la soluzione del conflitto di doveri, su cui v. anche la nota seguente) e J. CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 144 (per la «vieja idea, y rica idea, de la no exigibilidad»). Ritiene invece J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 39, che *conflicto di doveri* ed *esigibilità* potrebbero tutt'al più influire sulla determinazione della pena, giacché l'imputata, «comunque sia, contribuì in modo diretto alla realizzazione delle trasfusioni (...)». Per questo autore, una via per escludere l'addebito a carico della responsabile dell'ematologia potrebbe essere quella di inquadrare il suo rapporto con il direttore sanitario nell'ambito della delega di funzioni, prospettiva che – essendo rimasta la subordinata-delegata sprovvista dei mezzi necessari per adeguarsi alla diligenza necessaria – consentirebbe di ritenere gli eventi occorsi a lei non imputabili (*op. ult. cit.*, p. 39-40).

<sup>101</sup> V. di nuovo il § 12 della sentenza. Cfr. sul punto, ma al di là del caso specifico, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819, p. 887, secondo il quale il *conflicto di doveri* potrebbe invece influire sul *grado della colpa* (ciò che determinerebbe, per altra via, il raggiungimento della stessa soluzione adottata dal *Tribunal*; cfr. la nota precedente).

dovere di diligenza, comunque parzialmente rimediata (o quantitativamente ridotta) dalla contestuale attivazione<sup>102</sup>, avviene per di più in condizioni di conflitto normativo (disposizioni vigenti v. dovere di adottare controlli parametrati ai nuovi rischi) e di subordinazione gerarchica<sup>103</sup>, aspetti che possono motivare un giudizio di *scarsa esigibilità oggettiva*.

Ritorna quindi un elemento già messo in evidenza in sede di analisi della riforma Balduzzi: quel medesimo conflitto normativo – indicato in termini di «concorso di norme» (prassi vs. norma di condotta esigibile in concreto) – che può indurre ad un giudizio di minore esigibilità oggettiva. Riprenderemo questo aspetto in sede ricostruttiva (a partire dal Capitolo 5, § 2.1).

## 2. Colpa e attività produttive

### 2.1. I processi in materia di malattie professionali

I processi sulle morti dei lavoratori esposti alle polveri di amianto e quello sul petrolchimico di Porto Marghera segnarono in Italia un punto

---

<sup>102</sup> Secondo la tipica declinazione del concetto di «colpa grave» nella dottrina spagnola (come in quella tedesca), la differenza fra *imprudencia grave* e *imprudencia leve* sarebbe di tipo essenzialmente *quantitativo*. Secondo B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)*, in *Cuad. Polít. Crim.*, 62, 1997, 303, p. 332, 334-5, «chi commette una colpa lieve viola la stessa norma di chi commette una colpa grave. La differenza sta (...) nell'entità dell'infrazione (...)». Pertanto, «(...) sarà decisivo valutare se l'agente adottò o meno qualche misura di sicurezza o precauzione. E se la adottò, la rilevanza della stessa allo scopo di evitare il fatto» (trad. propria). Nondimeno, come vedremo nel Capitolo 7, § 2.3, la dottrina spagnola propone anche altri criteri di gravità (oggettivi e soggettivi).

<sup>103</sup> Il caso è interessante anche perché consente di riflettere sulla *dimensione relazionale* della colpa, cioè sui criteri di giudizio che entrano in gioco quando la responsabilità dei singoli risulta influenzata dal loro agire all'interno di *équipe* o strutture complesse. Cfr., su questo aspetto, in relazione alla vicenda in commento, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 31 ss., il quale esamina la questione dal punto di vista dell'autoria e della delega di funzioni; M. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 444 ss., che adotta invece la prospettiva concettuale del *Vertrauensgrundsatz*, ossia del principio di affidamento (Capitolo 6).



di svolta nel dibattito sul rapporto fra tipo colposo ed evoluzione del sapere tecnico-scientifico e, più in generale, sulla configurabilità della responsabilità penale in condizioni di incertezza scientifica.

Qui, la relazione fra dovere di conoscenza e imputazione colposa si complica ulteriormente. Significative pronunce di merito e di legittimità in materia di malattie professionali, infatti, hanno adottato un modello di colpa (i) eterogeneo rispetto a quello deontico tradizionale, costruito dottrinalmente sul polo dell'evento *hic et nunc*, e (ii) apparentemente ispirato – vedremo in che termini, e se davvero è così – da logiche di tipo precauzionale<sup>104</sup>.

## 2.2. La prevedibilità del «grave danno alla salute» come paradigma di imputazione per colpa

### 2.2.1. Il cloruro di vinile monomero e il caso «Petrochimico di Porto Marghera» (2006)

Il principio di diritto che segna il punto di svolta venne affermato per la prima volta dalla Corte di Cassazione nella sentenza sul *disastro di Stava* (1990):

ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Sulla giurisprudenza in materia (oltre ai riferimenti di cui si darà conto poi, in questa sezione e ulteriormente nel Capitolo 7, § 5.4), M. VINCIERI, *Rassegna della giurisprudenza (di legittimità e di merito)*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bologna, 2006, 129, p. 138 ss.; R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2011; ID., *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, p. 50 ss.

<sup>105</sup> Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti; la stessa massima si rinviene anche in Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2000, in *Foro It.*, 2001, II, 278 (ai fini dell'imputazione colposa non sarebbe necessaria la prevedibilità dell'evento *hic et nunc* «quale si è

Questa regola di giudizio venne accolta nella sentenza della Corte d'Appello di Venezia sul caso del *Petrolchimico di Porto Marghera* (2004)<sup>106</sup>, poi confermata sul punto in Cassazione (2006)<sup>107</sup>.

Nel processo ai dirigenti della Montedison, uno degli aspetti più dibattuti fu il grado di corroborazione e di accreditamento dell'ipotesi scientifica (del sospetto basato su indagini sperimentali) della cancerogenicità della sostanza a cui venivano esposti i lavoratori, principalmente il cloruro di vinile monomero<sup>108</sup>. Ci si riferisce in particolare agli studi compiuti da *Pier Luigi Viola*, presentati nei congressi internazionali di Tokyo e Houston fra il 1969 e il 1970, nei quali la cancerogenicità del CVM veniva ipotizzata all'esito di esperimenti di laboratorio compiuti su animali. Tale ipotesi venne poi confermata nella sostanza, ma notevolmente specificata, dalle indagini (finanziate dalla stessa Montedison) condotte da *Cesare Maltoni* a partire dal 1971, i cui risultati furono resi noti nel 1974<sup>109</sup>.

Per il periodo antecedente alla pubblicazione degli studi di *Maltoni*, al fine di stabilire se l'esposizione alla sostanza – senza la contestuale adozione di misure preventive idonee ad evitare l'insorgenza dei tumori correlati – fosse colposa, il problema che si pone è valutare se lo *stato delle conoscenze* fosse tale da rendere *doverosa* una qualche attivazione (o astensione) da parte dei dirigenti della Montedison<sup>110</sup>.

verificato in tutta la sua gravità ed estensione», essendo sufficiente poter ritenere *ex ante* rappresentabile la «potenziale idoneità della condotta a dar vita a una situazione di danno»).

<sup>106</sup> «In ambito di colpa (...) basta ricercare la rappresentazione della potenziale idoneità della condotta, senza idonee schermature prevenzionali, a dar vita ad una situazione di danno per la salute»: C. App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004, Est. Contini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1670.

<sup>107</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006 (dep. 6 febbraio 2007), n. 4675, in *Foro It.*, 2007, II, p. 550.

<sup>108</sup> V. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 649-50.

<sup>109</sup> Cfr. le indicazioni di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1698-9, e la ricostruzione di F. CASSON, *La fabbrica dei veleni. Storie e segreti di Porto Marghera*, Milano, 2007, p. 23 ss., 55 ss.

<sup>110</sup> Sul profilo della qualificazione in termini commissivi od omissivi della condotta (eventualmente colposa) dei garanti della sicurezza nei luoghi di lavoro in queste specifiche ipotesi, *infra*, Capitolo 7, § 5.4.

La questione è duplice, poiché riguarda: (1) in primo luogo, la possibilità di ritenere una «congettura» (per lo meno gli studi sperimentali di *Viola*) riconducibile al patrimonio di conoscenze dell'*imprenditore-modello*<sup>111</sup> (mancando la prova della effettiva conoscenza); (2) in caso di risposta affermativa alla prima questione, l' idoneità di una simile informazione a generare un dovere di prevenzione (di ulteriore approfondimento scientifico, di sospensione delle attività, di informazione ad operai e autorità)<sup>112</sup>.

La Cassazione, ricorrendo al criterio di giudizio citato e risalente alla giurisprudenza sul *disastro di Stava*, fornisce una soluzione che elude quella duplice questione. Infatti, considerando indubbiamente nota da tempo l' idoneità del composto chimico a provocare altre (meno gravi) patologie<sup>113</sup>, la sentenza (ri)afferma che

nel giudizio di “prevedibilità” (...) va considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni sia pure indistinta potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione.

Però aggiunge: «la soglia oltre la quale l' agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta» è costituita dalla «probabilità o anche dalla sola possibilità» che determinate conseguenze si producano, purché tali conseguenze, ancorché «non determinabili preventivamente», siano «del tipo» di quelle senza dubbio prevedibili, perché già prese in considerazione dalle regole cautelari positivamente determinate.

Le citate conclusioni della Corte sembrano determinare una duplice estensione dell' intervento penale rispetto al modello dottrinale deontico classico. Infatti, da un lato, consentirebbero di imputare un evento *omogeneo ma più grave* rispetto a quello prevedibile in base alle cognizioni nomologiche corroborate e indubbiamente note all' agente-modello; e,

---

<sup>111</sup> Possibilità da escludersi, a parere di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell' età del rischio*, cit., p. 1700.

<sup>112</sup> Per la riproposizione delle medesime questioni in materia di colpa medica, v. il caso deciso da Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2004, commentato da D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 272-3.

<sup>113</sup> Su questo aspetto, D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 649.

dall'altro, potrebbero segnare la nascita di un dovere di attivazione anche al cospetto di ipotesi scientifiche non corroborate di pericolosità più o meno specifica<sup>114</sup>.

### 2.2.2. *L'amianto: evoluzione scientifica, divieto di utilizzo e processi penali. I casi «Fincantieri» (2012) ed «Eternit Siciliana» (2012)*

Ci occuperemo in seguito di valutare se – ed eventualmente entro quali limiti – la duplice espansione indicata nel paragrafo precedente sia accettabile. Sta di fatto che nel corso degli anni anche la giurisprudenza in materia di esposizione ad amianto ha seguito in più occasioni il medesimo percorso argomentativo.

La sentenza *Fincantieri* del 2012<sup>115</sup> richiama espressamente le statuizioni in punto di prevedibilità dell'evento adottate dalla stessa IV sezione nel caso del *Petrolchimico*.

L'ipotesi d'accusa, confermata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello lagunare, consiste in questo caso nella colposa uccisione di undici operai dei cantieri navali di Porto Marghera, esposti alle fibre di amianto in ragione delle particolari mansioni svolte, e di tre delle loro mogli, venute a contatto con le polveri letali lavando le tute dei mariti. In particolare, agli *ex* dirigenti della società che gestiva i suddetti cantieri navali (Società Operativa Cantieri Navali Breda, fino al 1984; poi Fincantieri S.p.A.) viene imputata la mancata adozione di adeguati mezzi di protezione personale o di altra misura idonea ad impedire o a ridurre quanto più possibile la dispersione delle polveri letali. Anche qui, come nel caso del *Petrolchimico*, la questione fondamentale in punto di colpa riguarda la *prevedibilità dell'evento* sulla base delle co-

---

<sup>114</sup> Così, come ha scritto D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, cit., p. 133, «la Corte difende una ricostruzione delle regole cautelari secondo la quale le stesse non sarebbero necessariamente fondate sul paradigma della certezza scientifica».

<sup>115</sup> Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012 (dep. 27 agosto 2012), n. 33311, Rel. Grasso, disponibile in <https://bit.ly/2S5tAoh>, con commento di S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle «morti da amianto»*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012. Su di essa, il commento di S. CAVALLINI, L. PONZONI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, in *Indice pen.*, 2013/1, 143, p. 144 ss.

noscenze disponibili, al tempo della condotta contestata, circa la pericolosità del materiale impiegato nel luogo di lavoro.

Cruciale è quindi la considerazione, ancorché in termini generali, dell'evoluzione di queste conoscenze. I primi studi sull'asbestosi, patologia professionale associata alla respirazione delle polveri prodotte dalla lavorazione dell'amianto, iniziarono infatti ad apparire già negli anni Venti del secolo scorso; mentre i primi lavori volti a dimostrare le correlazioni fra esposizione, asbestosi e tumore polmonare furono pubblicati successivamente. Nel corso degli anni Quaranta si assistette ad una graduale intensificazione del dibattito, ma solo dalla metà degli anni Sessanta – in particolare, a partire da una conferenza tenutasi a New York nel 1964<sup>116</sup> – la comunità scientifica iniziò a mostrarsi generalmente concorde nel ritenere che il mesotelioma pleurico fosse conseguenza dell'inalazione delle fibre sprigionate dal minerale<sup>117</sup>.

Ciò nonostante, soltanto a partire dagli anni Novanta, di fronte alla inequivocabile evidenza della sua cancerogenicità, i legislatori europei iniziarono a impedirne qualunque forma di utilizzo. Lo Stato italiano vietò l'estrazione, l'importazione, l'esportazione e la commercializzazione dell'amianto e dei prodotti derivati (salvo deroghe idonee a consentire le opere di bonifica) soltanto nel 1992<sup>118</sup>.

La Cassazione, nel caso in esame, non manca di richiamare i dati emersi nel corso del dibattimento a proposito dell'evoluzione poc'anzi schematizzata: in particolare, il fatto che la pericolosità dell'amianto fosse oggetto di attenzione da oltre un secolo (lo testimoniano gli studi sull'asbestosi, se non addirittura quelli pubblicati in precedenza); nonché la diffusione delle conoscenze sulla sua cancerogenicità, sicuramente a partire dagli anni Sessanta<sup>119</sup>. E su questa base, riaffermando il medesimo principio di diritto, stabilisce che *conseguenze pregiudizie-*

<sup>116</sup> M. GREENBERG, *Biological effects of asbestos: New York Academy of Sciences 1964*, in *Am. J. Ind. Med.*, 43, 5, 2003, p. 543.

<sup>117</sup> Sulla storia dell'industria dell'amianto, S. ALTOPIEDI, S. PANELLI, *Il grande processo*, in *Quaderno di storia contemporanea (Dossier Eternit)*, 51, 2012, 17, p. 19 ss.

<sup>118</sup> L. 27 marzo 1992, n. 257. Per un quadro generale sull'atteggiamento dei legislatori europei, N. COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, 2011, p. 41 ss.

<sup>119</sup> Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012 (dep. 27 agosto 2012), n. 33311, cit., p. 18-9.

*voli del tipo di quelle poi verificatesi* non possono dirsi imprevedibili da parte degli imputati.

Anche a voler considerare che fosse nota solo la generica tossicità delle polveri d'amianto, causa di asbestosi – infatti, secondo la Corte – avrebbe risposto al *principio di precauzione* trattare con ogni cautela le polveri (...) di una sostanza comunque tossica<sup>120</sup>.

L'elemento di novità di queste motivazioni risiede nell'espresso richiamo ad un *non meglio definito* «principio di precauzione» (cfr. quanto osservato *supra*, Capitolo 3, § 2.4). Ma sul piano ricostruttivo incontriamo nuovamente le cadenze argomentative dei casi *Stava* e *Petrochimico*: data la nota e indubbia idoneità della sostanza utilizzata negli ambienti di lavoro a provocare *gravi danni alla salute*, non potrebbe dirsi imprevedibile la verifica di un *evento del medesimo tipo* di quelli certamente prevedibili dal punto di vista dell'agente-modello. Infatti, di nuovo leggiamo che

ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione “ex ante” dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione (sez. IV, sentenza n. 4675, 17/05/2006, massima)<sup>121</sup>.

Ad analoghe motivazioni ricorrono i giudici di Cassazione in un'altra occasione, all'esito del processo ai vertici dello stabilimento *Eternit Siciliana* di Siracusa (2012)<sup>122</sup>.

Il procedimento vedeva imputate quattordici figure apicali fra consiglieri di amministrazione, responsabili del servizio tecnico, direttori generali ed altri, per le malattie professionali causate, secondo l'ipotesi d'accusa, dalla esposizione prolungata alle polveri d'amianto, senza contestuale adozione di «alcuna misura atta a prevenire l'inhalazione delle stesse da parte dei lavoratori». Questo fino al 1974, quando l'intervento di una ristrutturazione dell'azienda portò ad una significativa

---

<sup>120</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2012 (dep. 22 ottobre 2012), n. 41184, Rel. Dovere.

riduzione dell'inquinamento dell'ambiente di lavoro e all'adozione di talune misure di protezione dei lavoratori, tuttavia ancora «non idonee ad evitare l'inalazione delle fibre di amianto».

Concentriamoci sui fatti contestati risalenti al primo periodo. Nonostante il Tribunale di Siracusa avesse ritenuto che le conoscenze scientifiche in materia «segnalavano la natura patogena dell'amianto per il tumore polmonare sin dal 1955 e per il mesotelioma almeno dal 1965», la Corte d'Appello di Catania (con sentenza del 23 aprile 2009) aveva poi ritenuto imprevedibile l'evento sostenendo invece che «l'efficienza patogena dell'inalazione delle fibre di amianto, rispetto a patologie diverse dall'asbestosi, era un dato non conosciuto all'epoca dei fatti». Infatti – si è osservato in secondo grado –, se da un lato la l. 455/43 estese l'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali alla sola asbestosi e solo con il d.P.R. 336/94 si indicò quali fossero le malattie neoplastiche causate dall'asbesto, dall'altro neppure l'Ispettorato del lavoro e sindacati dimostrarono di avere cognizione dei reali pericoli derivanti dall'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto. Perciò, aveva concluso la Corte territoriale, ai vertici aziendali non dovrebbe poter essere richiesto di conoscere quanto legislatore, organi di controllo e associazioni di categoria dimostrarono di non sapere ancora, perché circoscritto all'ambito scientifico<sup>123</sup>.

A queste osservazioni – che fanno indubbiamente riflettere – replica però la Cassazione, rivendicando la funzione nomofilattica che le compete. Afferma infatti che «l'assunto mostra di non tenere nel debito conto le ripetute affermazioni» fatte dallo stesso Collegio «in ordine al giudizio di prevedibilità e allo stato delle conoscenze attingibili sin da epoca ormai remota in ordine agli effetti della esposizione delle polveri da amianto». Si ritiene pertanto

necessario rammentare che ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a provocare danni, non essendo necessario che l'agente si prefiguri lo specifico evento concretamente poi verificatosi (*ex multis*, Cass. sez. 4, sent. n. 21513 del 25/2/2009, Stocchi, rv. 243983).

---

<sup>123</sup> Sul punto, la sentenza di Cassazione: *ivi*, p. 6-7 (§ 2.1).

Come nei casi precedentemente esaminati, per la Suprema Corte non sarebbe necessario stabilire (come invece richiede la dottrina) *a partire da quando* la specifica pericolosità di una sostanza possa dirsi conoscenza diffusa e disponibile all'agente modello (e in quanto tale doverosa), bastando l'indubitabile conoscenza della sua pericolosità per la salute.

Però, attenzione: benché la pronuncia abbia inteso riprendere la costante giurisprudenza di legittimità in materia, vi si afferma – almeno in un primo passaggio – che «è sufficiente che l'agente fosse in grado di rappresentarsi la potenzialità lesiva e quindi una serie indistinta di danni». Ossia, almeno in teoria, *qualunque tipo di danno*. Come abbiamo visto, nella sentenza sul *Petrolchimico* si sono invece ritenuti ascrivibili per colpa gli eventi del *medesimo tipo* di quelli indubbiamente prevedibili, ancorché di per sé non rappresentabili in base a norme scientifiche di correlazione corroborate. Nel prosieguo della motivazione, citando le sentenze *Macola* del 2002 e *Camposano* del 2000<sup>124</sup>, si precisa comunque che «l'evento era prevedibile perché erano conosciute conseguenze potenzialmente letali della mancata adozione di quelle misure». Cosa ben diversa, giacché in questo secondo caso l'imputazione del mesotelioma poggia sulla disponibilità delle conoscenze scientifiche relative alla correlazione *amianto-tumore polmonare* e non a quelle, antecedenti, sulla relazione *amianto-asbestosi*<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Su queste sentenze, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 94 ss.

<sup>125</sup> Infine, toccando anche il problema del rapporto fra dovere di diligenza e liceità dell'utilizzo dell'amianto, si osserva: «quanto alla progressività delle acquisizioni scientifiche, tale che solo successivamente sono state conosciute altre conseguenze di particolare lesività rispetto all'asbestosi, questa Corte ha escluso che ciò possa incidere sul requisito di prevedibilità dell'evento, perché le misure di prevenzione da adottare per evitare l'insorgenza della malattia conosciuta erano identiche (fino all'approvazione della l. 27 marzo 1992 n. 257 che ha vietato in assoluto l'uso dell'amianto) a quelle richieste per eliminare o ridurre altri rischi, anche non conosciuti»: Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2012 (dep. 22 ottobre 2012), n. 41184, cit., § 15.4.



### 2.2.3. (segue) *L'espansione della «colpa generica residuale»: dalla prevedibilità dell'evento hic et nunc alla prevedibilità del tipo di evento*

Nell'ultimo passo citato, la Corte di Cassazione sostiene quanto segue: siccome i responsabili dell'impresa avrebbero dovuto adottare misure preventive comunque idonee ad evitare anche gli eventi contestati, questi sono ascrivibili a titolo di colpa *benché non prevedibili*.

Come detto, ci soffermeremo in seguito sulla valutazione in termini di opportunità e legittimità dei paradigmi giurisprudenziali di imputazione che stiamo esaminando in questo Capitolo (ancora per lo più descrittivo). Tuttavia, è già utile osservare che assumere questa massima significherebbe fondare il giudizio di imputazione esclusivamente sul requisito presumibilmente «forte» della evitabilità (*ex post*) – in realtà tutta da dimostrare – facendo *tabula rasa* del prioritario giudizio *ex ante* sul disvalore della condotta. Anche sugli equilibri interni alla fattispecie fra giudizio *ex ante* (disvalore della condotta) e giudizio *ex post* (disvalore d'evento) torneremo comunque in seguito (a partire dal Capitolo 6).

Vediamo ora piuttosto in che cosa consiste, o a che cosa si riduce, l'esame sull'illiceità della condotta fondato sul giudizio di prevedibilità del tipo di evento (del grave danno alla salute).

Questo modello giurisprudenziale, già a prima vista, riflette una logica *lato sensu* precauzionale eterogenea rispetto a quella espressa dalla dottrina (Capitolo 3, § 2.4). Sia nella prospettiva «deontica» classica che in quella «precauzionista», ciò che consente all'interprete di determinare il contenuto del dovere di diligenza è un parametro normativo ideale. La differenza sta essenzialmente in quanto segue. Nella prima prospettiva, che si sostanzia nel paradigma della prevedibilità dell'evento *hic et nunc*<sup>126</sup>, all'agente-modello è fatto obbligo di arginare soltanto gli eventi prevedibili sulla base di leggi scientifiche confermate e indubbiamente disponibili nel «circolo di rapporti» o nell'ambito professionale di riferimento. L'agente-modello «precauzionista» – un

---

<sup>126</sup> Per tutti, C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1473 ss.; ID., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1670 ss.; L. FURNARI, *op. cit.*, p. 727.

agente-modello immerso nell'epistemologia dell'incertezza<sup>127</sup> – viene ri-definito<sup>128</sup> e inteso quale espressione normativa di un'etica della responsabilità che impone di attivarsi anche in relazione ad un *rischio* eventualmente specifico (cioè relativo a eventi dannosi specifici), ma ipotizzabile in base a segni o evidenze che, pur plausibili – cioè dotate di dignità scientifica e non falsificate, potremmo dire ricorrendo al linguaggio popperiano –, appaiano nondimeno bisognose di ulteriori conferme.

Diverso, anche rispetto a queste posizioni dottrinali precauzioniste, è invece il ragionamento svolto dalla Cassazione sul caso del *Petrolchimico*. In quella e in altre successive sentenze, le due questioni fondamentali emergenti dalla discussione dottrinale – (1) quella relativa alla ri-definizione dell'agente modello e (2) quella concernente l'idoneità di determinate conoscenze, in quanto imputabili all'agente-modello, a generare un dovere di attivazione – vengono superate ritenendo sufficiente la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi, sulla base di conoscenze confermate e disponibili, una categoria di danni *omogenea* a quella oggetto del giudizio di imputazione, precisando che le conseguenze ascrivibili, ancorché di per se stesse non prevedibili, devono essere del *medesimo tipo di quelle senza dubbio prevedibili*.

Così, secondo la giurisprudenza considerata in questa sezione, la prevedibilità di un *tipo di evento* – o di un *evento omogeneo non verificatosi* (o comunque non oggetto di contestazione) – consente di imputare l'evento in ipotesi causato dall'agente, benché questo non fosse prevedibile nella sua tipologia specifica, neppure – eventualmente – in ba-

---

<sup>127</sup> Sul paradigma epistemologico individuato dal concetto di *post-normal science*, elaborato da *Silvio Funtowicz* e *Jerome R. Ravetz*, debitori del pensiero epistemologico di *Thomas S. Kuhn*, in contrapposizione a quello di *mainstream science*, J.R. RAVETZ, *The post-normal science of precaution*, in *Futures*, 36, 3, 2004, 347, p. 348 ss.

<sup>128</sup> Ridefinizione che si traduce in doveri di approfondimento e di informazione qualora si intenda intraprendere un'attività di cui si sospetta scientificamente la pericolosità, nella prospettiva indicata da C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 409; e nel dovere generale, in capo agli «attori del progresso tecnico», di farsi carico di tutte le cautele necessarie ad arginare i rischi che si concorre ad ingenerare, cogliendone anche i primi *segnali fattuali*, nella tesi sostenuta da C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 1766 (Capitolo 3, § 2.4).

se a norme di correlazione già disponibili ma bisognose di ulteriori conferme, o comunque a evidenti segnali di pericolo.

### 2.3. *Aspetti salienti nella giurisprudenza più recente (2011-2020)*

#### 2.3.1. *Questioni d'imputazione: soggetti competenti e inferenza causale*

La giurisprudenza più recente in materia di malattie professionali si caratterizza per i seguenti aspetti. In primo luogo, per il fatto che, per le ragioni probatorie che vedremo brevemente fra poco, molto spesso l'imputazione si arresta, poiché non si sostiene, già sul piano nel nesso di causalità. In secondo luogo, per la circostanza di riferirsi a condotte – di esposizione o somministrazione – che si verificarono in segmenti temporali rispetto ai quali non era già più in discussione la disponibilità dell'enunciato scientificamente corroborato, idoneo a fondare il dovere di previsione, secondo cui «l'esposizione alle polveri di amianto può provocare l'insorgenza del mesotelioma pleurico nei soggetti esposti».

Per quanto concerne il profilo causale (il *primo momento* dell'imputazione, dal punto di vista della tripartizione strutturale indicata nel Capitolo 2, § 3), le questioni che si pongono sono generalmente le seguenti: (1) anzitutto, la necessità di stabilire a quali garanti (datori di lavoro, dirigenti aziendali, delegati) possa essere imputata una condotta di esposizione eziologicamente rilevante; (2) in secondo luogo, la difficoltà di raggiungere la prova della *causalità individuale*, mediante l'esclusione di spiegazioni alternative (all'ipotesi accusatoria) dell'evento.

Sotto il primo profilo, riguardante la selezione dei soggetti (dei garanti) astrattamente imputabili per avere esposto i lavoratori a sostanze nocive e aver concorso così a provocare l'evento, la questione scientifica cruciale ha riguardato l'opposizione di ipotesi scientifiche rivali e irriducibili: quella secondo cui il mesotelioma è dose-correlato (la quantità di sostanza inalata e i tempi di somministrazione inciderebbero sulla patogenesi e quindi anche sul periodo di latenza), da un lato, e quella per cui l'insorgenza e l'evoluzione della patologia dipenderebbero soltanto dalla prima esposizione (c.d. *trigger-dose*, o *dose killer*), dall'altro. Accogliere l'una o l'altra impostazione significa porre le premesse per poter imputare materialmente l'evento *hic et nunc*, rispet-

tivamente, a *tutti* o ad *alcuni* soltanto fra i garanti succedutisi nella posizione di controllo.

Il precedente fondamentale, dal punto di vista del metodo di valutazione spettante al giudice di merito, è dato dalla sentenza pronunciata dalla Cassazione nel caso *Cozzini* (2010)<sup>129</sup>, la quale individuò alcuni criteri (non tassativi) destinati a disciplinare il giudizio discrezionale (di merito) circa la plausibilità e l'attendibilità dell'ipotesi scientifica *in sé*, per il caso (frequentissimo) in cui il giudice si trovi a dover operare una selezione fra le diverse tesi introdotte da consulenti e periti, o qualora si tratti di stabilire se un determinato tipo di conoscenza possa reggere la ricostruzione accusatoria, fornendole copertura.

La Corte, nel cassare con rinvio la sentenza di appello<sup>130</sup>, stabilì che il giudice di merito è tenuto ad affrontare un «giudizio critico nei confronti delle valutazioni tecnico-scientifiche proposte dagli esperti». In quest'ottica, al fine di verificare «se esista una teoria sufficientemente

---

<sup>129</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010 (dep. 13 dicembre 2010), n. 43786, Rel. Blaiotta, commentata da R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, in *Cass. pen.*, 5, 2011, p. 1712 ss.; M. GROTTI, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011/3, 561. Il caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, deciso nel merito in ultima istanza dalla Corte d'Appello di Trento, riguardava l'esposizione di un lavoratore alle fibre di amianto. L'inhalazione delle polveri, secondo la tesi accusatoria, avrebbe determinato a distanza di anni l'insorgenza di un mesotelioma pleurico e, così, la sua morte.

La sentenza *Cozzini* qualifica la condotta degli imputati come *commissiva* (§ 20), considerando in sé rilevante «l'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane» e non il mancato impedimento dell'evento tramite l'adozione di contestuali misure cautelari idonee ad evitarlo. Cfr. il diverso orientamento della sentenza *Fincantieri*, Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012 (dep. 27 agosto 2012), n. 33311, e il commento comparativo di S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle «morti da amianto»*, cit., p. 7 ss. Ritourneremo sul punto nel Capitolo 7, § 5.4.

<sup>130</sup> La Corte territoriale si era uniformata all'orientamento giurisprudenziale secondo cui andava accolta la tesi scientifica che qualificava il mesotelioma pleurico come *dose-dipendente* (cfr. *ex plurimis* Trib. Torino, I, 14 maggio 2012, in *GD*, 2012, 42, 15). La Cassazione ha tuttavia ritenuto non adeguatamente motivata la decisione circa l'inattendibilità della contrapposta tesi della *trigger-dose*, non avendo il giudice del secondo grado indicato i criteri in base ai quali poter giudicare più affidabile e credibile la spiegazione scientifica a fondamento della sentenza.

affidabile in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato», lo stesso deve procedere valutando: (a) l'identità, la qualificazione, l'autorevolezza, l'imparzialità, l'indipendenza dell'esperto e le finalità per cui si muove; (b) l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca; (c) le basi fattuali su cui è condotta; (d) la discussione critica che ne ha accompagnato lo sviluppo; (e) l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica; (f) la comune accettazione, o il grado di consenso, nella comunità scientifica; (g) l'affidabilità metodologica.

Non si tratta – avverte la Corte – di criteri tassativi, né essi si pongono in un astratto ordine gerarchico<sup>131</sup>. Sul piano del giudizio di legittimità, ciò che conta è che la scelta operata dal giudice sia adeguatamente motivata e che nella motivazione emergano chiaramente le ra-

---

<sup>131</sup> La Corte si muove in questo senso chiaramente nel solco tracciato dall'antesignana sentenza sul caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Questa sentenza della Corte Suprema Federale statunitense ha segnato un mutamento di paradigma rispetto a quello fissato dalla sentenza *Frye v. Unites States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923): occupandosi dell'ammissione della prova scientifica nel processo civile, la Corte ha affiancato al criterio della «general acceptance» (*Frye test*) ulteriori *standard* (indicativi) in base ai quali valutarne l'affidabilità: (a) la sottoponibilità a verifica e confutazione (*testability*); (b) la pubblicazione in riviste scientifiche previa sottoposizione a *peer review*; (c) la misurabilità della frequenza di errore (*rate of error*). Mentre alcuni commentatori hanno sottolineato il carattere maggiormente «liberale» della nuova soluzione, altri hanno sottolineato l'effetto contrario, cioè quello di aver reso più restrittivo il controllo di attendibilità (*reliability*) a cui è preposto il giudice (*gatekeeper*); è stato inoltre rilevato che il concorso di più criteri pone inevitabilmente il problema del loro coordinamento in relazione a ciascun caso concreto. Su questi aspetti, cfr. M. RISINGER, *The irrelevance, and central relevance, of the boundary between science and non-science in the evaluation of expert witness reliability*, in *Villanova Law Rev.*, 52, 4, 2007, 679, p. 700 ss.; R.L. RABIN, *Reliance on Scientific Evidence in Tort Litigation: the U.S. Experience*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., 125, spec. p. 128 ss., 132 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 219, spec. p. 232 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 261; C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in P. TONINI (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008/6 (supplemento), 29, spec. p. 33 ss.

gioni che hanno consentito di ritenere più credibile e affidabile la tesi scientifica su cui si intende fondare la decisione<sup>132</sup>. «La Corte ha la consapevolezza di indicare al giudice di merito un compito assai impegnativo»<sup>133</sup>; del resto, assunto il paradigma di accertamento nomologico-scientifico (cioè il metodo della «sussunzione»), se «non può essere accettata l'idea che la risoluzione di un problema causale debba sempre sottendere una base scientifica precostituita e certa»<sup>134</sup>, il problema continuerà inevitabilmente a porsi.

Questa osservazione viene confermata dalla sentenza (ancora di annullamento, con rinvio alla Corte di Appello) della stessa Cassazione sul caso *Montefibre-bis* (2017)<sup>135</sup>.

In questa vicenda, gli imputati, ex amministratori e direttori dello stabilimento di Verbania-Pallanza facente capo a Montefibre S.p.a. e a Società Italiana Nailon S.p.a., vengono accusati di omicidio colposo e lesioni personali colpose in relazione alle malattie e alle morti di operai esposti all'amianto negli anni Settanta e Ottanta del secolo trascorso. L'accusa riguardava decessi per tumore polmonare e mesotelioma pleurico, nonché lesioni personali colpose per placche pleuriche, tumori polmonari e vescicali. Agli imputati, che all'epoca dei fatti avevano rivestito posizioni datoriali e/o direttive per periodi di diversa durata, si rimproverava la mancata adozione delle misure tecniche ed organizzative imposte – secondo la prospettazione accusatoria – dalla normativa allora vigente in materia di salute sul lavoro (d.P.R. n. 303/1956 e n. 547/1955), volte a proteggere i singoli lavoratori dall'inalazione di polveri nocive, a renderli edotti dei relativi rischi, nonché a ridurre la diffusione delle polveri stesse negli ambienti di lavoro.

Anche in questa vicenda, il primo problema che si pone concerne la determinazione dei soggetti astrattamente imputabili, in quanto titolari di una posizione di garanzia nel momento in cui si realizza un'esposi-

---

<sup>132</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010 (dep. 13 dicembre 2010), n. 43786, cit., § 12 e ss., spec. § 16, dove la Corte indica l'«itinerario razionale» dell'indagine affidata al giudice di merito.

<sup>133</sup> *Ivi*, § 16.

<sup>134</sup> *Ivi*, § 15.

<sup>135</sup> Cass. pen., sez. IV, 3 novembre 2016 (dep. 14 marzo 2017), n. 12175, Pres. Blaiotta, Rel. Dovere, disponibile in <https://bit.ly/2LK5PBc>.

zione eziologicamente rilevante. A questo proposito, mentre il giudice di primo grado aveva ritenuto non dimostrabile la riconducibilità delle singole patologie al segmento temporale in cui ciascun imputato aveva rivestito il proprio incarico direttivo, la pronuncia della Corte d'Appello aveva stabilito di poter giungere alla prova di chi avesse commesso i fatti ricorrendo alla distinzione, «asseritamente ricavata dalle consulenze tecniche dell'accusa», di due diverse fasi caratterizzanti la patogenesi del mesotelioma: la sua induzione, che porterebbe alla prima mutazione cellulare in senso maligno; e la latenza clinica, che indicherebbe il lasso temporale compreso tra la comparsa della cellula capostipite e la diagnosi della malattia<sup>136</sup>.

Tuttavia, la premessa scientifica e le conseguenti argomentazioni della Corte d'Appello non superano il vaglio della Cassazione, la quale, fra gli altri aspetti, censura le valutazioni fatte in ordine alla qualificazione professionale e all'indipendenza degli esperti intervenuti nelle fasi di merito, proprio in base ad alcuni dei criteri enunciati dalla stessa Corte di legittimità nella sentenza di rinvio sul caso *Cozzini* (punto a)<sup>137</sup>.

A riprova del fatto che si tratta della sentenza più rilevante e «matura»<sup>138</sup> in materia di causalità, dopo la *Franzese*, nella giurisprudenza italiana dei nostri tempi<sup>139</sup>, la sentenza *Cozzini* viene infine valorizzata nella Cassazione sul caso «Italsider-ILVA di Taranto». Si tratta del procedimento penale a carico di ventisette ex dirigenti dello stabilimento industriale di Taranto, accusati di disastro innominato colposo e omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme per la prevenzione

---

<sup>136</sup> Il ragionamento della Corte è ben illustrato da S. ZIRULIA, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis, sulla scia del precedente «Cozzini»*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/ 5, 372, p. 375 ss. (al quale si riferisce la citazione).

<sup>137</sup> Per altre censure, pure relazionate al quadro scientifico di riferimento, ancora S. ZIRULIA, *Amianto*, cit., p. 375 ss.

<sup>138</sup> D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 12.

<sup>139</sup> Il notevole ritardo maturato dalla giurisprudenza italiana in relazione al problema della valutazione della «credibilità» delle tesi scientifiche introdotte nel processo è stato ben evidenziato nell'indagine di L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, p. 3 ss.

degli infortuni sul lavoro, in relazione al decesso per mesotelioma pleurico di diciotto dipendenti dello stabilimento.

In seguito al giudizio d'appello<sup>140</sup>, la Corte di legittimità interviene pronunciandosi, tra il resto, sul ruolo del giudice chiamato a valutare l'attendibilità delle generalizzazioni scientifiche rilevanti in punto di causalità. Può il giudice considerare una «tesi che si proponga come nuova, ovvero come teoria esplicativa originale»<sup>141</sup>?

«Orbene – leggiamo – in linea di principio non sembra legittimo dover rinunciare»<sup>142</sup>. Infatti, benché al giudice sia «precluso di farsi creatore della legge scientifica necessaria all'accertamento», essendo «portatore di una “legittima ignoranza” a riguardo delle conoscenze scientifiche», non avendo dunque «autorità per dare patenti di fondatezza a questa piuttosto che a quella teoria»<sup>143</sup>, «l'acquisizione della legge che funge da criterio inferenziale non è (...) acritica»; altrimenti, se si rinunciasse a considerare la

scienza “nuova” (...), si finirebbe per contraddire il principale degli insegnamenti della sentenza Cozzini, ovvero il divieto per il giudice di farsi creatore della legge scientifica: ove non possa confidare sul giudizio della comunità scientifica il giudice è sostanzialmente privo di strumenti critici nei confronti della teoria e la assunzione di questa, in simili condizioni, equivale a far regredire la “valutazione” della prova scientifica al tempo in cui il parere del perito non era sindacabile dal giudice.

---

<sup>140</sup> Corte App. Lecce, sez. pen. distaccata di Taranto, 23 giugno 2017 (dep. 19 settembre 2017), n. 563, Pres. Sinisi, Est. Grippo, commentata da V. JANN, *Amianto nello stabilimento Ilva di Taranto: le motivazioni della sentenza di appello del processo a carico di ventisette ex dirigenti della società*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/12, 161.

<sup>141</sup> Cass. pen, sez. IV, 13 giugno 2019 (dep. 12 novembre 2019), n. 45935, Pres. Izzo, Rel. Dovere, p. 30, con nota di S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della «scienza nuova»*, in *Sist. Pen.*, 13 febbraio 2020.

<sup>142</sup> Cass. pen, sez. IV, 13 giugno 2019 (dep. 12 novembre 2019), n. 45935, cit., p. 30.

<sup>143</sup> *Ivi*, p. 23-4.



In virtù di quell'insegnamento, al giudice sarebbe pertanto consentito di

dare ingresso nel processo penale ad una teoria che non sia stata sottoposta al vaglio della comunità scientifica quando ciascuna delle assunzioni a base della medesima sia verificabile e sia stata verificata secondo l'insegnamento di questa Corte<sup>144</sup>.

Si fissa quindi il principio di diritto:

*In tema di accertamento della causalità, ove vi sia necessità di fare ricorso al sapere scientifico, non è consentito l'utilizzo di una teoria esplicativa originale, mai prima discussa dalla comunità degli esperti, a meno che ciascuna delle assunzioni a base della teoria non sia verificabile e verificata secondo gli ordinari indici di controllo della attendibilità scientifica di essa e dell'affidabilità dell'esperto<sup>145</sup>.*

Il dibattito scientifico infra-processuale relativo alla patogenesi del mesotelioma pleurico non si attesta soltanto sulla contrapposizione fra «trigger dose» ed «effetto acceleratore», lasciando aperte ulteriori questioni pregiudiziali per il giudizio d'imputazione<sup>146</sup>. Ad ogni modo, questo arresto della Cassazione dimostra l'importanza, dopo la *Cozzini* e come si era già osservato<sup>147</sup>, di continuare a chiedersi se e come il compito di valutare autonomamente l'attendibilità delle ipotesi scientifiche portate all'attenzione dei tribunali possa essere assolto da ciascun giudice di merito<sup>148</sup>; se i parametri non tassativi richiamati consentano

---

<sup>144</sup> *Ivi*, p. 30.

<sup>145</sup> *Ivi*, p. 31 (corsivo in sentenza).

<sup>146</sup> S. ZIRULIA, *Amianto*, cit., p. 379-80. L'orientamento prevalente sembra comunque quello secondo cui la tesi dell'effetto acceleratore sarebbe inaccettabile (per cui diviene irrilevante qualunque esposizione – e relativa posizione di garanzia – successiva a quella scatenante): da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2020 (dep. 15 aprile 2020), n. 12151, Pres. Di Salvo, Rel. Nardin.

<sup>147</sup> A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1381-3.

<sup>148</sup> Riferendosi alla sentenza *Cozzini*, non riteneva che «il giudice di legittimità potesse indicare un così rigido percorso al giudice di rinvio», trattandosi peraltro di «accertamenti palesemente impossibili da effettuare», C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, p. 180-1. S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto*

al *peritus peritorum* di selezionare l'ipotesi scientificamente più attendibile<sup>149</sup>; se e quando un *accertamento in condizioni d'incertezza* possa essere ritenuto compatibile con i canoni normativi di riferimento<sup>150</sup>.

Altro problema pregiudiziale alla valutazione concernente la colpa degli imputati, e che spesso comporta l'impossibilità di valutarla, riguarda la prova della *causalità individuale* mediante l'esclusione dei decorsi causali alternativi a quello rispondente all'ipotesi accusatoria.

*acceleratore*, cit., riconosce invece che il vaglio di attendibilità spettante al giudice di merito rappresenta un «compito (...) senz'altro difficile, ma (...) non insormontabile per almeno due ordini di ragioni (...): da un lato, per quanto riguarda i criteri di ordine "soggettivo" (valutazione della qualificazione professionale dell'esperto, della sua imparzialità e dell'integrità delle sue intenzioni), si tratta di verifiche» che possono «essere effettuate sulla base dei titoli e dei precedenti incarichi del consulente, nonché alla luce di indici di attendibilità non dissimili da quelli che assistono la valutazione delle testimonianze non esperte; dall'altro lato, per quanto riguarda i criteri di ordine oggettivo (attinenti cioè al piano del metodo scientifico), il giudice potrà (anzi dovrà, secondo l'orientamento preferibile) farsi assistere da un perito, eventualmente nominato dopo che la questione problematica sia emersa in tutta la sua portata, nel contraddittorio delle parti».

<sup>149</sup> La scelta di cassare *con rinvio* in casi di questo genere è stata fortemente criticata da chi, come F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale (commento a Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010 - 4 novembre 2010, n. 38991)*, in *Dir. pen. proc.*, 2011/1, p. 185 ss., e R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto*, cit., p. 1719 ss., ha sottolineato l'impossibilità per il giudice di merito di motivare adeguatamente la scelta di una tesi scientifica in contesti di perdurante incertezza.

<sup>150</sup> Questione riproposta, con riferimento alla sentenza *Cozzini*, da D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231, p. 1236 ss. Resta, comunque, il personale giudizio positivo su un orientamento che, ora puntualmente aggiornato, riafferma la necessità di «non "immunizzare" il diritto penale dall'evoluzione del dibattito epistemologico»; chiarendo che la funzione del giudice non si riduce a «consultare un'entità che si esprime tramite legittimi emissari detentori di verità», dovendo invece «interrogarsi sulla credibilità delle voci che sono chiamate dalle parti a "dire la propria" nel processo» (A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1381-3). Si esprime, in effetti, come osserva S. ZIRULIA, *Morti da amianto ed effetto acceleratore*, cit., la necessità di trovare «un punto di equilibrio tra due fondamentali esigenze: quella di non chiudere aprioristicamente la porta a teorie esplicative originali, da un lato; e quella di non affidare le sorti del giudizio penale, in punto di accertamento del fatto, a proposte ricostruttive fantasiose o comunque non ancora sufficientemente mature».

Frequente è infatti la conclusione secondo cui non è possibile stabilire se la patologia sofferta dal lavoratore sia stata provocata da somministrazioni professionali o da esposizioni diverse da quella professionale, o perfino da altri fattori ambientali.

Come sappiamo, l'approdo fondamentale raggiunto dalla giurisprudenza *Franzese* (2002)<sup>151</sup> consiste nell'aver emancipato il ragionamento probatorio dal modello di spiegazione nomologico-deduttivo di stampo neopositivista, pur difeso in passato da autorevole dottrina<sup>152</sup>. Quello indicato dalla Suprema Corte è un itinerario retrospettivo logicamente bi-fasico, che (1) riconduce un evento ad una ipotesi esplicativa generale, sì da poterlo ritenere, in via *provvisoria* e *congetturale*, effetto di una certa causa; (2) la conferma della validità dell'ipotesi esplicativa nel caso concreto avviene pertanto mediante l'esclusione delle eventuali plausibili spiegazioni alternative dell'evento. Il ragionamento ipotetico del giudice, per certi versi simile a quello dello storico<sup>153</sup>, riflette nel genere il metodo pragmatico definito «abduzione» (o «ipotesi») dal semiologo e logico statunitense *Charles S. Peirce*<sup>154</sup>.

L'*abduzione ordinaria* (o *selettiva*)<sup>155</sup>, espressamente richiamata dalla sentenza *Franzese*, è un'inferenza *non necessaria* e *ampliativa* volta a selezionare un'ipotesi esplicativa fra quelle disponibili e rivali (note) al di là della loro intrinseca veridicità<sup>156</sup>. La *best explanation*

<sup>151</sup> Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, su cui, lucidamente e per altri riferimenti, F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013/3, 380.

<sup>152</sup> M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 113 ss.

<sup>153</sup> Al riguardo, i saggi di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 393, e G. UBERTIS, *La ricostruzione del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006/3, p. 1206.

<sup>154</sup> C. PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, 234; G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006.

<sup>155</sup> *Ivi*, spec. p. 66 ss. e 115 ss.

<sup>156</sup> L'«abduzione giuridica» presupporrebbe l'uso di leggi empiriche (regole) già «confermate e riconosciute», senza possibilità di ricorrere ad abduzioni «straordinarie» (o creative), che si distinguono per il suggerimento di ipotesi esplicative «nuove» (*ivi*, p. 93 ss. e 124 ss.). Nella dottrina penalistica, cfr. di nuovo O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151, p. 2178 ss.

dell'evento può essere eventualmente individuata alla luce dell'evidenza disponibile, risultante dal contraddittorio fra le parti<sup>157</sup>.

Il trasferimento della questione causale dal piano nomologico-deduttivo (dimostrativo) a quello ipotetico-argomentativo (discorsivo) segna quindi l'inequivoco e (auspicabilmente) definitivo abbandono del paradigma metodologico neopositivista che si era cercato di imporre – come alla storia<sup>158</sup>, anche – al diritto e al processo penale.

Compreso dunque che non occorre – ma che nemmeno sarebbe sufficiente – disporre di «leggi universali» o «quasi universali», la possibilità di raggiungere la prova del nesso causale va discussa sul piano della selezione e dell'esclusione delle ipotesi esplicative alla luce dei dati fattuali (processualmente) rilevanti, cioè sul piano della c.d. «causalità individuale». È a questo punto che, tuttavia, nei processi in questione si giunge spesso a sostenere l'impossibilità di dimostrare l'esistenza del primo requisito dell'imputazione – che quindi impedisce di valutare i successivi –, stante l'impossibilità di escludere (oltre ogni ragionevole dubbio) l'incidenza di per sé sufficiente di fattori causali alternativi<sup>159</sup>.

Per poter raggiungere la prova per esclusione, infatti, potrebbe essere necessario non solo escludere fattori causali alternativi all'esposizione professionale, ma persino – almeno secondo la dottrina più intransigente sul punto – essere certi di conoscere, per poterli eventualmente

---

<sup>157</sup> «La congruenza di un'ipotesi ricostruttiva del fatto non dipende dalla formale applicazione di schemi inferenziali di tipo meramente deduttivo, bensì dal confronto con tutte le circostanze espresse da una situazione data (...)»: G. CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 111, p. 126; negli stessi termini, R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010/3, 1265, p. 1274.

<sup>158</sup> C.G. HEMPEL, *The Function of General Law in History*, in *J. Philos.*, 39, 2, 1942, p. 35 ss.

<sup>159</sup> Sul punto, S. VITELLI, *La tematica causale con particolare riguardo ai rapporti fra amianto e carcinoma polmonare in lavoratori fumatori*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/4, 75, p. 81 ss., e la nota a Corte App. Torino, Sez. III, ud. 18.4.2018, ric. Alzati e altri, di F. TOMASELLO, *Processo «Olivetti amianto»: la Corte d'appello di Torino riforma la sentenza di primo grado del Tribunale di Ivrea e assolve tutti gli imputati dai reati di omicidio colposo e lesioni colpose aggravate «perché il fatto non sussiste»*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2018, § 2-3.

escludere, *tutti i possibili antecedenti o decorsi causali associabili al tipo di evento*.

Questa tesi è stata discussa, non a caso, principalmente in relazione al settore delle malattie professionali. Benché non si dubiti dell'esistenza di una correlazione (probabilistica) fra esposizione alle fibre di amianto e insorgenza del mesotelioma pleurico, la patologia (il tipo di evento) risulta associata ad analoghe esposizioni non-professionali (ambientali), ed è statisticamente solo in parte riconducibile a cause conosciute. Quand'anche sia possibile escludere la rilevanza di ipotetiche esposizioni non-professionali, sarebbe pertanto impossibile accertare *per esclusione* (cioè *per abduzione*) il nesso causale tra l'esposizione avvenuta nel luogo di lavoro e una patologia astrattamente riconducibile anche ad altre ignote cause<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> In questo senso, F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4831, p. 4836-7. Lo stesso problema è stato sollevato in relazione alle esposizioni a CVM: «Dell'angiosarcoma epatico – ha scritto R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, p. 65 – risultano individuate soltanto tre possibili cause (l'esposizione ad altissime dosi di CVM, l'assunzione di elevate quantità di derivati dell'arsenico, il contatto con biossido di torio), la somma delle quali è capace di spiegare soltanto il 20% dei casi di angiosarcoma pubblicati negli studi scientifici specializzati, mentre l'80% risulta del tutto privo di spiegazione». Esclude la possibilità di accertamento di fronte a ulteriori ma non identificate spiegazioni alternative anche A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, cit., p. 188 ss., che però ammette la possibilità di ottenere la «prova per esclusione» indagando le diverse modalità (intese come modalità tipiche) del tipo di evento quand'anche risulti ignota la condizione scatenante: «così, ad es., può darsi che certe neoplasie, quando discendono da cause non identificate, diverse da quelle conosciute, si caratterizzino tuttavia per taluni aspetti modali, il cui mancato riscontro in concreto consente dunque di escludere l'operatività del fattore ignoto» (*op. ult. cit.*, p. 189). Si tratterebbe quindi di un tipo di evento altrimenti classificabile.

In effetti, anche al di là della relativa affidabilità del dato statistico, la semplice rilevazione del fatto che si tratterebbe di un fattore ubiquitario, ritenuta di per sé idonea ad escludere la possibilità di accertare la causalità individuale, si ferma a mio giudizio sulla soglia del *tipo di evento* (ad es., della patologia «angiosarcoma»), senza considerare che una più specifica ri-descrizione potrebbe portare ad escludere l'intervento di «cause ignote» e persino a dimostrare il nesso individuale con una di quelle conosciute. In quest'ultimo senso, in giurisprudenza, *Cass. pen.*, sez. IV, 21 giugno 2013 (dep. 13 settembre 2013), n. 37762, Est. D'Isa. Si ritiene correttamente raggiunta la prova della

### 2.3.2. Segnali di un fisiologico riavvicinamento al paradigma classico in punto di colpa (per malattie professionali amianto-correlate)

Nonostante tutte le difficoltà indicate in punto di causalità, quando si giunge a valutare se sussista la colpa degli imputati, si nota, al contrario, almeno in alcune sentenze rese negli ultimi anni, una sorta di riavvicinamento al paradigma classico della prevedibilità dell'evento: inevitabilmente, del «tipo di evento», non quindi di un evento *hic et nunc*, ma corrispondente alla patologia specifica in questione; ciò, sulla base di cognizioni nomologiche indubbiamente diffuse al momento della presunta esposizione. In questo modo, si evita di ricorrere all'argomento elusivo – come abbiamo visto (§ 2.2.3) – che consiste nel sostenere la prevedibilità del «grave danno alla salute», cioè di un evento del medesimo «tipo», ma estremamente generalizzato.

Questa tendenza si spiega però non tanto come un ritorno della giurisprudenza su posizioni più garantiste, ma per il fatto che, più passa il tempo, più i processi riguardano segmenti temporali – per lo più dagli anni Settanta in poi – rispetto ai quali non è più in discussione la *disponibilità* della conoscenza scientifica o della generalizzazione scientifica predittiva secondo cui *l'inalazione delle polveri di amianto può provocare l'insorgenza di un mesotelioma pleurico*. Quindi, per giustificare l'imputazione del dovere di previsione (la prevedibilità) non è più necessario asserire che la *nota pericolosità dell'amianto* per la salute avrebbe dovuto indurre i dirigenti dell'industria ad adottare misure di protezione per i lavoratori, ancorché *non fosse nota* l'idoneità dell'amianto a provocare la specifica patologia di cui si tratta.

Ciò emerge, ad esempio, dalle cadenze argomentative con cui viene motivata la condanna in primo grado di alcuni imputati nel maxi-

---

causalità individuale, in un caso di esposizione ad amianto, anche in Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2020 (dep. 15 aprile 2020), n. 12151, cit., spec. p. 16, potendosi escludere con ragionevole certezza, a giudizio della Corte, che la persona offesa avesse subito altre significative esposizioni ad amianto durante la propria vita professionale ed extra-professionale.

processo a carico degli ex dirigenti Montedison del Petrolchimico di Mantova (2015)<sup>161</sup>:

almeno tra la metà e la fine degli anni sessanta (e quindi ben prima del periodo considerato nell'imputazione: 1970-1989), la conoscenza delle potenzialità oncogene dell'amianto, sia in relazione al tumore polmonare che al mesotelioma, era patrimonio condiviso della comunità scientifica internazionale (...).

Dunque, sostiene il Tribunale, «quand'anche non fossero stati a conoscenza del reale pericolo connesso alle esposizioni ad amianto», gli imputati

avrebbero potuto agevolmente accedere al patrimonio di conoscenze disponibile a livello internazionale e nazionale in quegli anni, direttamente (in considerazione della particolare competenza di cui erano dotati) o indirettamente, mediante incarichi a medici del lavoro o igienisti industriali all'uopo delegati<sup>162</sup>.

Il perno del giudizio d'imputazione torna quindi ad essere l'agente-modello. Ma la questione della ridefinizione dell'evento come oggetto del giudizio di prevedibilità continua comunque a porsi (Capitolo 5, § 2.4).

### 3. Colpa, protezione civile e risk management

#### 3.1. Il «caso Sarno» (2011) e il processo «Grandi Rischi» (2013-2016)

Un allontanamento dal modello classico si è avvertito anche in ipotesi di incertezza riguardante, non tanto il *carattere controverso o «non corroborato» del sapere rilevante* (la base nomologica del giudizio di prevedibilità, come visto a proposito delle malattie professionali), ma la

---

<sup>161</sup> Trib. Mantova, 14 ottobre 2014 (dep. 12 gennaio 2015), Grimaldi, commentata da A. BELL, *Amianto e non solo: le motivazioni della sentenza di primo grado del maxiprocesso a carico degli ex dirigenti Montedison del Petrolchimico di Mantova*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2015, in <https://bit.ly/2YImFnJ>.

<sup>162</sup> Trib. Mantova, 14 ottobre 2014 (dep. 12 gennaio 2015), cit., p. 604, 607.

*possibilità di prevedere – o di escludere – il verificarsi di determinati fenomeni (generalmente, fenomeni naturali) alla luce delle conoscenze specialistiche disponibili e delle concrete circostanze di fatto.*

Nel maggio del 1998, dopo alcuni giorni di precipitazioni molto intense, devastanti colate di fango travolsero il centro abitato di Sarno provocando centotrentasette morti. Di questi eventi fu chiamato a rispondere il sindaco del Comune, al quale venne contestato il reato di omicidio colposo (plurimo) per aver omesso di dare tempestivamente il segnale d'allarme e di disporre l'evacuazione delle zone a rischio e, in concorso con un assessore, per aver fornito notizie imprudentemente rassicuranti alla popolazione in pericolo.

Nella sentenza di Cassazione (di annullamento, con rinvio alla Corte d'Appello, che aveva assolto per mancanza di posizione di garanzia e insussistenza della prevedibilità dell'evento) leggiamo quanto segue:

Il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso (...) va compiuto, nel caso di eventi naturali o di calamità che si sviluppino progressivamente, tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi ma valutando altresì se possa essere esclusa la possibilità che questi eventi possano avere dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche (...). La prevedibilità dell'evento dannoso, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, va compiuta utilizzando anche le leggi scientifiche pertinenti, se esistenti; in mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi, l'accertamento della prevedibilità dell'evento va compiuta in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi, e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (...), ferma restando la distinzione con il principio di precauzione che prescinde dalla concretezza del rischio<sup>163</sup>.

Come si vede, la sentenza tira in ballo un po' confusamente parecchie questioni. Ma l'elemento argomentativo che colpisce è dato dal-

---

<sup>163</sup> Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 16761, Rel. Brusco, in *Cass. pen.*, 2011, I, p. 82 ss., con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, *ivi*, 101. Per ulteriori passi della sentenza v. anche M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, p. 206 ss.



l'espressa negazione del principio di precauzione, nonostante l'applicazione del principio orientativo secondo cui ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza andrebbe presa in base alla peggiore delle ipotesi possibili (criterio evocato nel Capitolo 3, § 2.4)<sup>164</sup>.

Una logica identica a quella appena evidenziata regge anche la sentenza con cui il Tribunale di L'Aquila ha condannato alcuni componenti della «Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi» a titolo di omicidio colposo plurimo e lesioni colpose per le condotte tenute alla vigilia del terremoto che la notte del 6 aprile 2009 colpì il capoluogo abruzzese, causando la sua distruzione e più di trecento vittime<sup>165</sup>.

Come noto, prima dell'evento catastrofico e da diversi mesi, nella zona di L'Aquila e nelle aree limitrofe si erano susseguiti eventi sismici costanti e così ravvicinati da aver gettato nel panico l'intera popolazione, tanto che alcuni residenti avevano provvisoriamente lasciato le proprie case nel timore che da un momento all'altro si potesse verificare un evento distruttivo. Ad una situazione già difficilmente gestibile sul piano operativo, si aggiunse un elemento di confusione mediatica, dato dalla diramazione di pareri predittivi contrastanti, taluni allarmistici, di varia fonte e attendibilità. Per questa ragione, il capo della Protezione civile decise di convocare una riunione di esperti – alcuni membri della suddetta Commissione – per concertare e adottare una strategia, anzitutto, dal punto di vista comunicativo.

Di fatto, sia prima, sia dopo un incontro durato poco più di un'ora (il cui verbale fu redatto il giorno del terremoto), alcuni partecipanti a quella riunione rilasciarono interviste dal tenore non molto chiarificatore e dai contenuti non sempre concordanti, ma recanti un messaggio

---

<sup>164</sup> F. EWALD, *op. cit.*, p. 285. Si tratterebbe di un'applicazione implicita (inconsapevole?) del principio *maximin*, secondo D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 140 ss., 142; sul punto anche M.N. MASULLO, *op. cit.*, p. 210-1, la quale avverte il pericolo che questo modello di giudizio possa essere esportato anche in materia infortunistica e applicato all'onere di valutazione dei rischi.

<sup>165</sup> Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012 (dep. 19 gennaio 2013), n. 380, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013, in <https://bit.ly/2XHEW8p>, con nota di A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza «Grandi Rischi»*, *ivi*, 25 novembre 2013, e A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza «Grandi rischi»*, in *Cass. pen.*, 2013/5, 1818.

rivolto alla popolazione percepito nel suo complesso come rassicurante. Una settimana dopo, quando molti cittadini avevano ormai fatto ritorno alle proprie abitazioni, si verificò l'evento temuto.

Gli imputati, come detto, vennero chiamati a rispondere per omicidio e lesioni plurime perché, secondo la tesi accusatoria fatta propria dal giudice di primo grado, in occasione della riunione del 31 marzo 2009 avrebbero effettuato una «valutazione dei rischi connessi all'attività sismica approssimativa, generica ed inefficace», finendo col fornire alla popolazione «informazioni incomplete, imprecise e contraddittorie sulla natura, sulle cause, sulla pericolosità e sui futuri sviluppi dell'attività sismica» in corso in quei giorni. Secondo la ricostruzione effettuata dall'accusa, corroborata in via fondamentale testimoniale (amici e parenti delle persone scomparse), quarantadue delle oltre trecento vittime sarebbero imputabili agli esperti, perché indotte dalle parole di questi ultimi a rimanere nelle proprie case abbandonando più stringenti misure di prudenza.

### 3.2. (segue) *Oltre il principio di precauzione: il paradigma paranoide* (worst-case scenario)

La vicenda, come noto, si è conclusa con l'assoluzione degli scienziati coinvolti e con la condanna di un solo imputato, Bernardo de Bernardinis. La Corte d'Appello di L'Aquila (2014)<sup>166</sup> riconobbe la non prevedibilità dei terremoti, sottolineando però come le dichiarazioni<sup>167</sup> rese da colui il quale venne alla fine ritenuto l'unico responsabile fossero scientificamente erranee e gravemente colpose, considerando i *possibili* (leggi: *prevedibili*) effetti che le stesse avrebbero potuto avere sulle decisioni dei cittadini abruzzesi. La decisione fu quindi confermata dalla Cassazione<sup>168</sup>, anche in punto di nesso di causalità<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> C. App. Aquila, 10 novembre 2014 (dep. 6 febbraio 2015), n. 3317, disponibile in <https://bit.ly/2Jxrw1q>.

<sup>167</sup> Disponibili online: <https://bit.ly/2xFeE78>.

<sup>168</sup> Cass. pen., sez. IV., 19 novembre 2015 (dep. 25 marzo 2016), n. 12478, Pres. Izzo, Rel. Dell'Utri. Disponibile in <https://bit.ly/2LjKsrd>.

<sup>169</sup> Sulla vicenda processuale, ma anche su ulteriori temi correlati – in particolare, sul ruolo e sulla responsabilità sociale e giuridica dello scienziato, cfr. i contributi pub-

Il paradigma di colpa sostenuto dalla sentenza di primo grado (e rimasto in piedi sino alla sentenza definitiva, almeno per l'imputato «laico») viene costruito a partire da un inquadramento di tipo commissivo. Esclusa la possibilità di configurare una responsabilità di tipo omissivo improprio<sup>170</sup>, la responsabilità degli scienziati viene infatti ricostruita dal Tribunale ricorrendo al concetto di *causalità psichica*<sup>171</sup>. Il decorso

---

blicati in A. AMATO, A. CERASE, F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, Milano, 2015; A. FIORITTO, *Science, scientist and judges: Can judges try science?*, in *EJRR*, 5, 2014, p. 133; M. SIMONCINI, *When Science Meets Responsibility: The Major Risks Commission and the L'Aquila Earthquake*, in *EJRR*, 5, 2014, p. 146; D. NOTARO, *Scientists and Earthquake Risk Prediction: «Ordinary» Liability in an Extraordinary Case?*, in *EJRR*, 5, 2014, 159; nonché – un modestissimo omaggio a Leonardo Sciascia e alla figura di Ettore Majorana –, A. PERIN, *When Risk Management Systems «Fail»: On Criminal Negligence and the Limits of Scientists' Responsibility*, in D. O'MATHÚNA, I. DE MIGUEL BERIAIN (a cura di), *Ethics and Law for Chemical, Biological, Radiological, Nuclear & Explosive (CBRNE) Crises*, Cham, 2019, p. 211.

<sup>170</sup> Sulla configurabilità o meno di posizioni di garanzia a carico degli imputati nei confronti dei cittadini aquilani, cfr. le discordanti opinioni di A. GALLUCCIO, *op. cit.*, p. 22 ss.; C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giust. pen.*, 2013/6, 403, p. 406 ss., 413.

<sup>171</sup> Che presuppone, in primo luogo, una specie di induzione o manipolazione determinante l'azione altrui (in questo caso, il ritorno a casa): tuttavia, scrive A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza «Grandi Rischi»*, cit., p. 1819, «gli uomini non sono – e non devono essere trattati come – automi o marionette». E, in secondo luogo, si basa sul ricorso a enunciati di supporto – le teorie psicologiche – le quali però «non costituiscono affatto espressione di attività scientifica rigorosamente controllabile, bensì stimolanti “teorie metafisiche”», almeno a parere della Cassazione: Cass. pen., sez. IV. 19 novembre 2015 (dep. 25 marzo 2016), n. 12478, cit., p. 82, 86-7, che, in mancanza di alternative, riconosce la necessità di «eexceptire» al modello nomologico-positivistico della sussunzione sotto «leggi scientifiche», accettando di ricorrere al supporto esplicativo delle «massime d'esperienza». Cfr. invece M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 891, p. 916 ss., per la tesi secondo cui anche nel mondo psichico si potrebbero postulare leggi, generalizzazioni, regole. Su questo profilo, v. anche D. NOTARO, *Nesso di causalità e colpa alla prova delle dinamiche «incerte». Osservazioni a margine del processo sul terremoto dell'Aquila*, in *L.P.*, 29 gennaio 2016, 1, p. 4 ss.; nonché, con maggior attenzione al profilo della valutazione della prova tecnica, A. PERIN, *La inferencia causal, el problema de la demarcación y el uso del análisis filogenético en el proceso penal: ¿Hacia una nueva figura de juez? (A propósito de la*

causale ri-descritto dal giudice si compone dunque dei seguenti fattori interagenti: (1) condotte consistenti in dichiarazioni pubbliche ritenute lacunose, contraddittorie e idonee a provocare un abbassamento del livello di prudenza nella popolazione; (2) la scossa della notte del 6 aprile, verificatasi, come detto, in seguito ai numerosi e ravvicinati eventi sismici che si susseguivano dal dicembre 2008; (3) la preesistente vulnerabilità degli edifici, il cui crollo determinò quella notte le numerose vittime<sup>172</sup>.

Aderendo ipoteticamente a un modello di prevedibilità *stricto sensu* nomologico, il giudizio di «colpa generica» avrebbe dovuto reggersi sulla rappresentabilità di un simile decorso eziologico misto psichico-geofisico (anche con un certo grado di approssimazione) in base alle conoscenze disponibili all'agente-modello<sup>173</sup>. Pertanto, sempre in teoria, il giudice avrebbe dovuto allegare fonti scientifiche a sostegno (quantomeno) della possibilità di ritenere imminente il verificarsi di intensi fenomeni sismici (un evento *del tipo*) in quelle specifiche condizioni fattuali.

La motivazione del giudizio di primo grado al riguardo, però, appare contraddittoria: una volta sottolineato che «ai fini del giudizio di rappresentabilità (...) non occorre valutare la conformità tra quanto affermato dagli imputati e quanto assunto dalla scienza ufficiale»<sup>174</sup>, e puntualizzato che «la “base di accusa” (...) non consiste nella mancata previsione di un evento naturalistico (il terremoto) che non si può prevedere in senso deterministico o nella mancata promulgazione di uno stato di allarme», viene dato rilievo ad alcune pubblicazioni e a precedenti

---

*Sentencia de la Corte de Casación italiana en el caso Grandi Rischi y sobre la responsabilidad penal por contagio de agentes infecciosos*), in *RDGH*, 44, 2016, 65, p. 74 ss.

<sup>172</sup> Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, cit., p. 388 ss., 840 ss.

<sup>173</sup> *Ivi*, p. 889 ss. Nonostante il tenore della contestazione facente riferimento alla valutazione dei rischi e ai doveri informativi ricavabili dalla disciplina sull'attività della protezione civile, alla luce del decorso causale ricostruito dal giudice, che contempla comunque l'evento-finale multiplo dato dai decessi imputati, non pare che possa parlarsi di vera e propria «colpa specifica». Cfr. C. VALBONESI, *La colpa trema*, cit., p. 404, 410 ss.

<sup>174</sup> Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, cit., p. 216.

dichiarazioni degli stessi imputati per contestare loro la mancata messa a disposizione del proprio patrimonio di conoscenze<sup>175</sup>.

Il livello di conoscenze fornito dagli studi storici e geologici disponibili permette (e permetteva) senz'altro di identificare nella regione abruzzese un elevato rischio sismico, ma soltanto sulla base di norme empiriche ed esperienziali di carattere generale che non consentono (né consentivano) alcuna previsione a breve termine<sup>176</sup>.

Chiedersi se la valutazione del c.d. rischio sismico effettuata in occasione della riunione del 31 marzo 2009 sia stata corretta ed esaustiva, quindi, sembra rilevare tutt'al più sul piano *deontologico*, non anche su quello *penalistico*. Data l'impossibilità di prevedere con ragionevole approssimazione (più o meno *hic et nunc*) il verificarsi di un terremoto di quell'entità, nessun tipo di analisi avrebbe avuto pregio nell'immediato e a fini strettamente preventivi<sup>177</sup>.

La decisione del Tribunale di L'Aquila concerne dunque una situazione in cui l'incertezza non riguarda la base nomologica disponibile (e doverosa), ma la possibilità stessa di effettuare previsioni (ancorché ap-

---

<sup>175</sup> *Ivi*, p. 216, 823 ss.

<sup>176</sup> «Sappiamo ad esempio – scrivono A. AMATO, F. GALADINI, *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla «Commissione Grandi Rischi»*, in *Analysis*, 2013/3-4, p. 6-7, 14 – che immediatamente dopo un forte terremoto le probabilità di averne altri, piccoli o grandi, aumenta sensibilmente», perché ciò «dicono l'esperienza e le conseguenti leggi empiriche che già dalla fine dell'Ottocento furono ricavate dal giapponese *Omori* (1894). Sappiamo anche che laddove una faglia ha accumulato per secoli energia (quella prodotta dai lenti movimenti geologici) senza rilasciarne con forti terremoti, questa sarà più prossima alla rottura di una dalla cui ultima attivazione sia trascorso un più breve intervallo di tempo (...)». Tuttavia, «nel “livello di conoscenze elevato” non rientra la prevedibilità a breve termine, all'Aquila come in qualunque altra parte del mondo. Anche i più convinti sostenitori dello *operational short-term earthquake forecast* (...) ricordano che le probabilità di un forte terremoto, ad esempio durante uno sciame sismico e con scosse di energia elevata, restano sempre basse, minori dell'1% (...). Per questo motivo in nessuna parte del mondo è ancora operativa la procedura di *forecast*. Nessuna azione di protezione civile potrebbe essere intrapresa in tali condizioni di bassa probabilità».

<sup>177</sup> Cfr. di nuovo A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza «Grandi Rischi»*, cit., p. 1818, e A. GALLUCCIO, *op. cit.*, p. 25 ss.

prossimative) alla luce del sapere scientifico accreditato<sup>178</sup>. Con la condanna di primo grado, ciò che si è rimproverato agli esperti riuniti è di non aver agito (quando, come, per quanto tempo e con quali conseguenze?) prospettandosi *la peggiore delle ipotesi* fra quelle *immaginabili e non escludibili*<sup>179</sup>.

Il Tribunale di L'Aquila stabilisce quindi un nuovo paradigma, secondo cui la scelta corretta (adeguata, diligente, lecita!) sarebbe quella presa pensando al peggiore scenario possibile (*worst-case scenario*), benché tale possibilità non sia indicata da generalizzazioni predittive.

Lo stesso discorso vale naturalmente rispetto alle sentenze di appello e Cassazione, che confermano l'addebito per colpa a carico del solo componente laico della Commissione, autore delle dichiarazioni più spregiudicate. Anche qui, a prescindere dal carattere più o meno opportuno delle stesse, l'imputazione per colpa si regge su di un paradigma diverso da quello tradizionale; un paradigma «paranoide», poiché fondato, non già sulla prevedibilità dell'evento sulla base di determinati enunciati nomologico-predittivi (più o meno corroborati) e sulla rappresentabilità di segnali concreti di pericolo (che consente di attivare le conoscenze deducibili da eventuali enunciati disponibili), ma piuttosto sulla impossibilità di escludere un evento dall'orizzonte di quelli possibili, laddove tale possibilità, però, risulta totalmente sfornita di base nomologica.

---

<sup>178</sup> Cfr. invece C. VALBONESI, *La colpa trema*, cit., p. 411, la quale pare ricondurre il paradigma ascrittivo emergente dalla sentenza a quello della colpa in condizioni di «incertezza scientifica». Tuttavia, a mio giudizio, occorre tener ben separate due situazioni: quella in cui l'agente dispone (o può disporre) di *informazioni non corroborate o incerte* da quella in cui, come in questo caso, *non dispone di alcunché*.

<sup>179</sup> Al contrario, come ricorda S. JASANOFF, *Beni incalcolabili. Reimmaginare il nostro futuro tecnologico*, in S. JASANOFF, A. BENEZIA, S. FUNTOWICZ (a cura di), *L'innovazione tra utopia e storia*, Torino, 2013, 3, p. 25 ss., quando in Gran Bretagna un comitato consultivo del governo rassicurò la cittadinanza, sostenendo che il rischio di contrarre il morbo della mucca pazza mangiando manzo infetto fosse insignificante, benché tale valutazione sia stata poi smentita dagli eventi (si contano, secondo i dati ufficiali annotati dall'autrice, 176 vittime in Gran Bretagna tra 2004 e 2011), gli esperti non furono perseguiti.

### 3.3. *Organizzazione complessa, colpa apicale e contributo della vittima (rinvio). Una sentenza recente in materia di gestione delle piste da sci (2017)*

Nella giurisprudenza più recente, consideriamo ora una sentenza della Corte di Cassazione in materia di responsabilità del gestore di piste da sci per mancato impedimento dell'evento<sup>180</sup>. Questa sentenza è rilevante, invero, non solo o non tanto sul piano della colpa, quanto piuttosto sui limiti esterni dell'ambito di gestione del rischio – la posizione di garanzia o, più in generale, la *imputatio*<sup>181</sup> – entro i quali può, eventualmente, stabilirsi la colpa del garante.

L'imputato, legale rappresentante, amministratore delegato e responsabile della sicurezza dei tracciati delle piste da sci gestite dalla società X, viene tratto a giudizio perché, «per negligenza, imprudenza e imperizia cagionava la morte» della vittima, uno sciatore che, benché dotato di casco di protezione, perse il controllo degli sci e andò a impattare contro «un masso non protetto situato nel bordo della pista». L'addebito colposo si deve alla valutazione del fatto che l'imputato non avrebbe provveduto

ad adottare misure di facile attuazione, idonee a segnalare adeguatamente il bordo della pista e la presenza del masso, apprestare delle protezioni, per eliminare il rischio di impatto degli sciatori (...) o eliminare la presenza dello stesso (...), situato in posizione tale da risultare prevedibile un possibile urto, con gravi conseguenze per gli sciatori.

Il trauma cranico conseguente alla caduta determinò il decesso della vittima.

---

<sup>180</sup> Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2017 (dep. 24 marzo 2017), n. 14606/2017, Pres. Bianchi, Est. Tanga (n. 399/2017 – R.G.N. 38368/2016).

<sup>181</sup> In Italia, per questa impostazione, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., spec. p. 343 ss., il quale definisce il concetto come uno «spazio circoscritto normativamente: l'area della responsabilità per fatto proprio», ovvero il «meccanismo d'individuazione dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere dell'illecito» (*op. ult. cit.*, p. 344). Il successivo giudizio di colpa serve qui a stabilire se il fatto, già proprio, è da ritenersi anche colpevole, integrando così il secondo elemento o aspetto del principio di personalità (art. 27, co. 1, Cost.).

Con sentenza del 18 settembre 2014, il GUP del Tribunale di Trento dichiarò l'imputato colpevole del reato di omicidio colposo (art. 589 c.p.); sentenza poi confermata dalla Corte d'Appello di Trento (sentenza n. 377/2015).

Fra i motivi di ricorso, al di là della mancanza di motivazione in punto di colpa, va segnalato il riferimento della difesa alla «autoresponsabilità» dello sciatore (della vittima) rispetto ai pericoli potenzialmente derivanti dagli «ostacoli naturali», i quali rientrerebbero

nello spettro delle fonti di pericolo di cui è garante il gestore dell'impianto solo se presenti sulla rampa, in quanto porzione esterna alla pista ma sciabile, non anche quando si tratta di pericoli esterni all'area sciabile, rispetto ai quali la tutela dello sciatore è rimessa alla sua stessa prudenza e perizia<sup>182</sup>.

Si tratta, quindi, di intendere – ancor prima della dimensione della colpa – l'ambito o l'estensione della posizione di garanzia, anche tenendo conto della condotta della vittima come parte dell'evento che si ascrive<sup>183</sup>.

La pronuncia della Cassazione si concentra non a caso su questo aspetto, la cui corretta definizione è preconditione di qualunque altra eventuale riflessione in punto di colpa<sup>184</sup>. E afferma, ricordando che l'obbligo di garanzia del gestore trova fondamento anche nella legge n. 363/2003 (Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo), che

al di fuori della pista, il gestore non ha alcun potere di dominio sulle fonti di pericolo per terzi, né alcun potere di organizzazione, intervento e vigilanza sulle stesse, con la conseguenza che egli non ha alcun obbligo di attivarsi per impedire il verificarsi di eventi lesivi nei confronti di soggetti terzi. Non è configurabile, quindi, in capo al gestore del-

---

<sup>182</sup> Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio (dep. 24 marzo 2017), n. 14606, cit., p. 2-3.

<sup>183</sup> Tale delimitazione della posizione di garanzia risulterebbe confermata dalle linee guida concernenti «Piste da sci e la gestione di un'area sciabile – Le regole di comportamento degli sciatori», emanate nell'agosto del 2007 dalla Provincia Autonoma di Trento: *ivi*, p. 3.

<sup>184</sup> Cfr. *supra*, Capitolo 2, § 3; nonché L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., spec. p. 343 ss.



l'area sciabile, alcun obbligo di protezione nei confronti degli sciatori che abbiano abbandonato la pista battuta, volontariamente, o anche erroneamente e inconsapevolmente (...), e si siano trovati fuori pista<sup>185</sup>.

È utile annotare questa pronuncia perché evidenzia l'emersione di un aspetto talvolta sottovalutato dalla nostra giurisprudenza, ma notoriamente oggetto di dibattito in dottrina (forse, più oltralpe che in Italia): il ruolo, eventualmente esimente (in che termini sarà da chiarire), del contributo colposo della vittima, in virtù del c.d. «principio di auto-responsabilità». In questo caso, esso emerge in relazione alla definizione del campo di competenza del soggetto in posizione di garanzia. Lo stesso problema, però, come vedremo, si ritrova nella giurisprudenza in materia di responsabilità datoriale per infortuni nei luoghi di lavoro, in relazione al contributo colposo della vittima, ai doveri informativi e al dovere generale di vigilanza in capo al titolare della posizione di garanzia (aspetti rilevanti anche in questa sentenza), nonché alla discussione concernente la possibilità o meno, da parte dello stesso garante della sicurezza e vertice dell'organizzazione (o talvolta delegato), di beneficiare del c.d. «principio di affidamento».

Si evidenzia, come vedremo meglio in seguito, la necessità di chiarire l'eventuale rilievo della condotta colposa o autolesiva della vittima su tre piani distinti (in base alla struttura generale dell'illecito rappresentata nel Capitolo 2, § 3): (1) l'estensione della posizione di garanzia; (2) l'estensione del dovere di diligenza, eventualmente relazionale, in capo al soggetto responsabile (giudizio *ex ante*); (3) l'imputazione dell'evento alla condotta eventualmente colposa dello stesso (giudizio *ex post*). Rinvio quindi all'ulteriore analisi in sede di *pars construens* (Capitolo 6, §§ 2.2., 3.3).

---

<sup>185</sup> A tal proposito, peraltro, la Corte ha cura di specificare che non può «certo ritenersi che tutto il percorso debba essere contornato da reti di protezione (...)». «Il gestore deve, allora, prevenire quei pericoli fisicamente esterni alle piste, (...) solamente qualora la situazione dei luoghi renda altamente probabile che si fuoriesca dalla pista battuta, per la conformazione naturale del percorso (cfr. sez. IV, n. 27861 del 20/04/2004 Ud. – dep. 21/06/2004 – Rv. 229073)»: Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio (dep. 24 marzo 2017), n. 14606/2017, cit., p. 4-5.

#### 4. Concretizzazione e individualizzazione del giudizio: verso il riconoscimento di un «profilo soggettivo» della colpa?

Al termine di questo percorso di diritto vivente, tocca soffermarsi anche sul modo in cui trova accoglimento in giurisprudenza l'esigenza di restituire contenuto alla «colpevolezza della colpa» attraverso il riconoscimento della sua «misura soggettiva» (Capitolo 3, § 3.4).

In Italia, alcune pronunce paradigmatiche in questa direzione sono indicate da *Castroonuovo*. Esse, in opposizione alla giurisprudenza dominante – che, come nel caso *Petrolchimico* di Porto Marghera, sostiene una nozione di colpa «ultra-normativa e ultra-oggettiva»<sup>186</sup> –, accoglierebbero l'esigenza di riconoscere uno spazio concettualmente e praticamente autonomo a tale giudizio individualizzante.

L'autore indica, in particolare, una sentenza in materia di colpa stradale<sup>187</sup>. Qui, tuttavia, *Castroonuovo* riconosce come

gli esiti raggiunti siano apprezzabili non tanto dal punto di vista della individualizzazione del giudizio, bensì soprattutto dal punto di vista del richiamo a un puntuale e rigoroso accertamento degli elementi della situazione concreta che possano condurre a dare rilievo alla prevedibilità ed evitabilità nella loro dimensione “soggettiva”<sup>188</sup>.

In materia di circolazione stradale va poi ricordata una sentenza importante per un altro motivo: si tratta della prima pronuncia con cui la Corte di Cassazione riconosce l'applicabilità del «principio di affidamento» in questo settore (Capitolo 6, § 3.1.2)<sup>189</sup>. L'imputato nel caso deciso, nel percorrere una strada statale alla guida di un'automobile, aveva iniziato a compiere una manovra di svolta a sinistra per accedere a un'area di servizio sul lato opposto della carreggiata; i veicoli che procedevano nel senso di marcia contrario, in particolare un autoartico-

<sup>186</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 574.

<sup>187</sup> Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2008 (dep. 20 marzo 2008), n. 12361, esaminata da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 581-2.

<sup>188</sup> *Ivi*, p. 581.

<sup>189</sup> Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, Rel. Blaiotta, con nota di R. RUSSO, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *Cass. pen.*, 2010/9, p. 3201.

lato, si fermarono per favorire la manovra; nel mentre, però, un ciclomotore proveniente dal lato dei veicoli fermi superò questi ultimi da destra. Ne conseguì l'impatto tra l'auto in manovra ed il ciclomotore, evento che causò lesioni personali alla conducente del secondo.

La Suprema Corte, constatata la regolarità in sé della manovra compiuta dall'automobilista-imputato, e contemporaneamente la violazione cautelare della motociclista-vittima, ha ritenuto che il conducente dell'automobile non potesse essere chiamato a rispondere per colpa per non aver adottato una cautela volta ad arginare le conseguenze lesive della concretamente imprevedibile (irricognoscibile) imprudenza della vittima, applicando così, per l'appunto, il *principio di affidamento*.

L'argomento centrale, che consente alla Corte di riconoscere l'operatività dell'affidamento in materia di lesioni colpose dovute all'inoservanza delle cautele che regolano la circolazione stradale, è quello per cui, così come nei casi di colpa generica,

anche nell'ambito della colpa specifica la prevedibilità vale (...) in relazione al *profilo squisitamente soggettivo*, al *rimprovero personale*, imponendo un'indagine rapportata alle diverse classi di agenti modello ed a tutte le specifiche *contingenze del caso concreto* (corsivo aggiunto)

sottolineando, in particolare, che

nell'ambito delle norme elastiche che indicano un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, vi è sempre spazio per il cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antiguridico da parte dell'agente modello.

Insomma, nel caso deciso, è stato ritenuto che l'evento non fosse *concretamente prevedibile* da parte dell'imputato nell'atto di compiere la manovra di attraversamento della carreggiata, e ciò evidentemente sulla base della rilevata *irricognoscibilità* di indizi concreti circa l'altrui inosservanza. L'assenza di segnali riconoscibili idonei a comunicare all'automobilista il sopraggiungere imprudente del ciclomotore dalla direzione opposta e lungo il lato destro della carreggiata non ha consentito la prefigurazione del decorso causale sfociante nell'incidente (l'evento *hic et nunc*), né, perciò, la possibilità di adottare ulteriori e più stringen-

ti cautele rispetto a quelle che ordinariamente impongono all'automobilista-tipo di attendere l'arresto dei veicoli provenienti dall'opposto senso di marcia, prima di compiere l'attraversamento dell'opposta carreggiata.

Valutato sommariamente il caso, è possibile già affermare che la Corte, anche senza chiamare esplicitamente in causa il principio di affidamento, avrebbe potuto escludere la colpa dell'imputato pure applicando *concretamente* il canone di prevedibilità, sostenendo – come del resto avvenuto – la *non rappresentabilità* dell'evento verificatosi, stante la *non riconoscibilità* di indizi (di inosservanza altrui) idonei a prefigurarlo. Il principio di affidamento, quale criterio normativo idoneo a limitare la portata dei doveri di diligenza «relazionali» – aventi cioè ad oggetto le condotte altrui e/o i loro effetti –, cede, per così dire, di fronte alla concreta prevedibilità dell'evento, poiché a quel punto l'aspettativa di diligenza non è più legittima. L'operatività dell'affidamento induce quindi a «valutare se, nelle condizioni date, l'agente dovesse e potesse veramente, realisticamente prevedere». Del resto, come pure sottolinea la Corte, la soluzione contraria si dimostrerebbe non solo «irrealistica», ma comporterebbe in definitiva l'imposizione di «obblighi inesigibili».

Pertanto, il «profilo squisitamente soggettivo» della colpa è funzionale, in realtà, a richiamare la necessità di svolgere un giudizio circa la prevedibilità dell'evento *in concreto*<sup>190</sup>. Non a caso, come vedremo poi, è proprio la *concretizzazione* – non già la *individualizzazione* – del giudizio di prevedibilità dell'evento sul piano relazionale ciò che consente di giustificare la vigenza o la negazione del suddetto principio (Capitolo 6 e Capitolo 7, § 2.4).

Citiamo poi, per l'Italia, un'altra sentenza, questa volta in materia di responsabilità medica<sup>191</sup>, che costituirebbe, secondo *Castroonuovo*, un

---

<sup>190</sup> Sul punto e per altri riferimenti giurisprudenziali, in commento a Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2017 (dep. 1 giugno 2017), n. 27513, Pres. Piccialli, Rel. Pezzella, A. CAPPELLINI, *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, in *Parola alla difesa*, 2017/6, 643, p. 650 ss.

<sup>191</sup> Cass. pen., 29 settembre 1997 (dep. 11 febbraio 1998), n. 1693, Azzini, commentata da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 587 ss.

esempio molto significativo nella direzione di una «individualizzazione o almeno di una maggiore concretizzazione del giudizio», che passa per «l'accertamento di un *livello significativo di colposità*»<sup>192</sup>.

Rinviando per maggiori dettagli alla sintesi del fatto proposta dall'autore<sup>193</sup>, individuiamo il tratto significativo della fattispecie casistica in questo elemento: durante un parto, i medici imputati, riscontrando la presenza *non prevedibile* di un «cercine» (una sorta di bordo fibroso) che bloccava l'uscita del nascituro, compiono la *scelta* di non rischiare un danno per la madre, pur *rappresentandosi il rischio* che ciò avrebbe implicato per la vita del feto; rischio che poi, fatalmente, si realizza.

Secondo *Castronuovo*, si tratterebbe di un caso di «mera inosservanza del protocollo cautelare», tuttavia insufficiente a giustificare la colpa penale, in quanto fatto tipico, ma non colpevole. La decisione che porta all'assoluzione si muoverebbe quindi,

meritoriamente e in maniera inconsueta, in un'ottica decisamente individualizzante, che conduce i giudici a escludere la colpevolezza: la «colpa penale» non sussiste là dove, pur in presenza di un errore o di una inosservanza cautelare, il soggetto si sia trovato a gestire una situazione caratterizzata da *fattori di rischio non preventivabili e conosciuti solo in quel momento, dall'urgenza dell'intervento, alla difficoltà della scelta operativa*; ma anche, e soprattutto, dando rilevanza a dati di natura psichica, qualora tale situazione sia caratterizzata da particolari disposizioni o reazioni emotive, come *l'estrema agitazione* dovuta alla *pressione psicologica* in cui versava il soggetto (...), *attanagliato da scelte operative antagoniste* tutte comunque gravide di conseguenze sfavorevoli<sup>194</sup>.

Indicatori analoghi a quelli evidenziati e valorizzati da *Castronuovo* (Capitolo 3, § 3.4) – cioè *fattori situazionali* potenzialmente discoloranti, indicatori della *inesigibilità soggettiva* di un comportamento alternativo rispondente all'aspettativa di diligenza valida *erga omnes* – emergerebbero anche dall'analisi compiuta da *Canepa* sul formante di lingua tedesca: tra questi, la necessità di affrontare una situazione im-

---

<sup>192</sup> *Ivi*, p. 586.

<sup>193</sup> *Ivi*, p. 587-8.

<sup>194</sup> *Ivi*, p. 590.

provvisa, l'improvviso spavento o disorientamento, una situazione di agitazione, la giovane età e/o l'inesperienza del medico<sup>195</sup>.

Un richiamo all'esigenza di valutare, oltre alla violazione del dovere, l'esigibilità soggettiva della condotta doverosa, appare anche nella sentenza, già richiamata, sul caso *Montefibre-bis* (§ 2.3.1). Osserva in questa occasione la Corte che, oltre al giudizio di ricostruzione del dovere di diligenza e di individuazione delle regole cautelari inosservate, afferente al profilo della colpa oggettiva, per valutare la colpevolezza dell'imputato occorre anche, in secondo luogo, considerare la exigibilità del comportamento diligente in termini di «concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola, valutando le sue specifiche qualità personali»<sup>196</sup>.

Omogenea alla precedente appare un'altra motivazione in materia di colpa medica<sup>197</sup>. Dopo aver affermato che il medico che si attiene alle linee-guida versa ciò nondimeno in colpa grave, allorché avrebbe invece dovuto discostarsi dalle linee-guida in ragione della peculiare situazione clinica del malato e siffatta «necessità di discostarsi dalle linee-guida era *macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato*» (cfr. § 1.3.2), la Corte di legittimità riferisce che

i giudici di merito hanno evidenziato, per sottolineare la gravità della colpa, *sotto il profilo oggettivo*, che la regola generica di prudenza (...) era stata *violata in misura "alquanto rilevante"* (...); *sotto il profilo soggettivo*, invece, è stato sottolineato che [l'imputato] è un *specialista nel campo in questione*, eseguendo questo tipo di procedura fin dal 2003 con l'ausilio di un medico più anziano e dal 2008 in manie-

---

<sup>195</sup> A. CANEPA, *op. cit.*, p. 73 ss., spec. 84 ss., in materia di responsabilità medica. Tuttavia, anche qui osserviamo come, in realtà, l'individualizzazione del giudizio consiste in una concretizzazione che consente di valorizzare, ad esempio, il principio di affidamento, il quale opera necessariamente sul piano oggettivo (generalizzante) della colpa (Capitolo 6). Più che *individualizzazione*, si tratta quindi di una corretta *concretizzazione* del giudizio di colpa (cfr. il caso di responsabilità medica esaminato dall'autore, *op. ult. cit.*, p. 85).

<sup>196</sup> Cass. pen., sez. IV, 3 novembre 2016 (dep. 14 marzo 2017), n. 12175, cit., p. 59.

<sup>197</sup> Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 2015 (dep. 23 aprile 2015), n. 16944, Rota, CED 263389. Le citazioni che seguono nel testo sono tratte da F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit., p. 181.

ra autonoma, per cui era *massima nel caso di specie l'esigibilità dell'osservanza di quella regola cautelare*.

Nel panorama comparato, si possono infine considerare alcune pronunce del *Tribunal Supremo* spagnolo, indicative nella medesima direzione (e utili a corroborare quanto osserveremo poi, criticamente, in argomento).

In un primo caso, riguardante un omicidio colposo commesso durante una colluttazione fra il proprietario di un supermercato, armato, e un ladro in fuga, la Corte afferma un principio di diritto generale secondo cui la colpa penale è data *oggettivamente* dal

concorso dei seguenti elementi: a) un'azione od omissione volontaria, ma non intenzionale; b) la prevedibilità ed evitabilità delle conseguenze dannose di tale condotta; c) la violazione del dovere oggettivo di diligenza, specificato in norme regolamentari o imposto dalle norme socio-culturali esigibili al cittadino medio, in base all'esperienza comune; d) la produzione di un evento dannoso; e) la relazione di causalità tra la condotta del soggetto e il danno o pregiudizio causato (...).

Ma ciò non basta. Infatti, aggiunge la Corte, la colpa richiede altresì, *soggettivamente*, «la capacità di colpevolezza nel soggetto e la prevedibilità soggettiva dell'evento provocato (...)»<sup>198</sup>.

La stessa esigenza si ritrova in una sentenza più recente (2009), questa volta in materia di *colpa grave* (ex art. 142 del codice penale spagnolo). Scrive la Corte: la gravità della colpa è determinata,

da un punto di vista oggettivo o esterno, in base all'entità della violazione del dovere oggettivo di diligenza (...), entità direttamente collegata al grado di rischio non consentito generato dalla condotta attiva dell'imputato rispetto al bene giuridico tutelato (...) o, se del caso, al grado di rischio incontrollato quando l'agente assume il dovere di neutralizzare i rischi che incidono sul bene a causa del comportamento di terzi o di circostanze puramente casuali. Il livello di tolleranza al rischio è determinato, a sua volta, dal grado di utilità sociale del comportamento (...) (maggiore è l'utilità sociale, maggiore è il livello di rischio consentito). Infine, deve essere considerata anche l'importanza o il valore

---

<sup>198</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), n. 1382/2000, del 24 ottobre (*Fundamento de Derecho: Segundo*). Trad. propria.

del bene giuridico minacciato dalla condotta: maggiore è il valore del bene minacciato, minore è il livello di rischio consentito e maggiori sono i requisiti del dovere di diligenza. D'altra parte, da un punto di vista soggettivo o interno (relativo al dovere soggettivo di diligenza), la gravità della colpa dipenderà dal grado di prevedibilità o conoscibilità della situazione di rischio, tenendo conto delle circostanze del caso specifico. Pertanto, quanto maggiore è la prevedibilità o la conoscibilità del pericolo, tanto più elevato sarà il livello di esigibilità del dovere soggettivo di diligenza e più grave la sua inosservanza<sup>199</sup>.

Rifletteremo più avanti (Capitolo 7, § 2.4), in base agli spunti critici appena indicati, sulla reale portata dogmatica di simili esigenze di personalizzazione del giudizio.

---

<sup>199</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), n. 1089/2009, del 27 ottobre (*Fundamento de Derecho: Tercero*). Trad. propria.



## PARTE SECONDA



## CAPITOLO QUINTO

### REGOLE CAUTELARI «TIPICHE» (PRE-DEFINITE) E ASPETTATIVE DI DILIGENZA «ATIPICHE» (GIUDIZIALI)

#### BASI PER UNA PARS CONSTRUENS

*SOMMARIO: 1. La colpa «residuale». Punire l'inosservanza di un'aspettativa di diligenza non predefinita? 2. Conclusioni parziali. 2.1. I limiti della standardizzazione cautelare. Argomenti a favore di un modello deontico (moderato) e la necessità di un criterio regolativo. 2.2. La «discrezionalità» del giudizio sulla tipicità del fatto. 2.3. La funzione vagamente descrittiva della nozione di «imperizia». 2.4. La prevedibilità del «tipo di evento». 2.5. Il paradigma «paranoide». Un limite invalicabile. 3. La distinzione fra regole cautelari «tipiche» (predeterminate) e aspettative di diligenza «atipiche» (definite in sede di giudizio). 4. Basi per una pars construens. Verso la conferma dell'ipotesi.*

*1. La colpa «residuale». Punire l'inosservanza di un'aspettativa di diligenza non predefinita?*

Nei capitoli precedenti, dopo aver osservato la struttura dogmatica dell'illecito colposo sotto una luce retrospettiva (Capitolo 2), abbiamo considerato alcuni modelli dottrinali (Capitolo 3) e i più recenti orientamenti giurisprudenziali in alcuni settori di responsabilità (Capitolo 4), concentrandoci sul ruolo della conoscenza (*i*) nella concretizzazione dell'aspettativa di diligenza, (*ii*) nella giustificazione teorica dell'imputazione di responsabilità nonostante l'incoscienza dell'infrazione, (*iii*) nella definizione della soglia minima di rimproverabilità, a seconda dei casi e delle teorie.

Lasciamo da parte, per ora, la questione attinente alla legittimità o meno della responsabilità penale per colpa incosciente e della rimpro-

verabilità (o colpevolezza) della colpa (aspetti peraltro strettamente correlati, come vedremo nel Capitolo 7).

Dal primo punto di vista (concretizzazione dell'aspettativa di diligenza), il dibattito esaminato ruota intorno a due questioni successive:

- (1) è legittimo basare il giudizio di colpa sulla inosservanza di aspettative di diligenza *non predefinite* o altrimenti riconducibili a *consuetudini comportamentali consolidate* in un determinato circolo professionale o contesto relazionale?
- (2) Se sì, a quali condizioni il mancato adeguamento ad una *aspettativa di comportamento non predeterminata*, e non altrimenti (pre)definibile se non *nel corso del giudizio e per mano del giudice*, può giustificare un'imputazione di responsabilità?

L'analisi svolta – in particolare, in materia di colpa medica – suggerisce una direzione d'indagine. Andiamo dunque a mettere i primi parlati, per poi definire la nostra ipotesi ricostruttiva: un ulteriore punto di partenza da convalidare nei capitoli seguenti.

## 2. Conclusioni parziali

### 2.1. I limiti della standardizzazione cautelare. Argomenti a favore di un modello deontico (moderato) e la necessità di un criterio regolativo

Il modello «prasseologico», espressione della pretesa di ridurre il campo della responsabilità colposa all'inosservanza di regole cautelari positivizzate o alle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate», non può essere *integralmente* condiviso.

Come abbiamo visto: (1) numerosi settori professionali e/o relazionali non sono, né potrebbero, essere compiutamente disciplinati da regole *standard* (anche non positivizzate), caratterizzandosi per categorie di rischio aspecifiche o «atipiche»; (2) inoltre, benché si tratti, in ipotesi, di categorie di rischio «tipiche», le norme codificate o in uso in un dato contesto sociale o professionale potrebbero essere connotate da un'obsolescenza e/o da un'inefficacia riconoscibile da parte di chi dovrebbe essere tenuto ad applicarle, stante la concreta prevedibilità o l'effettiva previsione del pericolo che si verifichino eventi dannosi, no-

nostante o addirittura a causa dell'adeguamento a quelle indicazioni; (3) per di più, vincolare rigidamente il principio di responsabilità all'inosservanza di regole pre-definite, e selezionate in base a criteri ufficiali di «affidabilità», può minacciare l'autonomia del destinatario della norma penale quale soggetto responsabile.

Quest'ultimo aspetto (3) è stato rilevato a proposito della responsabilità medica, quando abbiamo osservato che la discrezionalità terapeutica, garanzia di pluralismo e funzionale al miglioramento delle pratiche cliniche, potrebbe vedersi pregiudicata da una rigida standardizzazione delle stesse, con esiti, peraltro, paradossalmente illiberali e riconducibili al fenomeno della «medicina difensiva» (Capitolo 4, § 1). Alla base dell'idea di punire solo l'inosservanza di regole precostituite si riconosce certamente l'esigenza, tipicamente liberale, di predefinire i margini del «rischio consentito», in accordo con il principio di legalità e l'esigenza di prevedibilità *ex ante* del confine dell'agire lecito; ciò nonostante, la stessa opzione può indurre paradossalmente l'effetto contrario di costringere in modo ingiustificato il libero esercizio della medicina (Capitolo 4, § 1.4.1).

L'adozione di un *modello interpretativo* come quello delineato esaminando la riforma *Balduzzi* (Capitolo 4, § 1.3.2) eviterebbe invece di fomentare l'inclinazione all'applicazione acritica e defensivista dei protocolli, consentendo al professionista di ricorrere a standard terapeutici più avanzati ed efficaci, per quanto non (ancora) formalizzati e «codificati», quando ciò possa condurre al raggiungimento di un miglior risultato terapeutico. In questo modo, il medico può agire in autonomia, in un contesto che garantisca margini ragionevoli di libertà, di fronte all'evoluzione del sapere medico-scientifico e alla pluralità delle opportunità terapeutiche, nonché alla necessità di individualizzare («a-tipicizzare», «de-standardizzare») la strategia clinica di fronte alle infinite particolarità dei casi clinici<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «Lo “stato dell'arte medica” – scrive con chiarezza A.R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 754 – è un corpo di conoscenze tecniche immenso, in continua evoluzione, e che subisce nei singoli casi concreti l'effetto relativizzante dovuto alle peculiarità e variabilità dei pazienti, delle malattie e dei contesti ambientali in cui sono curati/e». Istruttiva, in questo senso, la storia clinica presentata dal neurochirurgo G. ZAMBON, *La storia di Davit: fare il medico senza catene e*

Naturalmente, quando i protocolli dettati per disciplinare attività complesse e ad elevato coefficiente tecnico – come quella medico-chirurgica – appaiono essi stessi inadeguati rispetto allo «stato delle conoscenze» disponibili, non si può disconoscere che l'opera di individuazione e concretizzazione del dovere di diligenza si complica notevolmente<sup>2</sup>. La possibilità che l'obsolescenza di una regola positivizzata possa essere colta dal giudice, dichiarando in sede processuale la vigenza di una aspettativa di diligenza nuova o comunque diversa da quella espressamente indicata all'agente al tempo della condotta, richiede quindi l'individuazione di un *criterio regolativo*.

Si tratta di un punto cruciale (anche per comprendere la struttura argomentativa dell'indagine nel suo complesso e, in particolare, il nesso fra le conclusioni di questo capitolo e l'oggetto del seguente): occorre infatti riconoscere che l'affermazione secondo cui, talvolta, l'obsolescenza e/o l'inefficacia delle regole in uso è *doverosamente riconoscibile*, quale critica fondamentale rivolta al modello ricostruttivo «prasseologico», rischia di risolversi in una petizione di principio. Ciò che si pretende fare (cioè definire l'aspettativa di diligenza andando *oltre* la consuetudine e la prassi consolidata) coincide infatti con la medesima premessa argomentativa da cui muove il ragionamento critico. Sostenere l'esigibilità di una condotta orientata da una regola cautelare *più stringente, più aggiornata*, ecc., rispetto a quella codificata o stabilita dalla prassi, implica necessariamente il ricorso ad un certo parametro di diligenza: proprio ciò che i sostenitori della tesi «prasseologica» intendono evitare e che, al contrario, i sostenitori del modello deontico prevalente (il nostro paradigma ordinario) ritengono di dover adottare. Da parte di questi ultimi, si afferma insomma la necessità di un parametro

---

*senza paura*, in *Quotidiano Sanità*, 8 luglio 2018, di cui riprendo solo l'*incipit*: «Gentile Direttore (...), rappresento molti professionisti sanitari e, come sa, da sempre sosteniamo che le linee guida tanto decantate dalla Legge Gelli, non possono essere delle catene nell'attività del medico, né possono erroneamente essere pensate come una garanzia assoluta per la tutela degli atti sanitari...». La storia che segue si può leggere qui: <https://bit.ly/3ahiwwl> (ultima consultazione: 29 febbraio 2020).

<sup>2</sup> Sulla definizione delle regole cautelari tra parametri descrittivo-sociologici e normativo-deontologici, ancora A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 68 ss.

attraverso una valutazione in termini di *opportunità*... fondata sullo stesso parametro.

Nondimeno, il mantenimento di un modello deontico, cioè che ammetta ipotesi di colpa generica «residuale» date dalla inosservanza di aspettative cautelari non predefinite, può giustificarsi in base ad una considerazione suppletiva – rispetto ai punti critici fotografati all’inizio di questo paragrafo – per così dire *comparativa*. L’argomento consiste in questo: se la gamma delle regole prudenziali penalmente rilevanti si esaurisse in quelle codificate o radicate in un dato contesto sociale o professionale si genererebbe una situazione di sostanziale *iniquità*. Ad esempio, se causare un incidente stradale o la morte di un pedone per non aver rispettato un diritto di precedenza o un semaforo rosso può senz’altro integrare un’ipotesi di colpa (per inosservanza di regole pre-determinate *ceteris paribus*), chiediamoci: perché non considerare altrettanto rimproverabile l’inerzia chi si trovi *chiaramente in condizione di riconoscere l’obsolescenza di una «regola in uso»?*

Si pensi al caso catalano (Capitolo 4, § 1.4.2), vicenda che si caratterizza per la evidente e indubbia necessità di agire sulla base di una *regola cautelare nuova*, benché si disponesse di protocolli e *regole in uso*, però, per l’appunto, *palesamente inadeguate*. Di fronte a casi di quel genere, invece di escludere *a priori* qualunque responsabilità in virtù dell’adempimento della prassi, si può cercare di tratteggiare *coordinate criteriologiche generali* che consentano all’interprete di stabilire quando, in concreto, l’adeguamento dell’agente a un *dover-essere non prestabilito* possa ritenersi *esigibile tanto quanto* l’osservanza di una cautela positiva determinata o già riconosciuta come «valida» nel contesto sociale e professionale di riferimento.

Quello appena enunciato è il nostro *nuovo punto di partenza*. Non si tratta quindi di sbarazzarsi della dottrina «prasseologica». Al contrario, evidenziandone le ragioni ma anche i limiti (come in parte è già stato fatto), si tratta di delineare criteri correttivi che consentano di definire un *modello deontico moderato*; tale proprio perché mitigato, almeno *in linea di principio*, dalla concezione garantista espressa dalla posizione «prasseologica».

Del resto, l’incompatibilità fra i due modelli è già per certi versi relativa.

Secondo *Fausto Giunta*, il comportamento conforme agli «usi» risulterebbe diligente anche quando produttivo di eventi dannosi; la loro verifica, infatti, non potrebbe essere addossata «a chi si è adeguato alle regole del corpo sociale, anche ove essa dipendesse dall'erroneità empirica della regola prudenziale»<sup>3</sup>. In altri termini: se la regola suggerita dalla prassi non funziona (non consente di evitare eventi lesivi attinenti al suo scopo o ambito di protezione), il fallimento della strategia preventiva non può essere addossata all'agente che l'abbia rispettata. Non si può chiedere a costui di fare di più e non gli si può rimproverare il mancato adeguamento ad uno standard più elevato, eventualmente idoneo ad evitare l'evento.

A questo proposito, due osservazioni. (a) Nemmeno il modello deontico va inteso nel senso di fondare necessariamente il giudizio di colpa sulla misura di diligenza *idonea ad evitare l'evento verificatosi*. (b) Nemmeno l'individuazione di una prassi cautelare basta a giustificare un rimprovero per colpa, essendo comunque indispensabile procedere a un giudizio volto a valutare la *riconoscibilità dell'occasione di applicare quella regola* nel caso concreto.

Cerchiamo di chiarire entrambi gli aspetti.

Come abbiamo visto (Capitolo 3, § 2.1), il giudizio di *prevedibilità* deve realizzarsi a partire da un parametro di riferimento, ovvero dalle informazioni acquisibili (eventualmente incorporate da un'indicazione cautelare) e dalle circostanze fattuali riconoscibili *ex ante*, secondo quel parametro. Mettendosi nei panni del giudice, si tratta di stabilire un'esigenza comportamentale doverosa perché esigibile *ex ante*, alle condizioni date, assumendo idealmente la prospettiva e la posizione dell'agente. Pertanto, qualora essa non si sostanzi in un obbligo di astensione, la condotta *diligente* potrà consistere anche nell'adozione di una regola cautelare incapace di assicurare la evitabilità dell'evento. Per converso, sarà *negligente* la condotta che non adotti una cautela esigibile *ex ante*, al di là – questione di imputazione *ex post* – della dubbia evitabilità del risultato tipico.

Si pensi a quest'esempio di omissione impropria. Coinvolto in un incidente stradale, *Tizio* riporta gravi lesioni articolari che richiedono

---

<sup>3</sup> Così, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 245-6.



un intervento chirurgico di riduzione delle fratture. La ricomposizione riesce ma, all'esito dell'operazione e durante la prima visita di controllo eseguita dal medico *Caio*, *Tizio* mostra i *segni di una evidente ipotrofia muscolare*. Ciò dovrebbe suggerire al medico-modello di verificare la presenza di una lesione nervosa nella zona interessata dal trauma. Tuttavia, *Caio* non esegue alcuna indagine e la degenerazione muscolare raggiunge in breve tempo uno stadio irreversibile, confermando inequivocabilmente la *presenza di una lesione* (non riconosciuta).

Di fronte a un caso di questo genere, dovremmo domandarci se i segni la cui identificazione avrebbe reso prevedibile l'evento (lesione permanente) fossero *ex ante* doverosamente riconoscibili, secondo un certo parametro. Ciò avrebbe posto il medico *Caio* in condizione di poter e quindi dover agire allo scopo di evitare l'evento. Se la risposta è negativa (irriconciliabilità dell'occasione di attivarsi), il comportamento non è colposo (e non si giunge neppure a chiedersi se sussista l'imputazione dell'evento per «causalità omissiva»). Invece, se il giudice si decide per la riconoscibilità *ex ante* dei segnali di rischio, egli deve altresì determinare la condotta doverosa allo scopo di evitare il tipo di evento prevedibile (esame diagnostico e intervento di reinnervazione, ad esempio).

Quando poi, perizie alla mano, non sia possibile stabilire con certezza se, a seguito di una diagnosi tempestiva, l'adozione delle opportune strategie terapeutiche (condotta alternativa lecita omessa) avrebbe consentito di impedire il deperimento del tessuto muscolare, poiché le tecniche disponibili offrono soltanto *relative possibilità di successo in casi di quel tipo*, si pone un problema di imputazione obiettiva (dell'evento alla condotta *in sé colposa*)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Un problema di imputazione obiettiva che, chiaramente, coinvolge il medesimo giudizio ipotetico (*che cosa sarebbe accaduto se...*) che tradizionalmente s'identifica con l'accertamento della c.d. «causalità omissiva». La soluzione dipenderà da come si intendano i criteri di attribuzione, le cui basi dogmatiche sono state indicate in sede retrospettiva (Capitolo 2, §§ 2.4, 2.5). In ordine e sintesi (come schematizzato nel Capitolo 2, § 3): (1) rileva la considerazione della *condotta alternativa lecita* (richiesta, per l'appunto, dal giudizio di «causalità omissiva», così come viene inteso generalmente), o basta verificare se l'evento appartiene allo *scopo di protezione della norma* (cioè alla categoria di eventi che la regola inosservata mirava ad evitare)? (2) Qualora rilevi il decorso causale ipotetico rispondente a diligenza: sarà necessario dimostrare la *evitabi-*

Lo stesso dicasi per i casi di eventuale colpa commissiva. Dovere di un ingegnere responsabile di un progetto edilizio è quello di rispettare le norme antisismiche, adottando le regole cautelari stabilite in virtù della qualità del terreno su cui verrà eretto l'edificio. Di fronte al crollo dello stabile conseguente ad un forte evento sismico, ci si potrebbe chiedere se le condizioni fattuali concomitanti idonee ad indicare la necessità di costruire adottando certi standard (ad esempio, fondamenta di una certa profondità o un determinato numero di pilastri portanti) fossero riconoscibili. Altra cosa sarebbe valutare la rilevanza della incerta evitabilità del crollo adottando la condotta prescritta.

Questione ancora distinta è che l'obsolescenza (ciò che *Giunta* definisce «erroneità empirica» sopravvenuta) della regola prudenziale – delle strategie terapeutiche o delle norme edilizie indicate e comunemente adottate – risulti evidente, e che possano ammettersi margini di rimprovero quando fosse possibile (ma esigibile?) ricorrere a modalità cautelari alternative rispetto a quelle usuali. Ma il semplice fatto che una modalità alternativa *non consolidata nella prassi* appaia (più) efficace – ed eventualmente idonea ad evitare l'evento – non basta, *neanche in prospettiva deontica*, ad addossare all'agente la colpa per l'evento.

In un caso come quello dell'ospedale catalano, ad esempio, qualora l'obsolescenza delle regole in uso non fosse evidente e la conoscenza di tecniche più efficaci non risulti ascrivibile come doverosa (di nuovo, in base ad un *certo parametro*), non si giustificherebbe un giudizio di colpa per gli eventi causati. Il comportamento conforme agli «usi» (in quel caso, la prassi della preselezione dei donatori attraverso l'esclusione dei soggetti appartenenti a determinati gruppi a rischio, senza quindi esaminare il materiale ematico) può risultare pertanto *diligente anche quando produttivo di eventi dannosi*. Anche in prospettiva deontica.

Infine, un'ulteriore precisazione sul rapporto dialettico fra modello deontico e modello prasseologico. I fautori del secondo hanno sostenuto anche che la regola cautelare, in quanto tale, dovrebbe avere conte-

---

lità dell'evento o sarà sufficiente argomentare la *diminuzione di chances* (trattandosi di omissione impropria)? Rinvio comunque fin d'ora, sul punto, ad A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., spec. p. 24 ss., anche per ulteriori riferimenti. Torneremo sul punto nel Capitolo 7, § 5.4.

nuto *modale e conformativo*, non potendosi tradurre il dovere di diligenza in un obbligo di *astensione*<sup>5</sup>. Tuttavia, come ha osservato *Paolo Veneziani* – ed io condivido –, la teorizzata distinzione fra *regole modali* e *dovere di astensione* ha molto spesso carattere relativo. «L’obbligo di astensione da una certa attività può essere letto, infatti, come “modale” rispetto ad un’attività più ampia, nel cui contesto la prima si inserisce»<sup>6</sup>.

Torneremo comunque su questi aspetti a tempo debito (Capitolo 7, § 5.4).

## 2.2. La «discrezionalità» del giudizio sulla tipicità del fatto

Sulla scorta della progressiva standardizzazione delle pratiche cautelari si è fatta strada l’idea secondo cui l’incertezza giuridica che deriva dalla necessità di definire in sede giudiziale il contenuto del dovere potrebbe essere rimediata affidandosi a «saperi forti», idonei a fornire alla fattispecie quella determinatezza necessaria a rendere prevedibile la frontiera del «rischio consentito».

Il problema che si pone è il seguente: se l’agente-modello, che rappresenta detta aspettativa di diligenza, si concepisce come un aggregato ideal-tipico di competenze scientifiche, tecniche ed esperienziali, di capacità cognitive e percettive e di abilità pratiche<sup>7</sup>, la responsabilità colposa di un individuo può discendere esattamente dal non essersi adeguato a determinate conoscenze, dal non aver agito di conseguenza<sup>8</sup>. Sanzionando la *colpa incosciente*, in altre parole, si punirebbe anche

---

<sup>5</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 194 ss., 234 ss.; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., p. 253 ss.; analogamente, ricorrendo al concetto di «colpa speciale», F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 340.

<sup>6</sup> «Ad esempio, se Tizio deve recarsi da Milano a Roma e soffre quel giorno di forti giramenti di testa, ha il dovere di astenersi dal mettersi al volante della propria auto, e di optare per un altro mezzo di trasporto, quale per esempio il treno (...). O ancora, se occorre effettuare lavori di coibentazione di un edificio, ci si deve astenere dall’utilizzo di amianto, ma si può ovviamente svolgere quell’opera in modo diverso, optando per un materiale che non sia nocivo per la salute»: P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., p. 18-9.

<sup>7</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 271-2 e 465.

<sup>8</sup> D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 885 ss.; ID., *Colpa ed evoluzione*, cit., p. 648 ss.

«la colpa precedente, la colposa ignoranza, il fatto di non aver messo cautela nel conoscere»<sup>9</sup>. Ma conoscere che cosa? E perché?

Come si concretizza il dovere di conoscere?

La definizione di un'aspettativa comportamentale non altrimenti predefinita dall'esperienza obbliga l'interprete ad affrontare almeno due questioni decisive: (1) quella relativa alla *definizione del bagaglio di conoscenze doverose* nello svolgimento di una data attività<sup>10</sup>; (2) e quella, distinta ma dipendente dalla prima, concernente l'*idoneità degli enunciati (eventualmente nomologici) disponibili* a generare un obbligo di prevenzione.

In dottrina si propone allora il seguente criterio: le conoscenze idonee ad individuare la base nomologica del giudizio di prevedibilità sono quelle riconducibili al «patrimonio diffuso a partire da una certa data», cioè al bagaglio di «informazioni che l'agente "modello" è in condizione di acquisire in un dato momento»<sup>11</sup>.

Ma la tesi non convince appieno, perché non offre all'interprete alcun *criterio normativo esterno* al parametro che consenta di definirlo. La base nomologica del giudizio di prevedibilità, cioè il complesso di conoscenze dell'agente-modello (che fornisce la prospettiva *ex ante* e il parametro di definizione della pretesa comportamentale valida per gli appartenenti al dato «circolo»), sarebbe infatti costituita dalle informazioni che è in grado di reperire... l'agente-modello stesso!<sup>12</sup>

Un parametro che si auto-definisce ci consegna l'immagine di un giudice che, guardandosi allo specchio, consulta sé stesso: un arbitrio mascherato. Pertanto, dato che non si trovano criteri normativi in grado di indicarci come definire detta «base nomologica» – cioè il parametro

<sup>9</sup> Una «colpa per assunzione» che rimanda ad una mancanza precedente la condotta offensiva: L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562, e *infra*, Capitolo 7, § 6.

<sup>10</sup> Poiché «(...) per l'integrarsi del fatto tipico, non basta che la pericolosità della condotta sia accertabile sulla base dell'insieme di generalizzazioni enuncianti regolarità causali, ma solo tenendo conto di (...) quelle conoscenze nomologiche che l'agente avrebbe dovuto possedere»: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 265.

<sup>11</sup> G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 49-51.

<sup>12</sup> A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., p. 1404-5.

di diligenza –, si prende un'altra strada: la teoria della «migliore scienza ed esperienza» (Capitolo 3, § 2.3).

Come abbiamo anticipato, fra le critiche che possono essere rivolte a questa dottrina vi sono le seguenti: (1) l'eccessivo innalzamento del livello di diligenza preteso su base general-preventiva, che nemmeno un aggiuntivo giudizio di colpevolezza basato sull'agente-modello *homo eiusdem condicionis et professionis* sarebbe in grado di mitigare; (2) la rinuncia all'assunzione di un parametro normativo, spiegata in virtù di quanto poc'anzi osservato, ma con la conseguenza di porre il diritto in condizioni di deferenza di fronte alla scienza, sul presupposto tacito secondo cui gli scienziati sarebbero i portavoce neutrali di un sapere oggettivo da offrire alla valutazione giuridica; ovvero, l'assunzione criptica di una «immagine di scienza» legata al dogma positivistico della oggettività del metodo scientifico e della uniformità dei suoi risultati.

Il problema principale, a mio giudizio, consiste nell'assegnazione all'idea di «miglior scienza» di una funzione – assicurare determinatezza al fatto tipico colposo – che essa non è in grado di assolvere. E questo, anzitutto, per una ragione metodologica fondamentale, legata al secondo aspetto critico segnalato.

La definizione di qualunque regola di comportamento e strategia di azione implica un processo di «co-produzione»<sup>13</sup>. Ciò significa che, se da un lato il *sapere scientifico concorre alla costruzione dei concetti giuridici* e, quindi, anche alla definizione della norma giuridica (ad esempio, il contenuto del dovere di diligenza che integra la fattispecie

---

<sup>13</sup> Sul concetto di «co-produzione» (S. JASANOFF, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, 1995; EAD., *The idiom of co-production*, in EAD. (a cura di), *State of Knowledge. The co-production of science and social order*, London-New York, 2004, 1), M.C. TALLACCHINI, *op. cit.*, p. 339 ss., la quale ci spiega come tale nozione consenta di descrivere le dinamiche semantiche e sintattiche che hanno origine dal mescolarsi di concetti scientifici e giuridici: i due sistemi, scientifico e giuridico, esercitano un reciproco gioco di elicitazione, sistematizzazione, sedimentazione e stratificazione di significati scientifico-giuridici; nella costruzione di un ordine che è al tempo stesso epistemico e sociale; si genera una «conoscenza ibrida»; effetti patologici si generano quando le proposizioni scientifiche e normative vengono sottratte all'analisi e sono «blindate». Vi ritorneremo in sede di *pars construens* (Capitolo 7, § 4.1).

dei reati colposi d'evento), d'altra parte, *le esigenze (assiologiche e finalistiche) del diritto si riflettono nella selezione del sapere scientificamente rilevante a scopo regolativo.*

In altre parole: il diritto si costruisce anche per mezzo della scienza; ma gli enunciati scientifici diventano rilevanti in base a parametri propri del diritto. Pertanto, la definizione di un'aspettativa di comportamento, ancorché basata su proposizioni che esprimono correlazioni generali (generalmente probabilistiche), dipende inevitabilmente da valutazioni che portano alla selezione del sapere stesso.

Si pensi, ad esempio, alle disposizioni cautelari dettate da logiche precauzionali frequentemente adottate nei protocolli sanitari<sup>14</sup> o in materia di sicurezza alimentare<sup>15</sup>. La «precauzione» è quell'esigenza normativa (anteposta, in taluni casi, alla libertà dell'iniziativa economica privata in virtù della tutela di beni giuridici superiori) che autorizza l'ordinamento ad attingere *anche al sapere scientifico incerto, o non definitivamente corroborato*, ma già dotato di dignità scientifica<sup>16</sup>, allo scopo di costruire normativamente indicazioni di comportamento.

Ora chiediamoci: la disposizione che, ipoteticamente, stabilisse il divieto di produrre e commercializzare prodotti tecnologici in ragione della loro «possibile pericolosità per la salute»<sup>17</sup>, attingerebbe alla «mi-

<sup>14</sup> Sulle linee-guida come modello di «co-produzione» fra scienza e diritto, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 215 ss.

<sup>15</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 403 ss.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 652.

<sup>16</sup> Basti pensare alla classificazione degli agenti cancerogeni adottata dalla *International Agency for Research on Cancer* (IARC), la quale distingue a seconda del grado di conferma (*evidence*), a sua volta ricavabile da altri parametri, fra: agenti *cancerogeni; probabili o possibili cancerogeni; non classificabili*; e agenti *probabilmente non cancerogeni*: IARC *Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans – Preamble*, 2006, p. 22 ss., in <http://monographs.iarc.fr/ENG/Classification/index.php>. Queste informazioni sono riprese e rese disponibili anche dalla *European Union information agency for occupational safety and health* (EU-OSHA): <https://osha.europa.eu/en/themes/dangerous-substances> (ultima consultazione: 2 marzo 2020).

<sup>17</sup> Si pensi al dibattito scientifico sulla cancerogenicità dei telefoni cellulari. Nel 2018 il *National Toxicology Program* (NTP) pubblicò i risultati parziali di uno studio sugli effetti delle radiofrequenze (RFR) sui ratti, esprimendo «confidence in the associ-

glior scienza» disponibile? Che cosa ci consentirebbe di sostenere – quali parametri intrinseci di scientificità – che un’ipotesi riconosciuta ma non corroborata è *migliore* rispetto ad un’altra, ipoteticamente corroborata o riconosciuta come tale? Dipende, evidentemente, dal punto di vista; cioè dal criterio normativo e dall’esigenza funzionale che si assumano come parametri definitivi. Adottando una logica precauzionale, la «migliore scienza» disponibile è quella che si esprime mediante enunciati ipotetici e bisognosi di ulteriori verifiche, poiché consente di rispondere all’esigenza espressa dal principio di precauzione: prendere decisioni in condizioni di incertezza scientifica allo scopo di evitare che si verifichino eventi catastrofici ed irreversibili (Capitolo 3, § 2.4).

Si tratta dunque di stabilire *che cosa serva al diritto*. Se, ad esempio, si assume come priorità la protezione della salute delle persone, e la si antepone alla libertà economica, il diritto può scegliere di attingere ad un sapere scientifico incerto, in quanto ciò risponderebbe a determinate necessità regolative giustificate dal bilanciamento di valori e interessi assunto come punto di partenza a livello politico o eventualmente politico-criminale.

Un altro esempio. Chiediamoci che cosa avrebbe potuto concludere un perito, poniamo negli anni Cinquanta del secolo scorso, investito della questione della pericolosità dell’Eternit e del suo possibile legame con le patologie polmonari già diffuse fra i lavoratori del settore siderurgico; e proviamo a ipotizzare come avrebbe suggerito di comportarsi ai vertici dell’industria. Siccome il nostro consulente si sarebbe trovato al cospetto di ipotesi scientifiche di generica pericolosità o di più speci-

---

ation between RFR exposure and the neoplastic lesions» osservate (M. WYDE, *et alii*, *Report of Partial findings from the National Toxicology Program Carcinogenesis Studies of Cell Phone Radiofrequency Radiation in Hsd: Sprague Dawley® SD rats (Whole Body Exposure)*, in *bioRxiv*, 2018, p. 19: <https://doi.org/10.1101/055699>). Ora, ulteriori risultati suggeriscono che le RFR dovrebbero essere considerate ufficialmente come «agenti probabilmente cancerogeni» (L. FALCIONI, *et alii*, *Report of final results regarding brain and heart tumors in Sprague-Dawley rats exposed from prenatal life until natural death to mobile phone radiofrequency field representative of a 1.8 GHz GSM base station environmental emission*, in *Environ. Res.*, 165, 2018, p. 496). Nel 2011 la IARC (nota precedente) aveva già classificato tali radiofrequenze come «possibly carcinogenic to humans» (Group 2B). V. su questa classificazione, *infra*, Capitolo 7, § 4.1).

fica cancerogenicità (ancora) piuttosto isolate e bisognose di ulteriori riscontri, si può immaginare che avrebbe adottato il criterio della «generale accettazione»<sup>18</sup>, escludendo così l'esistenza di una legge scientifica idonea ad indicare un nesso fra esposizione alla sostanza e insorgenza di una patologia tumorale. Di conseguenza, in assenza di una correlazione «scientificamente confermata» (e non potendo prevedere la sua futura conferma), non sarebbe stato neppure possibile stabilire una regola di comportamento idonea a fronteggiare un rischio che, benché attuale, veniva a quel tempo soltanto ipotizzato. In questo caso, quindi, la «migliore scienza» non è più congetturale, ma, al contrario, quella che si esprime mediante enunciati confermati.

In fin dei conti, come già osservato da altri autori, chi sostiene la teoria in parola non terrebbe conto, all'atto pratico, della «disagevole determinabilità della migliore scienza ed esperienza in molti settori dell'agire umano (...) oggetto di continua ricerca e di incessante sviluppo»<sup>19</sup>.

Considerato poi che l'obiettivo della tesi in discussione è quello di conferire maggior determinatezza alla fattispecie colposa – aspetto, questo, legato al primo aspetto critico segnalato –, è anche difficile pensare che fra le «migliori conoscenze nomologiche del tempo»<sup>20</sup> si possano includere anche quelle alla portata di «una sola persona»<sup>21</sup>, sottratte in quanto tali a qualunque forma di controllo, verifica, ecc., da parte della comunità scientifica.

La figura dell'«esperto universale» non garantisce la futura conferma di un'ipotesi bisognosa di ulteriori riscontri. Opinare diversamente significherebbe andare ben oltre il principio di precauzione<sup>22</sup>, rischian-

<sup>18</sup> Criterio adottato anche in giurisprudenza in materia di causalità, a partire dalla famosa sentenza *Frye v. Unites States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), già richiamata nel Capitolo 4, § 2.3.1.

<sup>19</sup> D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 267.

<sup>20</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

<sup>21</sup> Così invece M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 168-9.

<sup>22</sup> Logica che sottende un'idea – l'incapacità della scienza di fornire soluzioni ai problemi che essa stessa concorre a generare – antitetica a quella assunta dall'orientamento qui criticato. J. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, p. 100 ss., 125 ss., 151 ss.



do di confondere il giudizio di colpa con l'accertamento causale (che può avvenire, invece, sulla base delle *conoscenze aggiornate, attuali* rispetto al momento del giudizio)<sup>23</sup>. Dovendo invece mantenere un punto di vista *ex ante*, nell'ipotesi considerata l'utilizzazione del solo sapere «confermato» o «più affidabile» finirebbe con l'escludere l'esistenza di una qualunque misura di prevenzione.

L'impossibilità di definire parametri normativi sulla base di standard puramente tecnico-scientifici si osserva anche in relazione alle norme di sicurezza previste in settori come l'edilizia e i trasporti. Potremmo ad esempio sostenere che il sistema RSC (sistema della ripetizione continua dei segnali) sia l'opzione più adeguata a garantire la sicurezza del trasporto ferroviario<sup>24</sup>, o che i c.d. dissipatori di energia e gli isolatori sismici rappresentino le tecniche ingegneristiche che, ad oggi, offrono le migliori garanzie di sicurezza di fronte al rischio di collasso strutturale di edifici in ipotesi di evento sismico. Però chiediamoci: l'ipotetica esistenza di sistemi tecnologici più recenti o ritenuti più sicuri in qualche parte del mondo – già in dotazione o ancora in fase di collaudo – renderebbe il sistema RSC inidoneo a fissare la pretesa comportamentale riferibile agli attori pubblici e privati del sistema del trasporto ferroviario? E ancora: in caso di evento sismico disastroso, al quale segua il collasso di un edificio costruito secondo i parametri minimi stabiliti dalla legge, sarebbe possibile imputare l'evento sulla base della mancata adozione, in fase di costruzione, dei dissipatori di energia e/o di isolatori sismici (ipoteticamente non obbligatori)?

Altri esempi. Chiediamoci: sarebbe imputabile un investimento provocato alla guida di un'automobile non dotata della più recente versione di *Antilock Braking System* (ABS)? E ancora: molti incidenti stradali letali non sarebbero forse evitabili se nelle autostrade si garantissero gli stessi standard di sicurezza adottati nei circuiti di Formula 1 o di MotoGP? Insomma: qual è il limite della migliore misura tecnica possibile? La misura *a posteriori* dell'evitabilità?

Neppure in relazione a standard cautelari basati su ipotesi scientifiche acquisite, il criterio in parola esime dal parametrare l'esigibilità del-

---

<sup>23</sup> Cfr. la replica di M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 415 ss.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 175-6.

l'adeguamento a fattori come il tempo, il luogo, la disponibilità, l'importanza dell'interesse giuridico in gioco. Insomma, fattori rilevanti *ex ante* e sul piano valutativo.

A difesa della soluzione in esame, si sostiene inoltre che essa conferirebbe coerenza alla categoria della colpa, uniformando colpa generica e colpa specifica attraverso un medesimo parametro definitorio (essendo «legittimo pensare che [anche] leggi e regolamenti che contengono regole rigide vengano formulate sulla base della migliore scienza ed esperienza disponibili in quel momento»)<sup>25</sup>.

Tuttavia, esempi già considerati in questo studio mostrano che le istituzioni preposte non sempre sono in grado di predisporre regole di comportamento aggiornate alle più recenti conoscenze «corroborate». Il divieto di utilizzare e commercializzare amianto, in Italia, risale alla l. 257 del 27 marzo 1992; fu posto cioè almeno vent'anni dopo il consenso raggiunto in seno alla comunità scientifica circa la correlazione tra amianto e tumori polmonari (Capitolo 4, § 2.2.2). Quando la *Generalitat de Catalunya* impose alle strutture sanitarie di analizzare il materiale ematico destinato alle trasfusioni (Ordinanza del 10 ottobre 1986), quei controlli venivano già impiegati in alcuni centri ospedalieri spagnoli (Capitolo 4, § 1.4.2).

La riflessione svolta porta a concludere che la conoscenza delle leggi naturali o la disponibilità di enunciati esplicativi recanti norme di correlazione fra categorie di elementi fenomenici – eventualmente probabilistiche e controverse – non può tradursi in *azione* senza previa *valutazione*<sup>26</sup>.

Questo stesso risultato fu raggiunto dalla dogmatica penalistica, quando al paradigma della prevedibilità dell'evento secondo l'*id quod plerumque accidit* sostituì l'idea della diligenza come norma; quando abbandonò l'adeguatezza tardo-ottocentesca – e il relativo criterio d'imputazione statistico-avalutativo legato all'astratta conoscenza delle

---

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 402 ss.

<sup>26</sup> Affermazione in linea con quanto osserva K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies* (1945), Princeton-Oxford, 1994, p. 62: «*it is impossible to derive a sentence stating a norm or a decision or, say, a proposal for a policy from a sentence stating a fact*» (corsivo originale).

leggi naturali (Capitolo 2, § 1.3)<sup>27</sup> – in favore della misura dell'adeguatezza sociale<sup>28</sup> e del concetto misto assiologico-naturalistico di «rischio consentito» (*erlaubtes Risiko*) (Capitolo 2, § 2.2). Si tratta di un *momento valutativo*, benché relativo ai risultati delle scienze empiriche e concettualmente afferente al fatto tipico<sup>29</sup>.

A conti fatti, questo orientamento ci mostra un esempio di come «specifiche visioni della scienza possono condizionare la qualificazione giuridica di un fatto o, viceversa, particolari modelli giuridici possono venire legittimati attraverso concezioni scientifiche con essi coerenti»<sup>30</sup>. Il limite consiste quindi nel pretendere di *dedurre una norma di comportamento da una selezione avalutativa del sapere rilevante*<sup>31</sup>.

### 2.3. La funzione vagamente descrittiva della nozione di «imperizia»

La definizione dell'aspettativa di diligenza su base scientifica ci porta ad affrontare un problema riemerso nel dibattito recente, riguardante le riforme adottate in Italia in materia di responsabilità medica (Capitolo 4, § 1.3).

Come abbiamo visto, l'interpretazione secondo cui la riforma *Balduzzi* (e, prima ancora, l'art. 2236 del codice civile<sup>32</sup>) sarebbe stata applicabile alle sole ipotesi di «imperizia» è stata sostenuta sia in dottri-

<sup>27</sup> Cfr. però T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

<sup>28</sup> H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 15. Cfr. l'osservazione critica di M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., nt. 35; e F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 181 ss.; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 167.

<sup>29</sup> V. D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 876 ss. Per una critica al neopositivistico principio di *avalutatività*, inteso come divieto assoluto all'ingresso di giudizi di valore nelle scienze empiriche e umane, V. VILLA, *Legal Theory and Value Judgments*, in *Law Philos.*, 16, 4, 1997, 447, spec. p. 466 ss.

<sup>30</sup> M.C. TALLACCHINI, *op. cit.*, p. 341.

<sup>31</sup> Nondimeno, questa dottrina – quantomeno la sua versione bidimensionale, sostenuta da M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 165 ss., 389 ss. – coglie anch'essa la necessità di ricorrere ad un parametro *normativo*, allo scopo di definire l'esigibilità della pretesa e la punibilità della sua inosservanza (ancorché sul piano della colpevolezza).

<sup>32</sup> A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., p. 126.

na<sup>33</sup> che nella prima giurisprudenza di legittimità in materia<sup>34</sup>. Ora, alla luce della esplicita limitazione del regime speciale stabilito dalla riforma *Gelli-Bianco* alle sole ipotesi di «imperizia», le questioni ineludibili appaiono due, strettamente correlate ma di diversa natura: da un lato, sul piano concettuale e interpretativo (*de iure condito*), occorre chiedersi se sia possibile e fondato distinguere l'imperizia dall'imprudenza e dalla negligenza; e, quindi, da un punto di vista politico-criminale (e *de iure condendo*, di fronte alla citata riforma), se sia opportuno rivedere la scelta di riservare una disciplina favorevole al solo ambito della colpa professionale-sanitaria per imperizia<sup>35</sup>.

Nell'applicazione delle regole dell'arte e della professione, si potrebbe osservare, chi agisce va solitamente incontro a *difficoltà maggiori* rispetto a quelle derivanti dal dovere di attenersi alle comuni norme di prudenza e diligenza. Alla base del regime differenziato e della sua circoscrizione all'imperizia vi sarebbe quindi l'esigenza di non inibire troppo l'operato del professionista gravandolo di eccessive cautele<sup>36</sup>. Dal carattere tecnico o professionale di un'attività può tuttavia derivare un'esigenza opposta a quella appena considerata: indurre i destinatari delle norme, mediante la minaccia della sanzione, ad un innalzamento della soglia di attenzione quando da essi dipendano le sorti di beni giu-

---

<sup>33</sup> Ad es., C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., p. 66; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 28.

<sup>34</sup> Secondo la quale, l'esclusione dei casi di imprudenza e negligenza dovrebbe dedursi dal fatto che, testo alla mano, «le linee guida contengono solo regole di perizia»: Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013 n. 11493, Pagano (sulla scorta della sentenza della Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, cit., relativa all'art. 2236 c.c.).

<sup>35</sup> Di nuovo, sul punto, A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., p. 225-6, secondo il quale «sarebbe stato certo più opportuno giungere ad un'estensione» del limite della colpa grave «a tutte le attività contraddistinte dalla presenza di rischi consentiti in virtù della loro spiccata e riconosciuta utilità sociale». Sulle peculiarità dell'ambito medico in chiave politico-criminale, M. CAPUTO, «Agente modello» e responsabilità per colpa in campo sanitario, cit., p. 105 ss., 126 ss. Ritieni siano «maturi i tempi per una riflessione approfondita e sistematica sui reati colposi nei diversi settori, capace di individuare convergenze e divergenze e di delineare, là dove ragionevole, una disciplina differenziata» R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 248.

<sup>36</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8<sup>a</sup> ed.), cit., p. 574-5.

ridici primari (prevenzione generale negativa); ed impedire che gli stessi continuino ad esercitare la professione quando abbiano dato prova di essere inidonei (prevenzione speciale negativa)<sup>37</sup>. La «tipicità» delle *leges artis* della professione renderebbe meno tollerabile la loro inosservanza da parte del membro tipico del gruppo<sup>38</sup>.

Tuttavia, prima di ragionare in termini di opportunità politico-criminale, cioè di coerenza del mezzo (l'intimidazione e l'irrogazione della sanzione penale) rispetto al fine (la tutela dei beni giuridici vita e salute psico-fisica), occorre verificare se la nozione di «imperizia» sia idonea a definire l'ambito applicativo di un regime eventualmente favorevole.

In verità, la «relatività» della distinzione fra negligenza, imprudenza e imperizia è già stata da tempo messa in luce da autorevole dottrina.

Tanto se l'imperizia nasca da uno stato di ignoranza delle nozioni necessarie per una data professione o arte, o di inabilità e inettitudine ad applicare quelle nozioni (sia poi o no il soggetto consapevole di queste sue mancanze); quanto se il soggetto, pur possedendo le cognizioni e le capacità richieste, in concreto non le applichi, ciò che verrà in considerazione per il giudizio (...) sarà sempre la obiettiva difformità tra la condotta posta in essere, e quella che le regole della professione o arte avrebbero prescritto.

In fin dei conti, concludeva *Marcello Gallo*,

data la struttura obiettiva delle qualifiche in esame [egli si riferiva a quelle indicate dall'art. 43 c.p., N.d.R.], l'imperizia non consiste in altro che in un'imprudenza o in una negligenza qualificata, a seconda che la regola tecnica violata prescriva l'astensione da una condotta o da alcune sue modalità, ovvero la realizzazione di un dato contegno positivo<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul piano comparato, questa finalità mista, general e special-preventiva, spiega ad esempio l'istituto della *imprudencia profesional* previsto dal c.p. spagnolo (Capitolo 4, § 1.2.3, cenni e riferimenti in nota).

<sup>38</sup> Sottolinea criticamente questa prospettiva, riferibile in generale alle attività professionali qualificate, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 561.

<sup>39</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 641. Analogamente, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 216.

Una componente variabile di «imperizia», quindi, sussisterebbe ogni qual volta il carattere colposo della condotta trovi origine in uno scarto fra il livello conoscitivo dell'agente-modello e quella dell'agente reale; ma anche nei casi in cui quest'ultimo non sia in grado di applicare le conoscenze necessarie pur possedute; e, infine, quando non sappia cogliere l'occasione di utilizzare le medesime.

Il problema, quindi, ancor prima di poter assumere una natura politico-criminale, cioè relativa alle ragioni che renderebbero teleologicamente opportuna una simile differenziazione (in senso favorevole al medico imperito), appare piuttosto di carattere concettuale, data la difficoltà – confermata anche dall'analisi comparatistica – di distinguere realmente la «imperizia» dalla «negligenza» e dalla «imprudenza», a seconda dei casi. Particolarmente significativo appare il fatto che anche altrove, segnatamente in Spagna, l'incertezza riguarda l'identificazione della «imperizia» con la colpa per ignoranza (o *in eligendo*) e/o con la colpa per errore esecutivo<sup>40</sup>; benché la tendenza appaia comunque quella di considerare meno intollerabile il secondo caso (l'errore esecutivo) rispetto al primo (la ignoranza delle regole dell'arte)<sup>41</sup>.

In fondo, sembra davvero difficile pensare che i doveri inerenti all'esercizio di una professione, per quanto «tecnici», non facciano mai proprie norme di prudenza o diligenza<sup>42</sup>. L'imperizia è quindi categoria normativa soltanto indicativa e, in quanto tale, incapace di fornire una qualificazione esaustiva di una concreta fattispecie colposa<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Non a caso, si chiede opportunamente R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., p. 245-6, se abbia senso distinguere fra attività di valutazione e attività di esecuzione, dato che «dal punto di vista tecnico esprimono comunque identica complessità».

<sup>41</sup> Come osservato in A. PERIN, *La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva*, cit., p. 884-5 e nt. 99.

<sup>42</sup> J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 24.

<sup>43</sup> Come ha osservato O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., p. 6 ss., nella «realtà dei casi complessi, il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta appare troppo sottile e quindi troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali».

Ciò nonostante, vigente la normativa *Gelli-Bianco* e data la necessità di definirne la portata applicativa, anche in base all'orientamento delle Sez. un. *Mariotti*, va apprezzato lo sforzo definitorio compiuto dalla Cassazione, dichiarandosi consapevole del «ri-

#### 2.4. La prevedibilità del «tipo di evento»

Assunta come ipotesi di lavoro la delineazione di un modello moderatamente deontico di colpa penale, che ammetta quindi ipotesi (vedremo quali) di colpa «residuale», si pone ora il problema di (ri-)definire anche l'oggetto del giudizio di prevedibilità, ovvero l'estremo dell'inferenza ricostruttiva dell'aspettativa di diligenza nel caso concreto: l'evento che possa dirsi prevedibile (cfr., per la giurisprudenza, nel Capitolo 4, §§ 2.2.3 e 2.3.2).

Un'opera di generalizzazione dell'evento è sempre inevitabile: qualora infatti ci riferissimo davvero all'evento naturalisticamente *hic et nunc*, questo non sarebbe praticamente mai imputabile. Esso è difficilmente conoscibile *ex post*, figuriamoci quando non si è ancora verificato (e questo non vale solo per la colpa, ma anche per il dolo)<sup>44</sup>.

Secondo un'impostazione ricorrente, il metodo di selezione dei c.d. «anelli causali intermedi» considerabili dovrebbe tenere conto della funzione assegnata alle regole cautelari, le quali non sarebbero concepite per impedire un tipo di evento, bensì soltanto determinate modalità di causazione dello stesso<sup>45</sup> (si fa chiaramente riferimento allo «scopo di protezione della norma», considerato nel Capitolo 2, § 2.4). Tali moda-

---

schio che venga qualificata dall'imputazione come negligenza o imprudenza una condotta che, pur presentando anche profili cui si confà tale qualificazione, ha nel proprio nucleo una imperizia». Si definisce quindi la *perizia* come «connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto; l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, propone in via elettiva errori determinati da imperizia, sicché l'eventuale negligenza o imprudenza deve essere accertata specificamente, in base a pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza»: Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2020 (dep. 18 maggio 2020), n. 15258, cit., p. 10-2 (corsivo originale).

<sup>44</sup> Cfr. al riguardo la distinzione in R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990, p. 40-4, tra circostanze dell'azione e conseguenze nell'esame della *intention* (forma di *mens rea* comparabile al dolo).

<sup>45</sup> Citando Engisch, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 141; ID., *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts*, in *ZStW*, 80, 1968, 915, p. 923; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 440.

lità sarebbero quelle di cui andrebbe verificata giudizialmente la *prefigurabilità* nella prospettiva dell'*homo eiusdem condicionis*, sì da ritenere che l'agente avrebbe potuto e quindi dovuto attivarsi (o astenersi) al fine di impedire le conseguenze lesive corrispondenti alle conoscenze nomologiche ritenute doverose<sup>46</sup>. La ri-descrizione dell'evento prevedibile andrebbe quindi realizzata considerando soltanto «quegli accadimenti ed aspetti ripetibili mancando i quali si dovrebbe dire che l'evento del tipo previsto dalla norma non si sarebbe verificato *hic* o non si sarebbe verificato *nunc*»<sup>47</sup>.

Quest'impostazione, nonostante il suo ancoraggio (garantistico) ad una nozione rigidamente naturalistica (nomologica) di prevedibilità,

---

<sup>46</sup> Queste le premesse logiche ed epistemiche del contributo di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 207 ss.: «la possibilità di riconoscere un fatto non ancora verificatosi è in sostanza la possibilità da parte di un determinato soggetto di rendersi conto della probabilità di verificazione di tale fatto» (p. 207); se «la spiegazione causale “mediante leggi” di un determinato accadimento è pur sempre una spiegazione a struttura probabilistica, sia perché la spiegazione non può avere carattere deduttivo, sia perché le leggi scientifiche sono leggi probabilistiche (...) anche il giudizio di possibilità-probabilità formulato *ex ante* deve appoggiarsi alle medesime “leggi di copertura” che *ex post* vengono utilizzate per la spiegazione di un accadimento concreto» (p. 210); «nei limiti quindi in cui il giudizio relativo alla “possibilità di riconoscere” la verifica del fatto presenta una struttura logica analoga a quella che accerta la possibilità probabilità *tout court* di una sua verificazione, anche per esso assume rilievo il riferimento a quelle “regolarità” fissate in leggi scientifiche o in regole d'esperienza che sono alla base del giudizio probabilistico (...). Dalla constatazione che il soggetto è dotato di determinate conoscenze si può dedurre (...) che egli, in una certa situazione, sarà in grado di pervenire a ulteriori conoscenze e dunque alla formulazione di un giudizio avente ad oggetto successioni causali non ancora realizzatesi» (p. 211). «Affinché le conoscenze nomologiche (...) possano concretamente orientare il comportamento del soggetto che ne sia dotato è necessaria un'esatta percezione della situazione concreta, che consenta di avvertire, *concretamente* appunto, come (...) possibili antecedenti di eventi dannosi o pericolosi, alla luce di regolarità fissate in leggi scientifiche o regole d'esperienza, le circostanze di fatto in cui l'agente si trova e la stessa condotta che egli si accinga a porre in essere» (p. 212).

<sup>47</sup> Si tratta della proposta ricostruttiva avanzata da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 264-5, e accolta da G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 439, il quale ulteriormente sottolinea che «dovrà trattarsi di decorsi causali “tipici”; decorsi, cioè, per la cui individuazione non ci si potrà che rifare a un criterio probabilistico».



offre in realtà all'interprete niente più che «principi direttivi suscettibili di ricevere adeguata concretizzazione solo tenendo conto delle peculiarità del caso di specie»<sup>48</sup>. Sicché l'evento (inteso non solo come lesione finale, ma anche come corso causale) deve essere ri-descritto escludendo quei «sotto-eventi» la cui imprevedibilità non dovrebbe *ragionevolmente* impedire l'addebito di colpa.

Casi noti e già citati nel corso dell'indagine mostrano l'indisponibilità di leggi scientifiche (o, meglio: enunciati che, su base empirica, definiscono correlazioni generali tra classi di eventi) così dettagliatamente caratterizzate da consentire l'operazione ricostruttiva (ri-descrittiva) su base nomologica.

Un esempio su tutti: l'enunciato che esprime la correlazione probabilistica fra esposizione alle fibre di amianto e insorgenza del mesotelioma pleurico corrisponde ad un'ipotesi scientifica tanto corroborata (oggi) da poter individuare, ai fini del penalista, una «legge scientifica»; eppure, la patogenesi della malattia presenta tuttora aspetti ignoti o controversi (Capitolo 4, § 2.3.1). Nondimeno, se *Tizio* sgretola una copertura di Eternit sotto il naso di *Caio*, la caratterizzazione del decorso causale secondo la legge scientifica di copertura e, così, la possibilità di rappresentarsi un evento più o meno *hic et nunc* ri-descritto considerando gli anelli causali tipici secondo il dato nomologico... non sembrano aspetti dotati di una rilevanza decisiva. *Tizio* non può rappresentarsi l'esatto decorso eziologico della malattia<sup>49</sup>. Però questo non impedisce che, qualora si verifichi l'evento, egli possa essere ritenuto responsabile perché *avrebbe dovuto sapere* che la sua condotta *avrebbe potuto provocare un gravissimo danno* (una *malattia mortale*, perché attualmente senza rimedi) *alla salute* di *Caio*.

L'irriducibilità dell'imputazione per colpa ad un giudizio marcatamente naturalistico («corpuscolare» e con base rigidamente nomologica) pare invero abbastanza evidente.

---

<sup>48</sup> A. MASSARO, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009/12, 4699, § 4.

<sup>49</sup> Le patologie umane non sono spiegabili né prevedibili in base a modelli causali lineari e deterministici, ma secondo correlazioni probabilistiche e «reti di causazione»: P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Milano, 1990, p. 11 ss.

Pensiamo ora all'imputazione dell'evento-morte del consumatore in capo allo spacciatore *in re illicita versatur* (ex art. 586 c.p.). Da qualche tempo, grazie alla dottrina e alla giurisprudenza più sensibili al principio di colpevolezza – anche sulla scorta del buon modello abolizionista spagnolo<sup>50</sup> –, è stata riconosciuta la necessità di ascrivere l'evento più grave non voluto dall'agente *almeno a titolo di colpa*<sup>51</sup>. Anche questo criterio minimo di imputazione si traduce però in un giudizio di prevedibilità ben lontano dal modello nomologico dell'evento *hic et nunc* e molto più vicino a quello del *tipo di evento*. Basti considerare gli indici fattuali che la stessa giurisprudenza ritiene sufficienti ai fini della prevedibilità «in concreto»: caratteristiche del cessionario quali l'alito vinoso, la fragilità fisica, l'essere consumatore di notevoli quantità di medicinali, il precario stato di salute o persino la giovane età...

È chiaro che condizionare il giudizio di colpa alla riconoscibilità di simili «indizi» significa rimproverare all'agente la prevedibilità (secondo indici di probabilità variabili e non pre-definibili) della semplice

---

<sup>50</sup> La soluzione del legislatore democratico del 1983 fu il modello misto dolo-colpa, ottenuto attraverso l'inserimento di una norma di portata generale, il *párrafo segundo* dell'art. 1 («No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiese causado, al menos, por culpa»), ispirato al § 56 StGB tedesco introdotto nel 1953. Il codice penale spagnolo del 1995 ribadisce che «no hay pena sin dolo o imprudencia» (art. 5) e non prevede fattispecie aggravate dall'evento. Questa soluzione è indicata come «modello» anche da F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 879 ss. Per una proposta interpretativa correttiva, che assume quell'insegnamento rispetto al reato di incendio aggravato dall'evento previsto nel c.p. cileno (art. 474, ult. co.), A. PERIN, T. VARGAS, *Incendio agravado. SCA de Santiago, 14/07/2017, Rol No. 1878-2017*, in T. VARGAS (a cura di), *Casos destacados. Derecho penal, Parte especial*, Santiago de Chile, 2018, 703, spec. p. 706 ss.

<sup>51</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., *passim*. In giurisprudenza (sulla scorta delle storiche sentenze della Corte costituzionale del 1988, n. 364 e 1085: «gli elementi significativi della fattispecie devono essere coperti almeno dalla colpa dell'agente»), Cass. pen., sez. un., 22 gennaio 2009 (dep. 29 maggio 2009), n. 22676, accoglie la tesi della *colpa in concreto*, per cui l'evento materialmente derivato dal fatto doloso va imputato in base ai medesimi criteri utilizzati per l'*ordinario giudizio di colpa*.

«morte come conseguenza dell'assunzione, da parte di un soggetto specifico, di una determinata dose di droga»<sup>52</sup>.

Questo stesso paradigma d'imputazione, per ragioni evidenti di analogia strutturale, viene ammesso da autorevole dottrina anche in relazione alla *colpa specifica*: l'evento si ritiene imputabile qualora, oltre alla *violazione della cautela*, sussista la *riconoscibilità del pericolo*<sup>53</sup>.

E allora: fino a che punto conta davvero la definizione scientifica di ciascuna sottocategoria di danno grave alla salute? Qualora sia dato sapere che l'esposizione alla sostanza *X* può determinare l'insorgenza della malattia mortale *Y*, è davvero determinante che la ricerca medica, per ragioni tutte proprie, abbia – per ora – scelto di distinguere (in base a talune caratterizzazioni dei processi eziologici, alle concause generiche o ambientali conosciute o ipotizzate, ai sintomi statisticamente riscontrati, alle terapie ipotizzabili, ecc.) fra *Y1*, *Y2*, *Y3*, ecc., potenzialmente all'infinito? In altri termini, concretizzando la riflessione: essendo noto fin dagli anni Cinquanta (anche al di fuori della comunità scientifica) che l'esposizione all'amianto può provocare il *cancro ai polmoni*, mi chiedo, che importanza ha – ai fini dell'imputazione penale – che solo dalla metà degli anni Sessanta sia stato raggiunto un generale accordo sulla correlazione amianto-mesotelioma, che altro non è se non *un tipo di tumore* che colpisce la membrana pleurica del polmone?

Quando ci chiediamo se l'angiosarcoma epatico o il mesotelioma pleurico fossero conseguenze prevedibili dell'uso di certe sostanze (il CVM e l'amianto, rispettivamente) in un dato periodo, ci affidiamo a definizioni suscettibili di alterazioni e modifiche che nulla hanno a che fare, mi sembra, con la valutazione in termini di rimproverabilità tipica del diritto penale<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Sul punto, v. il commento di F. BASILE, *L'alternativa fra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, cit., 699, p. 741-2, 748-50 (e i passi della sentenza *ivi* riportati).

<sup>53</sup> F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, cit, p. 187 ss.

<sup>54</sup> Senza considerare – aspetto che ci porterebbe troppo lontano – che la classificazione convenzionale di determinati «segni e sintomi» tramite il ricorso al concetto (affatto neutrale) di «patologia» risponde a logiche controverse anche all'interno della comunità scientifica. Indicativa della «normatività» – e quindi anche della relatività – delle definizioni accolte dalla medicina è, ad esempio, l'opera di «codificazione» delle

Non sarebbe corretto imputare per colpa l'insorgenza di *un tumore* potendosi soltanto ritenere rappresentabile l'insorgenza di *un'asbestosi*, su questo si deve essere d'accordo. Altra cosa è la scelta giurisprudenziale di imputare eventi pregiudizievoli che, ancorché di per sé non prevedibili, sono *da un punto di vista valutativo* (e non meramente biologico) del *medesimo tipo di quelli senza dubbio prevedibili*<sup>55</sup>.

Questa conclusione non riflette l'adozione del principio di precauzione. Si tratta invece di abbandonare metodi di giudizio che riflettono un atteggiamento naturalistico (corpuscolariano) strumentale ad un garantismo – francamente – selettivo.

Chiaramente, l'utilità del paradigma della prevedibilità *ex ante* dell'evento (più o meno) *hic et nunc*, una volta depurato dai suoi eccessi otto e novecenteschi, non va disconosciuta: una normativizzazione dell'oggetto del giudizio totalmente svincolata dalle informazioni predittive (esperienziali e nomologiche) e dai dati fattuali conoscibili e riconoscibili *ex ante* si tradurrebbe in un'estensione arbitraria, potenzialmente indiscriminata e quindi illegittima, della responsabilità colposa, capace soltanto di assecondare istanze retributive provenienti dal corpo sociale o non meglio definite finalità politico-criminali.

### 2.5. Il paradigma «paranoide». Un limite invalicabile

Il limite indicato a chiusura del paragrafo precedente è stato tuttavia superato in alcune pronunce giurisprudenziali in materia di disastri ambientali.

---

malattie mentali all'interno di sistemi diagnostici condivisi (le varie edizioni del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, DSM): sul punto, M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006/2, p. 539; M. GRECO, *op. cit.*, *passim*. Sottolinea «l'incessante e sovente impropria dilatazione delle patologie psichiatriche che vi sono contenute (oltre 400), col rischio (...) di aprire la strada alla patologizzazione del "normale"», C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare*, cit., p. 230-1.

<sup>55</sup> Analoghe aperture sul punto sono espresse anche da D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 144-5, il quale afferma che il *modello Petrolchimico* potrebbe risultare legittimo qualora le informazioni predittive indubbiamente proprie dell'agente-modello abbiano ad oggetto un evento «che, quantomeno, "contenga" quello effettivamente realizzatosi».

Come osservato, il Tribunale di L'Aquila, nel giudizio di primo grado del c.d. «processo *Grandi Rischi*», fissa un paradigma di imputazione per cui la scelta corretta (adeguata e diligente) sarebbe quella adottata rappresentandosi il peggiore scenario possibile (*worst-case scenario*), ancorché tale possibilità non risulti indicata da alcuna generalizzazione (scientificamente o altrimenti) predittiva (Capitolo 4, § 3.2).

Trattasi, come pure abbiamo anticipato, di un paradigma «paranoide», poiché fondato, non già sulla riconoscibilità dell'evento resa possibile da enunciati nomologico-predittivi e dalla rappresentabilità di segnali concreti di pericolo, ma sulla impossibilità di escludere un evento (come realizzazione eventualmente futura di un rischio attuale) dall'orizzonte di quelli *astrattamente possibili*. L'agente-modello sottinteso a questa idea di diligenza assumerebbe insomma, di fronte al rischio, lo stesso atteggiamento di ultravigilanza e sfiducia radicale, ancorché priva di fondamento empirico, che la «personalità paranoide» assume sul piano delle relazioni interpersonali<sup>56</sup>.

In dottrina si distinguono diverse interpretazioni del ragionamento svolto dal giudice monocratico nel caso in questione. Alcuni autori, ad esempio, sostengono che si tratterebbe di un'applicazione del principio di precauzione al giudizio d'imputazione per colpa. Ma la ragione che induce a rigettare questa interpretazione sta nel fatto che detto principio – pur con tutte le precisazioni già svolte (Capitolo 3, § 2.4) – esige per definizione una base scientifica per essere applicato, per quanto incerta, controversa, ecc., possa essere tale base conoscitiva<sup>57</sup>. Invece, nel caso in questione nessuna base nomologica (neppure bisognosa di ulteriori conferme...) avrebbe consentito di rappresentarsi un evento del tipo di quello verificatosi.

La spiegazione del giudizio in esame potrebbe risiedere anche nella sopravvalutazione, a livello di precomprensione, di ciò che gli scienziati possono e quindi dovrebbero fare in simili situazioni. Di nuovo – lo abbiamo già notato nel corso dello studio –, si commette l'errore di cre-

---

<sup>56</sup> Quella di «disturbo paranoide di personalità» in psicologia è nozione non certo priva di ambiguità, ma spunti utili possono ricavarsi dal recente studio di R.J. LEE, *Mistrustful and Misunderstood: a Review of Paranoid Personality Disorder*, in *Curr. Behav. Neurosci. Rep.*, 2017, 4, p. 151.

<sup>57</sup> In particolare, A. CORTINA, *op. cit.*, cit., p. 13.

dere che il sapere scientifico, in quanto sapere «forte» (empirico e quindi presumibilmente immune a contaminazioni valutative), sia in grado, di per sé, di indicare al diritto la via da seguire.

La definizione di una strategia preventiva richiede invece un processo di «co-produzione». Quindi, non basta disporre di enunciati (statistiche, correlazioni probabilistiche o altro) per stabilire come dobbiamo comportarci. Non spetta allo scienziato redigere il protocollo (cfr. quanto concluso *supra*, § 2.2).

Ciò che accade è che si sopravvaluta il ruolo dello scienziato o dell'esperto di settore in sede di *risk management*. Un simile atteggiamento, eventualmente rilevante a livello di «precomprensione» (Capitolo 1, § 2.1), può avere indotto il giudice ad assumere un principio già emerso nella giurisprudenza di legittimità in materia di colpa per disastri ambientali (Capitolo 4, § 3.1). Un ragionamento che conferma comunque anche una certa tendenza a giudicare con il senno del poi, affermando in sede giudiziale aspettative di diligenza forgiate su etiche della responsabilità svincolate dalla necessità di fornire una base conoscitiva al parametro normativo di riferimento<sup>58</sup>.

Ma in questo modo, oltre a suggerire condotte «alternative diligenti» che non offrono un buon servizio alla comunità<sup>59</sup>, poiché, al contrario, si inducono atteggiamenti di *governo difensivo* – e inefficace – del rischio (un po' come accade in medicina), si priva la colpa dei contrassegni di un giudizio normativo parametrato su un «tipo di diligenza»<sup>60</sup>, lasciando l'agente del tutto solo (sprovvisto di criteri comportamentali di riferimento) di fronte alla responsabilità di «scelte talora tragiche»<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> A. PERIN, *When Risk Management Systems «Fail»*, cit., spec. p. 213, 218 ss.

<sup>59</sup> «Significherebbe tenere un livello di allerta costante per settimane o mesi, in molte regioni d'Italia contemporaneamente, con sistematiche evacuazioni (...) per periodi la cui durata verrebbe decisa arbitrariamente»: A. AMATO, F. GALADINI, *op. cit.*, p. 13, 25 ss.

<sup>60</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73 ss.

<sup>61</sup> D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 146, richiamando il dibattito intorno alla *tragic choice* come concetto giuridico. A quanto detto, per inciso, si può aggiungere che far ricadere la responsabilità per eventi di questo genere su singoli tecnici o amministratori, sapendo benissimo che il disastro è riconducibile a scelte politiche effettuate nel corso di decenni, cozza chiaramente contro il principio di giustizia sostanziale. Ci si riferisce naturalmente alla vulnerabilità degli edifici

### 3. La distinzione fra regole cautelari «tipiche» (predeterminate) e aspettative di diligenza «atipiche» (definite in sede di giudizio)

Nei casi in cui il contenuto del dovere di diligenza può determinarsi facendo ricorso alle regole applicabili a casi «tipici o somiglianti», facendo cioè riferimento a quell'insieme di «regole tecniche o procedimenti» che, in alcuni settori professionali, si è soliti denominare *leges artis*<sup>62</sup>, il giudizio valido a qualificare la condotta come tipica-colposa si risolve nella valutazione – affidata inevitabilmente al giudice – relativa alla riconoscibilità dell'occasione (*Anlass*) di applicare quella regola<sup>63</sup>.

Tuttavia, l'inosservanza di un modello comportamentale concepito ed eventualmente «codificato» in relazione a situazioni di rischio induttivamente tipiche «non implica ancora una violazione del dovere di diligenza»<sup>64</sup>, poiché, al contrario,

talvolta (situazioni atipiche), l'adempimento del dovere di diligenza può richiedere di allontanarsi dalla *lex artis* generalmente accettata nel

---

che, nel caso de L'Aquila, fu la causa principale del disastro in termini di vittime. Sul punto, tra gli altri, A. FIORITTO, *op. cit.*, *passim*; G. FORNASARI, G. INSOLERA, *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in A. AMATO, A. CERASE, F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 7 ss.

<sup>62</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 269; ID., *El tipo del delito de acción imprudente*, in C.M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE, M.A. BOLDOVA PASAMAR (a cura di), *Derecho penal. Parte general. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Granada, 2016, 133, p. 139-40.

<sup>63</sup> Si veda al riguardo il contributo di D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *disCrimen*, 8 maggio 2019, p. 1 ss., spec. p. 33 ss., il quale, ancorché in difesa di una teoria normativa rigidamente prasseologica, sottolinea opportunamente l'importanza della considerazione dell'occasione di attivarsi (*Anlass*) per garantire la personalità del rimprovero per colpa. Su questo punto ci concentreremo in seguito (Capitolo 7, § 5).

<sup>64</sup> «Benché frequentemente sia indizio di esso»: C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 271; analogamente, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 104 ss.; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 146.

caso concreto e di ricorrere al criterio indicato da ciò che farebbe il professionista prudente in una situazione analoga<sup>65</sup>.

Queste osservazioni hanno già il pregio di suggerire soluzioni criteriologiche generali, funzionali ad un recupero quantomeno parziale delle legittime aspirazioni ad un modello di colpa ancorato alla violazione di regole modali predeterminate, ma non per questo piegato ad una rigida e totalizzante «procedimentalizzazione» di qualunque attività. Ciò ci avvicina all'obiettivo che ci siamo posti all'inizio del capitolo: chiederci quando, in concreto, *l'adeguamento dell'agente a un dover-essere non prestabilito possa ritenersi tanto esigibile quanto l'osservanza di una cautela positiva determinata o già riconosciuta come «valida» nel contesto sociale e professionale di riferimento.*

In taluni casi, si è detto, il dovere di diligenza può coincidere con modelli comportamentali corrispondenti a *leges artis*. Nel caso della medicina, potrà dunque trattarsi di regole cautelari codificate e reperibili all'interno di linee-guida sufficientemente dettagliate e aventi carattere precettivo, o di tecniche diagnostiche o terapeutiche dotate, a prescindere dalla forma scritta, di attuale<sup>66</sup> riconoscimento presso l'ambito

---

<sup>65</sup> A. JORGE-BARREIRO, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, cit., p. 151; C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., II, p. 271-2; analogamente, E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 146; M.A. RUEDA MARTÍN, *op. cit.*, p. 48 ss.

Sul concetto di *lex artis*, cfr. però J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 45 ss., dove la locuzione riflette quella sintetica e normativa di “rischio consentito”, indicando genericamente i margini di libertà di azione del medico (modello) in relazione alle circostanze del caso concreto, lasciando così parimenti “in sospeso” il problema della concretizzazione del dovere di diligenza. All'estremo opposto, J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcellona, 1998, p. 170, secondo il quale con *lex artis* potremmo solo riferirci, “dove esista, a massime di riconoscimento generale, senza che queste possano essere determinate per iniziativa individuale del professionista in base alla libertà terapeutica” (trad. propria).

<sup>66</sup> Sulla inevitabile dinamicità delle *leges artis*, specie in relazione all'attività medica, H. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 149; EAD., *La imprudencia médica*, cit., p. 57 ss.



professionale di riferimento (ad esempio, protocolli e buone pratiche)<sup>67</sup>. Il concetto di *lex artis* indicherebbe quindi quelle stesse regole modali che, secondo i difensori della concezione prasseologica, dovrebbero esaurire la gamma delle norme di diligenza, prudenza e perizia penalmente rilevanti.

Quando ci si riferisce a «standard di condotta per situazioni prefigurate»<sup>68</sup> o alle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»<sup>69</sup>, infatti, si fa comunque riferimento a ipotesi di «rischio (...) “tipizzabile” con riferimento ad una media statisticamente vagliata»<sup>70</sup>; ovvero a regole cautelari predeterminate, e dunque «tipiche» (opzione terminologica che manterrò da qui in avanti) sotto il duplice profilo sociologico e teleologico: norme di condotta, scritte e non, dotate di riconoscimento, attuale consenso e, di conseguenza, di un ambito di protezione predefinito dall'esperienza<sup>71</sup>.

Il nostro punto di partenza consiste quindi nel riconoscere *intrinsicamente* alle regole cautelari, codificate e non, già adottate in un determinato ambito sociale e professionale. Quando, però, in ragione delle peculiarità della vicenda concreta, non siano disponibili adeguati modelli comportamentali standardizzati, piuttosto che rinunciare a priori all'intervento penale, ciò che si propone è di valorizzare, generalizzandolo, un criterio di gravità ispirato a quello della «speciale difficoltà»,

---

<sup>67</sup> Il problema dell'individuazione delle fonti aventi reale portata cautelare e disciplinare resta naturalmente aperto e particolarmente complesso, nonostante quanto preveda oggi la riforma *Gelli-Bianco* (Capitolo 4, 1.3.3), ossia la previsione di un sistema di certificazione per quelle linee-guida che potranno essere considerate (dai medici e dai giudici) come fonti di eterointegrazione del dovere di diligenza. Per tutti, già prima, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 62 ss., 177 ss.; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., p. 216 ss.

<sup>68</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 273 ss., e II, p. 268 ss., spec. 271-2 (rievocando una terminologia già utilizzata da H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (11<sup>a</sup> ed.), cit., p. 184.) (trad. propria).

<sup>69</sup> F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., spec. p. 165 ss.

<sup>70</sup> A.R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 750-1.

<sup>71</sup> Più in generale, sul rapporto fra «riconoscimento» e «validità» delle regole giuridiche, cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Oxford, 1994, p. 100 ss.

contemplato dall'art. 2236 del codice civile italiano<sup>72</sup>, noto alla giurisprudenza e già adottato in prospettiva di riforma penale<sup>73</sup>.

Si tratta dello stesso criterio sotteso alla interpretazione moderatamente deontica della riforma *Balduzzi* (Capitolo 4, § 1.3.2), quando si è osservato che il significato complessivo di tale impostazione poteva essere quello di riconoscere la *maggior difficoltà* o, se si vuole, la *minor esigibilità* sottesa all'adozione di una pratica inusuale ma giudicata doverosa, laddove già esiste una regola di riferimento sulla quale l'agente dovrebbe poter fare (relativo) affidamento. Il che equivale a riconoscere che neppure l'opportunità di ricorrere a *leges artis* o a regole standard esclude necessariamente il dovere del professionista, se del caso, di scegliere percorsi diagnostici e/o terapeutici alternativi in ragione della evoluzione della scienza e della tecnica, e/o alle particolarità del caso clinico. Tuttavia, a garanzia dell'imputato, il dovere di scegliere ed aggiornare la cautela doverosa dovrebbe riflettersi nell'onere del giudice di tenere conto della *maggior difficoltà* sottesa alla necessità di adottare una condotta diversa da quella generalmente indicata, cioè «atipica», e quindi il minor grado di esigibilità della pretesa.

Accettando la punibilità per l'inosservanza di aspettative di diligenza «atipiche» si corre il rischio di assecondare le crescenti aspettative sociali in senso retributivo, dove non esplicitamente vendicativo, trasformando l'*ultima ratio* del sistema in un mero strumento di riparazione<sup>74</sup>. Questo problema è stato osservato non solo rispetto alla medicina,

---

<sup>72</sup> Fra le ipotesi «speciali» riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 2236 del codice civile italiano, ad esempio, alcuni autori contemplavano le seguenti: casi di *sintomatologia non chiara*, capace di determinare errori di apprezzamento; casi di *gravi incertezze sull'eziologia della malattia*; casi «eccezionali» perché non ancora adeguatamente studiati e sperimentati, o per essere stati oggetto di *dibattiti scientifici recenti* e per molti versi controversi (A.R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 750); tutte circostanze nelle quali il «protocollo» potrebbe risultare inservibile oppure venire erroneamente applicato.

<sup>73</sup> Nel *Progetto-Riz* di riforma del Libro I del codice penale (d.d.l. 2038, 2 agosto 1995) si introduceva la previsione secondo cui (art. 39) «se l'evento è conseguenza di prestazione d'opera che implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'imperizia deve essere grave». Al riguardo, D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 255 ss.

<sup>74</sup> F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 152, 165.

ma anche ad altri settori ed attività: in particolare, la sicurezza nei luoghi di lavoro e la circolazione stradale<sup>75</sup>. Pertanto, proprio in questi casi occorre disporre di un criterio di valutazione che induca il giudice – al quale volenti o nolenti il giudizio di colpa compete, ma sul quale ricade un corrispondente onere di motivazione – a valorizzare l’eterogeneità strutturale (anche dal punto di vista dell’agente, destinatario della norma e del messaggio intimidatorio della sanzione) della colpa per mancato adeguamento ad *aspettative di condotta parametrize su un agente ideale* (regole «atipiche», cioè *determinabili solo in sede di giudizio*) rispetto alla colpa per violazione di regole «tipiche» (*predefinite dall’esperienza*).

La distinzione proposta – la cui *validità estrinseca*, in quanto utile a consentire di tracciare il modello di colpa proposto, dovrà essere corroborata di qui in avanti –, non coincide con quella fra «colpa generica» e «colpa specifica»<sup>76</sup>. La colpa generica infatti non implica necessariamente l’accettazione di regole cautelari «atipiche», potendosi limitare a

---

<sup>75</sup> V. ad es. D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 323, spec. p. 346-7, con riferimento al principio di diritto «Porto Marghera» applicato in materia di infortuni. Ciò avviene ad es. in Cass. pen., sez. IV, 19.12.2011, n. 46819, commentata in A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012/2, 105, spec. p. 106-8. Altro settore sensibile è quello della colpa stradale, rispetto al quale la tendenza a oggettivizzare la colpa è stata più evidente negli ultimi anni. In argomento, A. MENGHINI, *L’omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Trento, 2016. In un senso politico-criminalmente analogo, in Spagna, la *Ley orgánica 1/2019* ha introdotto presunzioni di *culpa grave* in determinate ipotesi di colpa nella conduzione di veicoli motorizzati; lo stesso vale per il Cile, dove la *Ley del Tránsito*, 18.290 del 1984, ha subito negli ultimi anni numerose riforme. Tra le più recenti, quelle introdotte con la c.d. *Ley Emilia* del 2014, che prevede notevoli aumenti di pena, e la l. 20.580 del 2012, che diminuisce il tasso alcolico che fa scattare il regime applicabile alla «guida in stato di ebbrezza» e alla «guida sotto l’influenza dell’alcool» (presunzioni legali, sanzione di pericoli astratti e aumenti di pena). Per ulteriori dettagli, T. VARGAS, *La progresiva «objetivación» de la responsabilidad penal a raíz de recientes modificaciones a la ley del tránsito*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 489.

<sup>76</sup> Per tutti, su tale distinzione, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., spec. p. 61 ss., 139 ss.

comprendere le ipotesi di infrazione di regole «tipiche» non positivizzate (prassi di diligenza), come dimostra la dottrina «prasseologica».

Alcuni autori hanno sostenuto che, anche in relazione alla classificazione tradizionale, agganciata al tenore letterale dell'art. 43 c.p., il differente grado di reperibilità o riconoscibilità della norma potrebbe tradursi in criteri di giudizio differenziati<sup>77</sup>. Ma la distinzione fra regole predefinite e non predefinite (in questo senso, «tipiche» e «atipiche»), a differenza della precedente, consentirebbe di valorizzare le forti analogie esistenti fra le *regole scritte* (e «rigide») e le *norme di condotta ampiamente in «uso» nel corpo sociale o nel contesto professionale di riferimento*, riconducendole ad un'unica categoria concettuale, funzionale a definire in termini comparativi i margini della tipicità colposa (Capitolo 7, § 3).

#### 4. Basi per una pars construens. Verso la conferma dell'ipotesi

Se la normatività della colpa, come si è inteso suggerire, non si lascia imbrigliare da regole standard o parametri tecnici, potendo venire in causa ipotesi di responsabilità dovute all'inosservanza di aspettative di condotte «atipiche» (non predefinite, di definizione giudiziale), si ripropone il problema del parametro che consente al giudice di determinare il contenuto normativo dell'aspettativa di diligenza.

Nel corso del Novecento, la dottrina ha avvertito che, pur adottando una misura oggettiva di diligenza, occorre nondimeno procedere per differenziazioni progressive. Infatti, se da un lato la funzione regolativa del diritto e quella orientativa del precetto impongono di generalizzare il parametro di valutazione e di stabilire norme di condotta tendenzialmente valide *erga omnes*, dall'altro il ricorso ad un ipotetico agente-

---

<sup>77</sup> F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 187 ss., il quale, evidenziando l'eterogeneità strutturale fra colpa generica e colpa specifica, ritiene che nel primo caso (che comprende le inosservanze di regole cautelari «aperte», ovvero elastiche) il giudizio di colpa dovrebbe consistere nella valutazione circa la prevedibilità dell'evento *hic et nunc* da parte dell'agente modello e della esigibilità dell'adeguamento al dovere obiettivo, mentre nel secondo, oltre alla verifica della violazione della cautela prestabilita, basterebbe accertare la prevedibilità del pericolo.

modello indifferenziato non potrebbe adattarsi alle innumerevoli articolazioni della *vita relazionale* e alle sempre più numerose distinzioni tra tipi sociali e professionali esistenti<sup>78</sup>.

Si giunse così alla figura dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*<sup>79</sup>, chiamata a definire la misura di diligenza indispensabile nelle relazioni o «nei traffici»<sup>80</sup>; una figura che, a differenza dei vecchi parametri indifferenziati dell'uomo accortissimo, del *pater familias*, dell'*homo diligens*, dell'uomo medio, ecc., sta ad indicare le particolari capacità e conoscenze «che è *ragionevole presumere* in ogni individuo a seconda della sua posizione ed estrazione sociale»<sup>81</sup>, in relazione cioè al tipo di attività, al settore professionale, ecc., di volta in volta considerati.

A questo punto, però, si pone un altro problema: quello di fissare un *limite* al processo di concretizzazione/individualizzazione, tracciando un confine fra illiceità e colpevolezza colposa<sup>82</sup>. Il passaggio dall'agente-modello indifferenziato al parametro normativo differenziato si realizza così in base ad un principio normativo capace di indicare quel confine. Si tratta della fondamentale «idea regolativa» secondo cui «(...) ognuno deve poter fidare sul fatto che nella vita di relazione ogni altro agisca con la diligenza propria del normale appartenente alla cerchia di rapporti di cui di volta in volta si tratta»<sup>83</sup>: il c.d. «principio di affidamento» (*Vertrauensgrundsatz*)<sup>84</sup>. Posto infatti che

---

<sup>78</sup> G. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 198; G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 296 ss.

<sup>79</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, p. 194 ss.

<sup>80</sup> H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 7 ss., spec. 15 ss., 18.

<sup>81</sup> G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 298 ss. (corsivo non originale).

<sup>82</sup> Sulla opportunità di «trattare la distinzione tra oggettivo e soggettivo del reato non alla stregua di una distinzione oppositiva “dicotomica” (...); ma piuttosto come una distinzione oppositiva “polare”», ancora D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 516 ss. (517).

<sup>83</sup> G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 307 (citando *Deutsch*).

<sup>84</sup> Si rinvia alla bibliografia segnalata nel prossimo capitolo.

con l'agire in determinati "gruppi di attività" si garantisce obiettivamente (...) di essere in grado di prestare la "diligenza" secondo lo standard proprio del gruppo, ne deriva che gli altri consociati possono orientare e *regolare* il loro comportamento in base alle caratteristiche tipiche del gruppo: possono cioè contare sul fatto che chi rivela la sua appartenenza a un determinato circolo di rapporti, si comporterà secondo lo standard dell'ordinario appartenente a quel circolo (...)<sup>85</sup>.

Nel prossimo capitolo, riprendendo l'intuizione di *Marinucci* (ancora non del tutto valorizzata, quanto alla sua portata normologica, nella pur intensa discussione recente), valuteremo l'efficacia regolativa di questo principio e la validità dell'ipotesi avanzata in questo capitolo, a partire dalla classificazione presentata (sintetizzata nel paragrafo precedente), con l'obiettivo di definire un metodo d'imputazione deontico e liberale. Ovvero: che assuma come *regola* l'inosservanza di cautele «tipiche», e solo come *eccezione*, qualora *altrettanto grave*, l'inosservanza di aspettative di prudenza «atipiche».

---

<sup>85</sup> "(...) a meno che le circostanze del caso concreto, non siano di natura tale da far ritenere il contrario": G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 198-9. Esiste invero – come vedremo – un dibattito sull'esatta configurazione di questa eccezione; in particolare, se basti la *riconoscibilità* o se sia necessaria la *rappresentazione effettiva* di indizi circa l'altrui inosservanza. Ci pronunceremo su questo punto delineando i tratti fondamentali del nostro modello (Capitolo 7).

## CAPITOLO SESTO

### LA DIMENSIONE RELAZIONALE DEL DOVERE DI DILIGENZA

#### CONFERMA NORMATIVA DELL'IPOTESI

**SOMMARIO:** *1. Il parametro di diligenza e la ricerca di un criterio regolativo del tipo colposo. Il principio di affidamento? 2. Il «principio di affidamento» nella teoria del reato colposo. 2.1. Le origini del Vertrauensgrundsatz e il dibattito sul suo fondamento. 2.2. Fondamento e configurazione dogmatica dell'affidamento: fra «rischio consentito» (colpa) e «autoresponsabilità» (imputazione oggettiva dell'evento). 2.3. Condizioni e limiti dell'affidamento legittimo. 2.3.1. L'agire diligente. 2.3.2. La riconoscibilità della condotta non diligente del terzo. 2.3.3. La posizione di garanzia. 3. L'operatività dell'affidamento quale criterio di delimitazione della responsabilità colposa relazionale. Excursus comparatistico. 3.1. La circolazione stradale: tra «culpa in re ipsa» (versari in re illicita) e colpa in concreto. 3.1.1. Il recepimento del principio de confianza nella giurisprudenza spagnola. 3.1.2. L'adeguamento della giurisprudenza italiana di legittimità. 3.1.3. Esclusione o riduzione del grado della colpa? 3.2. L'attività medica di équipe. 3.2.1. Tensioni fra legittimo affidamento e obblighi di controllo reciproco. 3.2.2. Relazioni orizzontali (o paritarie). 3.2.3. Relazioni gerarchiche. 3.2.4. Valutazioni su affidamento e colpa nel settore medico-chirurgico. 3.3. La sicurezza nei luoghi di lavoro. 3.3.1. Il contributo della vittima e l'imputazione dell'evento al datore di lavoro. 3.3.2. L'esperienza italiana. 3.3.2.1. La distribuzione del dovere generale di prevenzione nella disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro. 3.3.2.2. L'orientamento giurisprudenziale tradizionale: l'interruzione del nesso causale. 3.3.2.3. Riconoscimenti della rilevanza del contributo della vittima: degradazione della colpa datoriale o legittimo affidamento? 3.3.3. L'esperienza spagnola. 3.3.3.1. Il doppio binario sanzionatorio previsto dal codice penale spagnolo. Quale spazio di rilevanza per il contributo della vittima? 3.3.3.2. Il «concorso di colpe»: la diminuzione del grado della colpa del responsabile della sicurezza. 3.3.3.3. «Principio di sfiducia» e «autoesposizione al pericolo» della vittima: l'interruzione del nesso di imputazione (obiettiva dell'evento). 3.3.3.4. La diligenza altrui come aspettativa legittima: spazio al principio di affidamento? 3.3.4. Sintesi comparatistica. 3.3.5. Disvalore della condotta (ex ante) vs. imputazione oggettiva dell'evento (ex post): matrici dottrinali degli orientamenti giurisprudenziali tradizionalmente prevalenti. 3.3.5.1. La*

*prevedibilità dell'evento tra causalità e colpa. 3.3.5.2. La «autoesposizione al pericolo» della vittima nella teoria della imputazione oggettiva dell'evento. Un criterio di giudizio valido in materia di responsabilità datoriale? 3.3.5.3. Conclusione particolare. La responsabilità del garante della sicurezza: fra doveri «primari» di formazione e informazione e dovere «secondario» e «relazionale» di vigilanza nei confronti del lavoratore. 4. Conclusione generale. L'aspettativa di diligenza come limite normativo «tipico» della responsabilità colposa relazionale. Il dovere di diligenza «relazionale» come regola cautelare «atipica».*

### *1. Il parametro di diligenza e la ricerca di un criterio regolativo del tipo colposo. Il principio di affidamento?*

La difficoltà in cui incorre la dottrina deontica quando si tratta di determinare i caratteri del parametro di diligenza si riflette nel dibattito intorno alla definizione del confine fra illiceità e colpevolezza colposa<sup>1</sup>. Riprendiamo quindi il problema accennato nel chiudere il capitolo precedente (Capitolo 5, § 4).

Sul fronte oggettivista, c'è chi ritiene di poter definire la pretesa comportamentale ricorrendo ad un parametro generalizzante la cui costruzione normativa tenga conto anche delle eventuali «superiori capacità» o delle «speciali conoscenze» nomologiche del soggetto agente (essendo comunque rilevanti tutte quelle attinenti all'occasione di attivarsi, *Anlass*)<sup>2</sup>. A questa posizione, però, si oppone l'osservazione secondo cui il riferimento ad una misura oggettiva elevata, all'occor-

---

<sup>1</sup> Sul punto, anche per ulteriori riferimenti: G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 280 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, cit., p. 4 ss.; A. GIL GIL, *op. cit.*, p. 123 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 441 ss. Sull'emersione di un dibattito analogo in seno alla risalente teoria della causalità adeguata, cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 38 ss.

<sup>2</sup> Così, ad es., M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 195 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 457 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1997 (3<sup>a</sup> ed.), I, p. 27 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 266-8; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 145 ss.; J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 257 ss., 408 ss.; J. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, p. 142.



renza, dalle migliori qualità dell'individuo si tradurrebbe in un incoerente e strumentale cedimento di tipo soggettivista<sup>3</sup>. A tale considerazione si replica che quelle stesse caratteristiche individuali potrebbero a loro volta rappresentare, quando minimamente generalizzabili, una più elevata misura oggettiva, ovvero una nuova sub-categoria di agenti-modello<sup>4</sup>. Così, ad esempio, la responsabilità del luminare in chirurgia ortopedica che non abbia messo in pratica le sue riconosciute e rinomate capacità e competenze (ipoteticamente superiori a quelle dell'ordinario specialista) potrebbe fondarsi sul nuovo parametro... del «luminare-modello»; e via dicendo.

Questo stesso dibattito si concentra poi sulle «inferiori capacità» dell'agente concreto. Per i soggettivisti, che, muovendo dal rifiuto delle più risalenti teorie generalizzanti basate sui parametri dell'uomo medio e del «buon padre di famiglia», sostengono l'adozione di un (unico) parametro individualizzante, esse possono giustificare l'esclusione dell'illecito<sup>5</sup>; mentre per gli oggettivisti potrebbero assumere rilevanza sul piano della colpevolezza (la «misura soggettiva» della colpa, secondo l'impostazione già segnalata nel Capitolo 2, § 2.6, e nel Capitolo 3, § 3.4, ma sulla quale torneremo criticamente nel Capitolo 7, § 2.4), risolvendosi la questione in una scelta di collocazione sistematica, so-

---

<sup>3</sup> Sul punto, J.L. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, *Sobre la consideración de los «conocimientos especiales» del sujeto en el juicio objetivo de peligro*, in *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, Buenos Aires, 2011, 627, p. 640 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 196; C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 267; M. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 382 ss.; secondo svolgimenti argomentativi in parte divergenti, ma giungendo a conclusioni sostanzialmente analoghe, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 456 ss. Ondivago, ma tendenzialmente restio ad ammettere l'ingresso delle «superiori capacità» dell'agente nel giudizio di tipicità, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 269-71, spec. 274 ss., il quale sottolinea in questo modo lo stretto legame fra *Mafßfigur* e principio di affidamento (*infra*, § 4).

<sup>5</sup> Cfr. G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 29, 3, 1986, p. 635 ss.; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, in *ADPCP*, 1984/2, p. 321 ss.; A. VAN WEEZEL, *Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes*, in *RCHD*, 26, 2, 1999, p. 323 ss.

stanzialmente irrilevante sul piano penalistico (ma non necessariamente priva di effetti su quello riparatorio, qualora il fatto-tipico sussista)<sup>6</sup>.

Ma la necessità di individuare un criterio regolativo non si presenta soltanto nell'ottica della teoria bidimensionale della colpa. Ammettendo, come da ipotesi (Capitolo 5, § 3), margini di colpa per inosservanza di aspettative di diligenza «atipiche», dovremmo stabilire a quali condizioni il mancato adeguamento ad una aspettativa di comportamento non predeterminata, e non altrimenti (pre-)definibile se non nel corso del giudizio e per mano del giudice, possa giustificare un'imputazione di responsabilità. In altri termini: quando *l'adeguamento dell'agente a un dover-essere non altrimenti prestabilito* possa ritenersi *tanto esigibile quanto l'osservanza di una cautela positiva determinata o già riconosciuta come valida nel contesto sociale e professionale di riferimento* (Capitolo 5, § 4).

L'impostazione suggerita impone quindi di dotare di legittimità normologica le regole cautelari che abbiamo definito «tipiche», in quanto idonee a indicare un parametro di esigibilità oggettiva utile a segnare i margini di rilevanza penale della colpa in generale. Si tratta di capire se il principio di affidamento sia in grado di assumere questa valenza regolativa.

## 2. Il «principio di affidamento» nella teoria del reato colposo

### 2.1. Le origini del *Vertrauensgrundsatz* e il dibattito sul suo fondamento

L'introduzione nel dibattito penalistico dell'espressione *Vertrauensgrundsatz*<sup>7</sup> si deve al contributo di un penalista tedesco, *Hermann Gül-*

---

<sup>6</sup> A meno che non ci si attenga ad una bi-partizione interna al *Tatbestand* fra «tipo oggettivo» e «tipo soggettivo» che subordini l'esistenza del fatto-colposo ad entrambe le dimensioni. Cfr. ad es., in altre esperienze, la costruzione neo-finalista di J.L. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, *op. cit.*, p. 646 ss., e quelle di M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 145 ss.; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010, p. 286-8; C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012, p. 151 ss.

de, che nel 1938 discusse l'opportunità di imporre o meno il dovere di mettere in conto le eventuali inosservanze altrui nel contesto della circolazione stradale<sup>8</sup>. A tale questione, che non poteva che riverberarsi sull'estensione del dovere di diligenza richiesto al singolo agente, l'autore diede una soluzione di segno negativo, riconoscendo la generale facoltà di presumere che ciascun altro si sarebbe attenuto ai propri doveri, a meno che un'inosservanza non fosse *nota* oppure *riconoscibile*<sup>9</sup>.

Il fondamento assiologico (e ideologico) del principio è stato discusso proprio in ragione della sua origine dottrinale. Nell'ottica della società tedesca degli anni Trenta del secolo scorso, infatti, la presunzione (sia pur *relativa*) di diligenza sottesa al *Vertrauensgrundsatz* apparve ad alcuni la coerente traduzione di un *principio d'ordine*. Attendarsi il contrario, si è osservato, avrebbe significato «postulare negli altri componenti della collettività non già l'osservanza delle norme, ma esattamente il suo contrario, *id est* la loro violazione»<sup>10</sup>. Dalla tutela dell'aspettativa, quindi, sarebbe stato possibile estrapolare un *messaggio pedagogico*, un'intimazione all'osservanza capace però al contempo di tradursi in corrispondenti limitazioni del dovere personale a beneficio

---

<sup>7</sup> In argomento, K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Berlin, 1980; B. BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlin, 1996; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit.; B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, in *RDPC*, 2000/1 (n.e.), 93; M. HANNES, *Der Vertrauensgrundsatz bei arbeitsteiligem Verhalten*, Aachen, 2002; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*; S.F. ABRALDES, *op. cit.*

<sup>8</sup> H. GÜLDE, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, in *JW*, 1938, p. 2785. Il principio di affidamento viene proposto come «criterio-guida» o come «idea ispiratrice» del diritto della circolazione stradale.

<sup>9</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 12-4, osserva come sui limiti del legittimo affidamento, *Gülde* si esprimesse in modo ambiguo, «richiedendo, a poche righe di distanza del suo lavoro, prima che l'altrui violazione fosse conosciuta, poi (...) che fosse semplicemente riconoscibile (...)».

<sup>10</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 12. Cfr. K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, spec. p. 33, 120 ss.

dei soli soggetti ottemperanti. Una sorta di *premio* per i cittadini *fedeli al diritto*<sup>11</sup>.

Chiariremo fra poco che il criterio limitativo in cui si traduce il meccanismo normativo dell'affidamento sottende, al contrario, un principio liberale.

Ad ogni modo, come risulta dalle indagini sui profili storici dell'istituto, una sorta di affidamento legittimo iniziò ad essere riconosciuto in giurisprudenza già nella seconda metà degli anni Venti. Ai conducenti con diritto di precedenza (ma, si badi bene, solo in questi casi) si consentiva di non considerare la possibilità – *astrattamente prevedibile* – che altri partecipanti al traffico stradale non lo rispettassero, salvo che l'inottemperanza del terzo non fosse *riconoscibile nel caso concreto*<sup>12</sup>.

Una spinta decisiva verso il riconoscimento in termini generali della facoltà di fare affidamento sulla diligenza degli altri conducenti arrivò però dalla dottrina<sup>13</sup>. Si chiedeva *Exner* in che misura potesse essere contrario al dovere di diligenza il fatto di riporre affidamento nella condotta corretta dei terzi<sup>14</sup>. A suo giudizio, l'atteggiamento restrittivo tenuto dalla giurisprudenza al di fuori del diritto di precedenza non favoriva una maggior sicurezza della circolazione stradale ed impediva che essa potesse svolgersi regolarmente. Si riteneva quindi necessario invertire il canone di giudizio, consentendo a ciascun conducente (che rispettasse le norme stradali) di poter contare sul fatto che anche gli altri vi si sarebbero attenuti, salvo che un'imminente o contestuale violazione non fosse deducibile dalle concrete circostanze del caso<sup>15</sup>.

Solo più tardi, con la promulgazione della *Reichsstraßenverkehrsordnung (RStVO, 1934)*<sup>16</sup>, altri autori, tra i quali *Gülde*, criticarono quell'orientamento, poiché vi colsero un'espressione di sfiducia e una

---

<sup>11</sup> Espressione che, curiosamente, riappare anche nella dottrina contemporanea asseritamente liberale.

<sup>12</sup> K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 20 ss., 53 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 11 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 37, 41 ss.

<sup>13</sup> V., in particolare, K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>14</sup> F. EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 579 ss.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 580 ss.

<sup>16</sup> K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 20 ss.

paradossale protezione di coloro i quali si fossero rivelati un pericolo per la comunità, sostenendo pertanto la necessità di accogliere e adottare un principio di affidamento (*Vertrauensgrundsatz*)<sup>17</sup>.

Ferma restando la funzione normativa della limitazione del dovere di ciascuno rispetto alla condotta di altri soggetti, sembrano emergere due esigenze antitetiche: (i) quella di garantire margini accettabili di libertà di azione; (ii) quella di configurare un principio di condotta coerente con una concezione nazionalsocialista delle relazioni sociali (!)<sup>18</sup>.

A questo proposito, si può osservare che un criterio (di condotta e di giudizio) che limiti il dovere di ciascuno in relazione ai possibili errori dei consociati può esprimere, non già una concezione organicistica della società, bensì, al contrario, un canone antisolidaristico<sup>19</sup> e anti-paternalistico<sup>20</sup>; cioè una norma coerente con quella secondo cui lo Stato non può imporre l'altruismo, ma tutt'al più sanzionare (anche penalmente) certe forme dannose o pericolose di egoismo<sup>21</sup>.

Alla base del principio, si è osservato, c'è soprattutto «l'esigenza di assicurare ai singoli una certa "libertà di azione", altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia possibile prevedere»<sup>22</sup>. Dunque, il principio di affidamento pone un limite alla pretesa deontica che soggiace alla sanzione dell'inosservanza del dovere, riducendone la estensione sul piano relazionale. Esprime quindi un'esigenza chiaramente liberale.

Il fatto che questo principio sia emerso in quegli anni e a disciplina di quella attività risponde all'esigenza di far fronte a un fenomeno emergente, al di là del clima ideologico. La circolazione stradale iniziava a dimostrarsi un contesto pericoloso, un susseguirsi potenzialmen-

---

<sup>17</sup> M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 38-9.

<sup>18</sup> Concezione che ricorda altre «brevi illusioni» di quel periodo: a proposito del principio di inesigibilità, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 126 ss.

<sup>19</sup> M. BURGSTALLER, *op. cit.*, p. 63.

<sup>20</sup> Cfr. infatti M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, spec. p. 247 ss.

<sup>21</sup> A. CADOPPI, *Omissione, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., 1311, p. 1336.

<sup>22</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 273.

te (e frequentemente) lesivo di contatti anonimi che occorreva disciplinare per consentirne il regolare svolgimento<sup>23</sup>.

Il nesso fra *Vertrauensgrundsatz* e «rischio consentito» non è però automatico. Come abbiamo visto, solo con lo spostamento della colpa dalla colpevolezza al fatto-tipico, *erlaubtes Risiko* (nato nella teoria dell'adeguatezza), dovere di diligenza e *Vertrauensgrundsatz* si possono incontrare nel medesimo luogo dogmatico. Tant'è che, secondo alcuni autori, il principio di affidamento sarebbe idoneo ad escludere – non già il carattere colposo della condotta, sul piano della concretizzazione del dovere di diligenza, quanto piuttosto – la sua rimproverabilità. Si assegna cioè al principio di affidamento un ruolo centrale nel giudizio di non-colpevolezza (colposa)<sup>24</sup>.

L'autorizzazione a confidare sul presumibile atteggiarsi degli altrui comportamenti si consolida a partire dalla sentenza della Corte di cassazione federale tedesca del 12 luglio 1954<sup>25</sup>. Parallelamente, sullo sfondo del progressivo (ma affatto lineare) riconoscimento di questo limite alla responsabilità relazionale, si sviluppa ed evolve un'idea, emersa nella società industriale del XIX secolo e tracciata sul solco dell'adeguatezza, che definisce oggi la concezione normativa della col-

---

<sup>23</sup> «In un contesto siffatto lo stesso rapporto di sproporzione sempre più accentuata fra il patrimonio di conoscenze del singolo e la dimensione quantitativamente sempre più crescente della dinamica *intersoggettiva* alla quale partecipa, rappresenta la fonte prima di un deficit di conoscenza rispetto all'(inter)agire altrui, che soltanto la predefinizione di norme astratte di comportamento e la tutela delle aspettative (...) da esse geneticamente derivanti può compensare»: M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 52.

<sup>24</sup> G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334, nt. 34, qualora, ad esempio, non appaia esigibile un adeguato controllo da parte del capoequipe nei confronti dei singoli collaboratori. La stessa costruzione bidimensionale della colpa, che assegna al principio di inesigibilità il ruolo di guidare la «operazione ermeneutica» che identifica il limite soggettivo della colpa nell'ambito della colpevolezza, viene sostenuta anche in G. FORNASARI, *Inesigibilità*, cit., p. 385 ss. La tesi, che riesamineremo in senso critico (Capitolo 7, § 2.4), si è fatta strada anche nella più recente giurisprudenza in materia di colpa stradale e datoriale per gli infortuni (§§ 3.1.2, 3.3.2.3).

<sup>25</sup> Bundesgerichtshof, 12 luglio 1954, su cui: K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 72 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 42 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 46 ss.

pa (dall'adeguatezza come probabilità, alla diligenza come norma: Capitolo 2, § 2.2).

2.2. *Fondamento e configurazione dogmatica dell'affidamento: fra «rischio consentito» (colpa) e «autoresponsabilità» (imputazione oggettiva dell'evento)*

Secondo la c.d. «teoria del premio», soltanto coloro i quali abbiano tenuto a loro volta una condotta diligente potrebbero beneficiare della facoltà di fare affidamento sulla correttezza del comportamento dei terzi<sup>26</sup>.

Tuttavia, questa affermazione – ricorrente sia in letteratura che in giurisprudenza – deve essere chiarita.

Espressa nei termini enunciati, essa induce a contraddirsi. È proprio all'affidamento – e al meccanismo normativo ad esso sotteso (che esamineremo meglio poi) – che si assegna la funzione di definire il carattere diligente o negligente della condotta tenuta dall'agente<sup>27</sup>. Un comportamento non è corretto *a priori*, ma in relazione alle concrete circostanze del caso. La medesima azione con esito lesivo, come conseguenza della convergente imprudenza altrui, potrà infatti ritenersi colposa o meno a seconda della concreta riconoscibilità del pericolo rappresentato dalla condotta del terzo.

Qualora ci si volesse invece riferire soltanto al rispetto di norme di condotta predefinite, eventualmente regolamentarie (comunque «tipiche»: Capitolo 5, § 3), come il rispetto della «precedenza», si correrebbe il rischio di cadere nella logica del *versari in re illicita*, potendosi basare l'imputazione dell'evento sulla mera violazione di un precetto o di una regola cautelare, senza che fra infrazione ed evento (ivi compre-

---

<sup>26</sup> Per ulteriori riferimenti, *ivi*, p. 120 ss., 157. K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 120 ss., pur sostenendo la tesi indicata nel testo, non riconosce all'affidamento il carattere di «principio» e vede nella sua operatività il riflesso di una «ragionevole distribuzione del rischio», avvicinandosi dunque a quella ulteriore corrente che, come stiamo per vedere, vede nell'affidamento un'espressione del rischio consentito (*op. ult. cit.*, p. 184 ss.).

<sup>27</sup> Analogamente, M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 157-8.

sa la condotta del terzo), in ipotesi, sussista alcuna relazione di rischio<sup>28</sup>.

Un autore, in Italia, volendo conferire al principio di affidamento un ancoraggio autonomo che lo liberasse definitivamente dalle ombre del passato, affrancandolo al contempo dal comune criterio del rischio consentito, ha inteso riconoscervi l'espressione penalistica di una legittima aspettativa ricavabile dagli artt. 3 e 54 della Costituzione italiana, secondo i quali, rispettivamente, tutti i cittadini «sono eguali davanti alla legge» ed «hanno il dovere di esser fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi».

Il combinato disposto dei due cardini, secondo *Marco Mantovani*, sarebbe in grado di generare in ciascuno una previsione per cui, nell'entrare in relazione con gli altri consociati, teoricamente e fino a (riconoscibile) prova contraria, questi ultimi si atterranò alle norme prudenziali la cui violazione comporterebbe, *ex art. 43 c.p.*, una responsabilità penale per colpa<sup>29</sup>. Infatti, scrive l'autore, «allo stesso modo in cui l'ordinamento si attende» dal singolo «l'osservanza dei precetti di diligenza» (art. 54), ciascuno sarebbe autorizzato «ad attendersi che coloro sui quali incombono determinati doveri di diligenza, in relazione alla prevenzione dei pericoli immanenti alle condotte suscettibili di interferire con le proprie, vi si uniformeranno» (art. 3), potendo quindi «porre tale aspettativa a criterio uniformatore delle proprie»<sup>30</sup>.

Il riferimento ai principi generali non consente però, di per sé, di giustificare l'istituto in esame. È infatti lecito domandarsi: sarebbe davvero contraria al dovere di osservare le leggi, o al principio di ugua-

<sup>28</sup> V. infatti K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 130 ss., spec. 147. Per la critica indicata nel testo, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1994 (2<sup>a</sup> ed.), p. 897-8; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 329-30; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 204-5; M. HANNES, *op. cit.*, p. 141; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 120 ss.

<sup>29</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 454; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1043, p. 1057.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Una prospettiva analoga, senza però alcun diretto riferimento a norme costituzionali, è adottata anche in alcuni passaggi del contributo di B.J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 95-7.



glianza formale, una disciplina che imponesse di verificare che i consociati con cui si entra in contatto adempiano alle norme di diligenza di propria competenza? Un simile ipotetico canone orientativo, specie se veicolato dalla minaccia di una sanzione penale, potrebbe essere, non tanto illegittimo, quanto tutt'al più controproducente<sup>31</sup>, poco realistico e comunque contrario a quel concetto misto assiologico-naturalistico (liberale) a cui ci si rivolge per giustificare in termini dogmatici la liceità delle attività rischiose socialmente utili (Capitolo 2, § 2.2).

È in base all'idea del «rischio consentito» che l'ordinamento consente di realizzare condotte dalle quali possono derivare (secondo l'*id quod plerumque accidit*) eventi lesivi di beni giuridici penalmente tutelati, finché le condizioni in cui tali condotte si svolgono non si rivelino tali da suggerire all'agente avveduto e coscienzioso di fermarsi, di proseguire in altro modo o di attivarsi al fine di evitare che si verifichino eventi pregiudizievoli<sup>32</sup>.

Questo concetto però, di per sé, nulla ci dice sulla condotta da tenere nel caso concreto. Esso sta soltanto ad indicare la possibilità di svolgere attività socialmente utili e, così, a definire certi margini di libertà individuale, nonostante il *potenziale (astrattamente prevedibile)* sacrificio

---

<sup>31</sup> Gli effetti paradossali di una espansione eccessiva della colpa penale sono già stati osservati in materia di responsabilità medica: Capitolo 4, § 1.1.

<sup>32</sup> Per la riconduzione del *Vertrauensgrundsatz* al *genus* dell'*erlaubtes Risiko*: H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 16 ss., 19; M. BURGSTALLER, *op. cit.*, p. 58 ss.; B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 719; K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 184 ss., 209 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 897 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., I, p. 285; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 171, 333; M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001, p. 323 ss., 326; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 39 ss., che riconosce nell'affidamento una «estrinsecazione del più generale canone del rischio consentito» ma anche «il corollario più significativo – nella materia del reato colposo – del carattere personale della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1, Cost.». In senso critico, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 67 ss., spec. 74 ss., 82-7; B.J. FELUÓ SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 105 ss.

di beni giuridicamente penalmente tutelati<sup>33</sup>. Per la valutazione in ordine alla liceità della singola condotta, qualora un sacrificio si verifichi, occorre invece valutare caso per caso.

Per le medesime ragioni, anche la riconduzione del principio di affidamento al «principio di autoreponsabilità» (o di «responsabilità per fatto proprio») è plausibile<sup>34</sup>. Tale ricostruzione non appare alternativa alla precedente, bensì ad essa complementare<sup>35</sup>. Benché in effetti, come è stato osservato, «nei casi in cui è opportuno ricorrere al principio di affidamento, la diligenza dovuta (...) non è relazionata a un rischio na-

---

<sup>33</sup> Chiari, sul punto, J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 80 ss., 533 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 383-5.

<sup>34</sup> G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in P. BOCKELMANN, W. GALLAS (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, 383, p. 390 ss.; H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, *passim*; cfr. W. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 185 ss., 218 ss., 234 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., spec. p. 85 ss., 485 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 146 ss., 170 ss., spec. 184 ss. Sembrano propendere per questa lettura anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8ª ed.), cit., p. 590: «Il rispetto del principio di affidamento è (...) imposto dalla esigenza di circoscrivere l'ambito del dovere obiettivo di diligenza incumbente su ciascuno entro limiti il più possibili compatibili col carattere "personale" della responsabilità penale: in altri termini, se si presuppone in ciascun individuo capace di intendere e di volere l'attitudine ad una "autodeterminazione" responsabile, ne consegue che ognuno deve evitare soltanto i pericoli scaturenti dalla "propria" condotta». Il riferimento alla «personalità» s'intende quindi, in questo caso, come esigenza di circoscrivere la responsabilità al «fatto proprio» (non facendosi quindi carico il principio di affidamento di assicurare che il fatto sia altresì «colpevole»).

<sup>35</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., I, p. 286; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 403; L. CONTRERAS CHAIMOVICH, *Productos defectuosos y Derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*, Santiago de Chile, 2018, p. 80-1: «una limitazione della libertà di azione che non tenesse conto del principio di autoreponsabilità sarebbe totalmente inadeguata» (trad. propria). Cfr. altresì O. DI GIOVINE, *L'autoreponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale*, in *L.P.*, 13 maggio 2019: «l'autoreponsabilità della vittima è un *topos* argomentativo, un lessico di sintesi, (...) che al suo interno sussume soluzioni teoriche differenti (...) unificate dall'intento di contrastare le tendenze ingiustificatamente repressive della giurisprudenza. Tutt'al più, l'autoreponsabilità della vittima può rappresentare un monito per l'interprete, affinché non si lasci travolgere da infondate istanze punitive, ma difficilmente potrebbe risolvere i problemi applicativi».

turale», ma «all'idea secondo cui (...) nessuno può essere considerato responsabile per un fatto altrui o per una deliberazione antiggiuridica di un terzo»<sup>36</sup>, anche il meccanismo normativo in cui si traduce l'applicazione dell'affidamento rivela, in fondo, quella stessa possibilità di presumere (fino a riconoscibile prova contraria) la sussistenza di *costanti circostanziali* – siano esse *umane o di altro tipo* (cfr. il Capitolo 8, § 3) – che consente di realizzare attività intrinsecamente rischiose, senza doversi continuamente preoccupare di ciò che potrebbe astrattamente accadere<sup>37</sup>.

Mentre il «rischio consentito» riflette la necessità di bilanciare libertà di azione e tutela dei beni giuridici, il principio di affidamento è strettamente legato alla configurazione della società come incontro di «contatti altamente anonimi e nella quale vige la logica della distribuzione delle funzioni»<sup>38</sup>. Ma anche nel secondo caso, a ben vedere, si tratta di operare la medesima ponderazione tra valore positivo dell'attività e protezione dei beni giuridici<sup>39</sup>; con la differenza che il rischio (l'incognita) con cui occorre fare i conti, come detto, non è di carattere naturalistico, bensì normativo e relazionale (l'osservanza o meno della diligenza del terzo interagente).

In sintesi, dunque, mentre il riferimento al «rischio consentito» permette di evidenziare il bilanciamento fra interessi confliggenti in conte-

<sup>36</sup> B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 106 (trad. propria); concorde M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 171, nt. 317.

<sup>37</sup> Così, ad esempio, il ciclista può godere di una certa libertà d'azione facendo affidamento non solo sull'ordinaria diligenza dei conducenti di automobili, ciclomotori, ecc., ma anche sulle presumibili condizioni dell'asfalto, sì da poter calcolare lo spazio di frenata sufficiente allo scopo di non investire il pedone in attraversamento in prossimità dello «Stop» o sulle strisce pedonali; senonché, la riconoscibilità di condizioni anomale del manto stradale – a causa di una recente pioggia o per la presenza di ghiaia in seguito a recenti lavori pubblici – può rendere doverosa da parte dello stesso ciclista la considerazione di uno spazio di arresto maggiore rispetto a quello normalmente adeguato, oppure l'adozione di una velocità inferiore, al fine di poter prevenire l'impatto con eventuali ostacoli che si pongano davanti a sé (il classico pedone avventato o con tendenze suicide).

<sup>38</sup> B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 108 (trad. propria).

<sup>39</sup> Cfr. W. FRISCH, *Comportamiento típico*, cit., p. 73-7.

sti relazionali, la sua riconduzione al principio di «responsabilità per fatto proprio» (o di «autoresponsabilità») permette di valorizzare la ragione tipicamente intersoggettiva del limite astratto e provvisoriamente valido del dovere di diligenza. In questo senso, l'affidamento opera alla stregua di un «canone di distribuzione della responsabilità per colpa nel concorso di una pluralità di centri produttori di un medesimo evento dannoso»<sup>40</sup>.

Entrambe le costruzioni dogmatiche risultano compatibili con la posizione assunta in seno alla dottrina italiana<sup>41</sup>, per cui, come anticipato (Capitolo 5, § 4), il principio di affidamento riflette il concetto sintetico-normativo di agente-modello: un'aspettativa socio-normativa in grado, da un lato, di «assicurare al singolo la libertà di azione, nel senso che ognuno deve avere la sicurezza di poter agire in un circolo di rapporti una volta acquisite (...) le cognizioni e capacità corrispondenti» e, dall'altro, di «permettere la libertà di azione degli altri consociati, i quali potranno aspettarsi il rispetto degli *standard* corrispondenti al gruppo cui il singolo, con il quale entreranno in rapporto, avrà *rivelato* di appartenere»<sup>42</sup>.

Inteso in questo modo, l'affidamento sembra poter assurgere a criterio regolativo in grado di *definire doveri mediante la proiezione di aspettative*.

---

<sup>40</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 185.

<sup>41</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 198-9; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 272-92; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 131 ss.

<sup>42</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 289. A conferma della omogeneità concettuale delle cennate ricostruzioni, con particolare riferimento all'aspettativa socio-normativa generata dall'agente-modello, B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 98-101; S.F. ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, cit., p. 222 ss.; ID., *Principio de confianza: la discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones*, in C.M. ROMEO CASABONA, F.G. SÁNCHEZ LÁZARO (a cura di), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, cit., p. 246 ss.

### 2.3. Condizioni e limiti dell'affidamento legittimo

Come mostra il paragrafo precedente («rischio consentito» vs. «autoresponsabilità»), quella contesa fra visioni sistematiche a cui si è già fatto riferimento in sede retrospettiva (Capitolo 2, §§ 1.3 e 2.4)<sup>43</sup> coinvolge anche il principio di affidamento. Ma che lo si concepisca come «pietra angolare della tipicità colposa»<sup>44</sup>, che lo si collochi nel catalogo dei criteri di imputazione oggettiva dell'evento<sup>45</sup>, o che si adotti una posizione agnostica, cercando di coniugare entrambe le prospettive<sup>46</sup>, esso individua comunque un limite al dovere di diligenza «relazionale»<sup>47</sup>, stabilendo che ciascuno, di norma, può agire contando sul fatto (presunto, non verificato) che gli altri membri della collettività si siano adeguati, si stiano adeguando o si adegueranno alle norme di diligenza di rispettiva competenza.

Tale limite al *dovere relazionale* – diretto a verificare la condotta del terzo – è però *mobile e relativo*. In altri termini: la *regola* in cui si sostanzia l'affidamento subisce alcune *eccezioni*.

---

<sup>43</sup> E già, sottolineando l'opportunità del compromesso, in A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 4-8.

<sup>44</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 282 (l'incisiva espressione è stata letteralmente riprodotta in Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, che esamineremo tra poco: § 3.1.2); C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 284-9, e II, p. 277-9; S.F. ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, cit., p. 19 ss., tra gli altri.

<sup>45</sup> M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 327 ss.; M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 323 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 315 ss., spec. 405; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 201 ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 780 ss., tra gli altri.

<sup>46</sup> B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 132 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., spec. p. 373 ss.

<sup>47</sup> Per questa terminologia – adoperata già nel contributo civilistico di F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996 –, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 329; ID., *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, 1, p. 3 ss.

### 2.3.1. *L'agire diligente*

Si è già detto che il limite deducibile dalla «teoria del premio» (in base al quale non potrebbe beneficiare della facoltà di fare affidamento chi per primo non abbia tenuto una condotta diligente), oltre ad apparire contraddittorio, giustificherebbe attribuzioni di responsabilità basate sul mero *versari in re illicita* (potendo mancare il necessario «nesso di rischio» fra la violazione riscontrata e l'evento cagionato o non impedito)<sup>48</sup>. Su questo, la dottrina appare generalmente concorde<sup>49</sup>. Non tutte le infrazioni cautelari possono impedire di fare legittimo affidamento nella condotta del terzo.

Tuttavia, come vedremo meglio fra poco, esaminando l'operatività dell'affidamento nel settore della sicurezza nei luoghi di lavoro, potrebbe essere necessario aver previamente adempiuto obblighi cautelari «primari» (di formazione e informazione), idonei a creare le condizioni normative affinché chi agisce possa legittimamente *confidare*.

### 2.3.2. *La riconoscibilità della condotta non diligente del terzo*

In concreto, l'affidamento cede di fronte alla concreta riconoscibilità di indizi o segnali che indichino all'agente che i terzi con cui interagisce non si sono attenuti o non si atterranno alle rispettive norme di diligenza. L'autorizzazione a confidare nell'altrui correttezza viene quindi meno ogni qual volta sia possibile constatare la presenza di spie rivelatrici, di indizi inequivoci, concreti e specifici, del fatto che le regole cautelari siano state o stiano per essere disattese<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 329 ss.

<sup>49</sup> Anche se non mancano autori che ritengono inapplicabile l'affidamento a chi versi *in re illicita*: ad esempio, J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 175 ss.

<sup>50</sup> Cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 285 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 51, 155; P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 79 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 489; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 333; M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 324 ss.; B.J. FEIJÓO

Non tutti, però, si spingono fino al punto di ammettere che la riconoscibilità dell'altrui convergente negligenza coincide di fatto con il criterio generale della *rappresentabilità/prevedibilità dell'evento*. Chi lo fa, osserva che, in definitiva, i casi dubbi andrebbero decisi attraverso i consueti criteri della teoria della colpa, posto che in rapporto ai limiti di applicazione dell'affidamento entra «in gioco un concetto affine a quello dell'*Anlass*», operante nell'ambito più generale della riconoscibilità<sup>51</sup>, anche sul piano relazionale<sup>52</sup>. Quindi, il principio di affidamento delimiterebbe il dovere di diligenza dei consociati, finché non siano riscontrabili circostanze tali da far prevedere la violazione del terzo e dunque, in via mediata, l'evento.

Al fondo dell'atteggiamento restio a riconoscere la sostanziale coincidenza fra *colpa relazionale* e *colpa in generale* potrebbe nascondersi un equivoco di fondo. Alcuni autori non sembrano considerare che il criterio della prevedibilità non si dovrebbe riferire ad una prognosi astratta basata sull'*id quod plerumque accidit*, ampiamente dimostratasi priva di una portata euristica e selettiva sufficiente a fungere da criterio di imputazione giuridica, ma, al contrario, dovrebbe appuntarsi su un giudizio *ex ante*, basato cioè su un parametro normativo differenziato. Si tratta del passaggio, già descritto, dall'adeguatezza come «probabilità» (propria delle teorie della causalità giuridica) alla diligenza come «norma» (propria della concezione normativa della colpa); in altri termini, lo scarto concettuale (non sufficiente, ma necessario) che consente di segnare il confine fra *idoneità eziologica* e *responsabilità* nelle più risalenti come nelle più recenti elaborazioni teoriche in materia (Capitolo 2, § 2.2)<sup>53</sup>.

---

SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 119 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 404-5.

<sup>51</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 285.

<sup>52</sup> Oltre a Forti, in termini espliciti, P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 79 ss., 82; M.C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Indice pen.*, 2009, p. 195 ss.

<sup>53</sup> Cfr. però A. CASTALDO, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 914 ss.; J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva*, cit., p. 101-3; nonché M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 161-2, il quale osserva quanto segue: «benché non possa essere messo in dubbio che l'affidamento possa ve-

Fra le circostanze di cui si valuta la riconoscibilità, oltre ai fattori di rischio naturalistici, possono rientrare anche le convergenti condotte altrui. L'eccezione alla regola dell'affidamento, pertanto, ripropone il criterio generale che dovrebbe guidare l'agente nella corretta (diligente) conduzione della propria azione, quello di prevedibilità, il quale «ha sempre ad oggetto l'evento», con la particolarità che, sul piano intersoggettivo, risulta mediato «dalla prevedibilità del comportamento inosservante altrui»<sup>54</sup>.

Dall'accoglimento di questa impostazione, discenderebbero almeno due corollari: (1) la conferma della riconducibilità dell'affidamento alla categoria del «rischio consentito», con la particolarità della variabile data dalla (riconoscibilità della) negligenza del terzo; (2) l'opportunità di riferirci non già ad un principio (*Vertrauensgrundsatz* o *Vertrauensprinzip*), bensì ad un astratto, ma provvisoriamente legittimo, affidamento (*Vertrauensschutz*) derivante da una ragionevole distribuzione del rischio (*gerechte Risikoverteilung*)<sup>55</sup> – ragionevole perché funzionale al riconoscimento di un certo grado di *libertà di azione* in capo a ciascun individuo – e delle relative *responsabilità*, qualora il rischio si realizzi.

Questa ricostruzione – questa *reductio ad unum*, si potrebbe dire – non è però sufficiente. Essa consente di spiegare perché la facoltà di contare sull'altrui correttezza cede di fronte alla riconoscibile imprudenza o deliberazione antiggiuridica dei terzi con cui si entri in contatto (perché, appunto, ciò rende in via mediata prevedibile l'evento), ma

---

dersi limitato quando la condotta incorretta del terzo risulti specialmente prevedibile, la ragione per cui si riconosce la possibilità di fare affidamento non si individua nella mancanza di prevedibilità delle condotte incorrette dei terzi, poiché esistono numerose condotte incorrette altrui che sono prevedibili, perfino in base alla normale esperienza, di fronte alle quali però, per varie ragioni, non si esclude o non si deve escludere la facoltà di fare affidamento» (trad. propria). Si vede chiaramente, in questo ragionamento, l'allusione a un criterio di prevedibilità astratto, basato sull'*id quod plerumque accidit*.

<sup>54</sup> M.C. BISACCI, *op. cit.*, p. 205.

<sup>55</sup> K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 184 ss., spec. 185-7, 209 ss.; analogamente, B. BRINKMANN, *op. cit.*, p. 112-5, 138 ss., 145-6, il quale, riconducendo l'aspettativa nell'altrui condotta diligente al criterio di prevedibilità orientato da norme d'esperienza, nega espressamente che si possa riconoscere nell'affidamento un principio generale.



non indica, né giustifica, di per sé, i margini normativi dei doveri primari facenti capo a ciascuno – quelli su cui ciascun altro dovrebbe poter fare a sua volta affidamento – rispetto all’eventuale insorgenza di doveri secondari e relazionali di impedimento o di riduzione del rischio. Torneremo in seguito su questo punto (§ 4).

### 2.3.3. *La posizione di garanzia*

L’eventualità da ultimo indicata porta a considerare il terzo limite opposto all’operatività dell’affidamento: la titolarità di una posizione di garanzia.

L’orientamento tradizionale<sup>56</sup>, accolto spesso in giurisprudenza<sup>57</sup>, esclude che il garante, in quanto tale, possa legittimamente contare sulla condotta diligente del terzo, quando si tratta di un soggetto garantito<sup>58</sup>. L’obbligo giuridico di impedire l’evento, si osserva, individuando uno «speciale vincolo di tutela, tra un soggetto (il garante) ed un bene giuridico, determinato dall’incapacità del titolare a proteggerlo autonomamente», assumerebbe la funzione principale di «riequilibrare la situazione di inferiorità di determinati soggetti, attraverso l’instaurazione di un rapporto di dipendenza a scopo protettivo»<sup>59</sup>. Fra la ragione che sottende e giustifica l’attribuzione dell’obbligo di garanzia, ovvero l’incapacità del garantito di adottare cautele idonee all’autotutela da potenziali pericoli, e l’aspettativa circa l’assolvimento delle stesse, rispetto alla verifica degli eventi lesivi che possano derivare dai medesimi pericoli, sussisterebbe quindi una sorta di incompatibilità logica.

---

<sup>56</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 284, 600, nota 132; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 536, p. 546.

<sup>57</sup> Ad esempio in Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 1999, n. 12115; Cass. pen., sez. IV, 22 ottobre 2008, n. 45698; Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741.

<sup>58</sup> Cfr. però B.J. FEJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 123 ss., e M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 126 ss., i quali si riferiscono non già a soggetti garantiti bensì a soggetti *non imputabili*.

<sup>59</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007 (5<sup>a</sup> ed.), p. 600-1.

Per altra parte della dottrina, però, una soluzione così «drastica» andrebbe abbandonata, poiché impedirebbe di «considerare le diversità presenti nelle situazioni sottostanti all'emersione di una posizione di garanzia»<sup>60</sup> e di procedere, di conseguenza, secondo canoni che consentano una ricostruzione in concreto della regola cautelare esigibile sul distinto e successivo piano della tipicità colposa. Se

la posizione di garanzia è posta in funzione dell'incapacità di un soggetto di tutelare i beni giuridici e/o di orientare il proprio comportamento in modo da non arrecare danno e sé o ad altri, è evidente che ad impedire la possibilità di fare affidamento sul comportamento conforme a diligenza di un tale soggetto è il suo stesso stato di incapacità, che preclude il sorgere di un'aspettativa di una sua condotta corretta, e, insieme, costituisce la ragione stessa dell'istituzione di una posizione di garanzia a salvaguardia del medesimo<sup>61</sup>.

Diverso è il caso in cui al soggetto garantito possa o debba riconoscersi un certo grado di capacità di auto-tutela, la quale dovrebbe poter «reagire sull'estensione del contenuto dell'obbligo di attivarsi facente capo al rispettivo garante», circoscrivendolo alla neutralizzazione dei pericoli che il titolare del bene non sia in condizione di fronteggiare autonomamente. Quindi, qualora «sia fatto carico al titolare del bene di osservare precise norme cautelari», dovrà ammettersi «che il garante in questione (...) possa fare affidamento circa il fatto che tali norme siano rispettate»<sup>62</sup>. In altri termini: «a prescindere dal fatto che la sua relazione iniziale con il rischio si rifletta in una posizione di garanzia (...)», il soggetto responsabile dovrebbe essere chiamato a occuparsi e a rispondere solo in relazione a «quegli aspetti o manifestazioni del rischio che

---

<sup>60</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 447.

<sup>61</sup> Così, M. MANTOVANI, *Colpa e preterintenzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 198, p. 235; cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8ª ed.), cit., p. 590, 646 ss.

<sup>62</sup> Di nuovo, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 447. Così, ad esempio, «chi segnala adeguatamente la presenza di un fosso, non risponde se un passante distratto ci cade dentro»: M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 324-5 (trad. propria).

egli stesso gestisce o che emergono all'interno del proprio ambito di azione»<sup>63</sup>.

Condivido questa seconda impostazione. Infatti, ritenendo che l'assunzione del ruolo di garante possa impedire *sic et simpliciter* l'operatività di un qualsivoglia affidamento, si incorre nell'errore di confondere l'*obbligo impeditivo* in cui si sostanzia la posizione di garanzia con il *dovere di diligenza*: fra essi sussiste infatti un rapporto non già di intersecazione, bensì di «presupposizione logica»<sup>64</sup>. Sicché, l'incombenza di un obbligo di garanzia non impedisce, di per sé, che la regola cautelare in cui si concretizza il dovere di diligenza possa vedersi limitata da un ragionevole affidamento nella condotta del terzo.

Vediamo dunque in che termini l'affidamento può ritenersi legittimo nei settori in cui ha incontrato maggior riconoscimento e applicazione. Particolare attenzione sarà posta sul meccanismo normativo in cui si sostanzia il rapporto fra l'affidamento legittimo (che limita la portata del dovere, escludendo che questo si proietti sulla condotta del terzo) e la riconoscibilità della condotta non diligente del terzo (che comporta un'estensione del dovere, fino a ricomprendervi la realizzazione del rischio scatenato dall'interazione con il terzo negligente).

### 3. *L'operatività dell'affidamento quale criterio di delimitazione della responsabilità colposa relazionale. Excursus comparatistico*

#### 3.1. *La circolazione stradale: tra «culpa in re ipsa» (versari in re illicita) e colpa in concreto*

##### 3.1.1. *Il recepimento del principio de confianza nella giurisprudenza spagnola*

L'esclusione della possibilità di contare sulla convergente condotta corretta dei terzi è stata sostenuta in base alle (apparentemente) restrittive norme di prudenza dettate dalle leggi statali, ritenendo di potervi

---

<sup>63</sup> M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 403-4 (trad. propria).

<sup>64</sup> Come chiarisce F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., spec. p. 96, 101-4.

riconoscere la norma generale secondo cui chiunque s'immetta nel traffico stradale dovrebbe agire in modo tale da poter prevedere e far fronte alle imprudenze altrui. Come si suol dire, e come si legge in talune sentenze: secondo la «massima prudenza».

In Spagna, un ostacolo al recepimento del *Vertrauensgrundsatz* è stato ravvisato da alcuni interpreti nella disposizione secondo cui

i conducenti dei veicoli devono essere in grado di controllarli in qualunque momento e sono tenuti a moderare la marcia e, se necessario, a fermarla, ove lo ordini l'autorità competente, quando le circostanze del traffico, della strada, della visibilità o dei veicoli, prudenzialmente, la impongono per evitare possibili incidenti o danni o disagi agli altri utenti<sup>65</sup>.

L'idea espressa per lungo tempo e con rare eccezioni dalla giurisprudenza iberica è stata quella secondo cui questa ed altre analoghe disposizioni non avrebbero consentito di attribuire alcuna rilevanza alla condotta imprudente del terzo nel giudizio sulla liceità della condotta<sup>66</sup>. Si riconoscono in questo orientamento cadenze argomentative del tutto analoghe a quelle caratteristiche della dottrina della «culpa in re ipsa», per cui, data una norma cautelare idonea, per sua natura, a coprire accadimenti non immediatamente identificabili, la mera prevedibilità (astratta) di un evento infausto (fra quelli potenzialmente contemplati

---

<sup>65</sup> Trad. propria. Art. 17 del *Código de la Circulación* in vigore dal 25 settembre 1934, ma già contenuto nella disciplina prevista dal *Real decreto* del 23 luglio 1918. Oggi, l'art. 17, co. 1, del *Real Decreto* n. 1428 del 21 novembre 2003, che adotta il *Reglamento General de la Circulación*, stabilisce che «I conducenti devono essere in grado di controllare i loro veicoli o animali in ogni momento. Quando si avvicinano ad altri utenti della strada, devono prendere le precauzioni necessarie per la loro sicurezza, specialmente quando si tratti di bambini, anziani, non vedenti o altre persone chiaramente dotate di minori capacità» (trad. propria).

<sup>66</sup> Tra le eccezioni, la sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 7 maggio 1934 (citata da M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 322), nella quale si legge: «l'imputato (...) guidava un'auto a velocità moderata (...) mentre la vittima si dirigeva verso il centro della strada in una maniera, come stabilisce la sentenza, che era impossibile aspettarsi da parte del conducente», dovendosi ritenere che «chiaramente l'evento era inevitabile adottando la normale diligenza» (trad. propria).

dal legislatore), cui segua l'effettiva realizzazione del rischio, sarebbe condizione sufficiente ai fini dell'imputazione colposa.

Si tratta di un criterio di giudizio in cui riecheggia un insegnamento (superato) della dottrina: quello secondo cui, al cospetto di qualsiasi cautela positiva, la colpa per l'evento potrebbe fondarsi sulla semplice «presunzione legale dell'imprudenza che deriva dal comportamento trasgressivo della norma»<sup>67</sup>. Pertanto, per imputare un evento lesivo a titolo di colpa sarebbe sufficiente riconoscerne la concretizzazione del rischio generale che la norma di diligenza mirava a prevenire, senza necessità di svolgere alcun giudizio *ex ante* parametrato alle concrete circostanze del caso e volto a definire la regola cautelare che concretizza il dovere di diligenza.

Si giunge in questo modo a sentenze di condanna giustificate dalla «velocità eccessiva» del conducente che investe il pedone in attraversamento<sup>68</sup>, o dal non aver adottato la «massima prudenza», verificando sempre e comunque il rispetto della precedenza da parte di chiunque altro fosse in procinto di transitare per il medesimo incrocio<sup>69</sup>.

L'atteggiamento della giurisprudenza cominciò a cambiare all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso<sup>70</sup>. Riflettendo una rinnovata sensibilità della dottrina<sup>71</sup>, si iniziò a mettere in discussione la portata incon-

<sup>67</sup> F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 30. Allo stesso modo, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 298, osservava che «(...) l'inosservanza delle norme precauzionali sancite espressamente dall'autorità di per sé stessa concreta quell'imprudenza o negligenza che costituisce la caratteristica essenziale della colpa». In tali ipotesi, quindi, non sarebbe richiesto «alcun processo di concretizzazione (...), risultando la valutazione della rappresentabilità o prevedibilità dell'evento, nonché il calcolo della misura concreta di diligenza da porsi in una data situazione, già assorbito dalla regola giuridica che viene ad innestarsi nella norma penale contemplante la fattispecie criminosa colposa»: così, di nuovo, F. BRICOLA, *Aspetti problematici*, cit., p. 94.

<sup>68</sup> Per esempio, nella sentenza del *Tribunal Supremo* (STS) del 14 giugno 1932 (RJ 1932, 2054).

<sup>69</sup> Per altri riferimenti, M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 61 ss.

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 73 ss.

<sup>71</sup> Rappresentata, ad es., da A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 262, il quale senza fare alcun cenno esplicito al principio di affidamento e considerando la colpa come duplice elemento normativo della colpevolezza (sul modello di *Mezger*), osservava – nel 1958 – che per giudicare sull'investimento di un pedone si sarebbe dovuto valutare non se il suo attraversamento repentino fosse astrattamente prevedibile (giacché si sa-

dizionata del citato art. 17 (*ex Código de la Circulación*), ammettendo che richiedere il mantenimento di una velocità tale da poter dominare sempre e comunque il proprio veicolo avrebbe significato pretendere «un eccesso di previsione incompatibile con lo svolgimento normale del traffico»<sup>72</sup>. Quel precetto, si osservò, andava invece interpretato nel senso di esigere il rispetto del limite di volta in volta necessario ad evitare gli eventi che determinati indizi facessero apparire come «probabili o prossimi alla realtà»<sup>73</sup>; per quanto restrittivamente potesse essere interpretata la previsione, infatti, non si poteva obbligare «a prevedere ed evitare qualunque imprudenza altrui»<sup>74</sup>.

Dal riconoscimento della necessità di escludere il dovere di far fronte agli imprevedibili comportamenti imprudenti dei terzi, all'esplicito accoglimento del principio di affidamento, il passo fu breve (a conferma di quanto osservato in precedenza, circa la rispondenza del meccanismo normativo sotteso al principio di affidamento al criterio generale della prevedibilità: § 2.3.2).

In relazione al caso di un'automobile che aveva investito un ciclomotore che non aveva rispettato il diritto di precedenza, la sentenza del *Tribunal Supremo* del 30 gennaio 1961<sup>75</sup> stabilì che, benché l'imputato stesse viaggiando a gran velocità, egli

non aveva alcun obbligo di prevedere che [il conducente della motocicletta] sarebbe uscito dalla piazzola irrompendo lungo la sua traiettoria, poiché – puntualizzarono i giudici – l'essenza della colpa sta nella previsione di condotte prudenti altrui, e non di quelle imprudenti (...).

Questa stessa *ratio decidendi* si ritrova in numerose altre sentenze di quel periodo, espressioni del nuovo principio di diritto secondo cui la

rebbe sempre concluso con una sentenza di condanna), ma se l'agente «doveva vederlo o no» nel caso concreto.

<sup>72</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 28 giugno 1962 (RJ 1962, 3082). Trad. propria.

<sup>73</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 2 novembre 1963 (RJ 1963, 4416). Trad. propria.

<sup>74</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 21 gennaio 1964 (RJ 1964, 290). Trad. propria.

<sup>75</sup> RJ 1961, 239 (citata da M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 75).

responsabilità di ciascuno avrebbe trovato un limite nella condotta colposa e imprevedibile del terzo, idonea, in quanto tale, ad escludere – si badi bene, non la colpa, bensì – il nesso di causalità (giuridica)<sup>76</sup>.

Il primo espresso richiamo al «principio de confianza» (principio di affidamento) avvenne nella sentenza del *Tribunal Supremo* del 11 novembre 1963<sup>77</sup>. La corte fu chiamata a pronunciarsi sullo scontro fra una motocicletta e un'automobile che, provenendo dal senso contrario, aveva compiuto una svolta a sinistra attraversando la carreggiata nel punto in cui sopraggiungeva l'accusato. Benché il tribunale avesse in prima istanza condannato il motociclista (poiché lo stesso, avendo visto il veicolo fermo nel mezzo della strada, avrebbe dovuto prevedere la manovra e ridurre la velocità, ancora in base al citato art. 17 del *Código de la Circulación*), la Corte si decise per l'assoluzione, ritenendo che incombesse sull'automobilista il dovere di assicurarsi che vi fossero le condizioni per poter eseguire la manovra di svolta in tutta sicurezza, potendo il motociclista legittimamente confidare nel fatto che l'azione sarebbe stata ultimata soltanto una volta che si fosse liberata la carreggiata nella quale circolava.

Il principio di diritto che stava emergendo nella giurisprudenza di quegli anni, secondo quanto si legge nella citata sentenza, era quello

dell'affidamento adattato alla normalità del traffico, per cui qualsiasi partecipante al traffico stradale, rispettoso degli altri utenti (...) può aspettarsi lo stesso anche dai restanti partecipanti, senza dover contare sul comportamento incorretto altrui, poiché in questi casi di rischio socialmente utile e abituale (...) il dovere di diligenza non può essere misurato in modo tale che dal beneficio dell'assoluta sicurezza del traffico ne derivi la sua totale paralisi.

### 3.1.2. *L'adeguamento della giurisprudenza italiana di legittimità*

Questo breve *excursus* comparatistico aiuta a comprendere quanto accaduto più di recente in Italia. Anche qui, il maggior ostacolo all'accoglimento del principio di affidamento in materia di colpa stradale

---

<sup>76</sup> Torneremo sul punto occupandoci del settore della sicurezza nei luoghi di lavoro (§ 3.3).

<sup>77</sup> RJ 1963, 4489.

s'individua tradizionalmente nella disciplina del Codice della strada: paradigmatica – e frequentemente chiamata in causa dai giudici per escludere la facoltà di poter fare affidamento sulla correttezza dei terzi – è la norma secondo cui «i conducenti, approssimandosi al crocevia, devono usare la massima prudenza al fine di evitare incidenti» (art. 105, d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393, ora art. 145, co. 1, del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285).

Più che da una presunta *voluntas legis*, però, l'atteggiamento della giurisprudenza prevalente è dipeso dalla mancata assimilazione di quanto segue: alcune disposizioni, lungi dall'indicare la misura di diligenza di volta in volta esigibile, non fanno altro che assegnare all'interprete (e, ancor prima, all'agente) l'onere di stabilire quale sia la condotta obiettivamente esigibile alla luce delle concrete circostanze del caso. Quando alla produzione dell'evento concorrano circostanze esterne alla condotta dell'agente, ci si dovrebbe chiedere se queste fossero concretamente riconoscibili e, quindi, se l'evento medesimo fosse mediatamente prevedibile. Un dovere di attivarsi o di modulare il proprio comportamento allo scopo di arginare gli esiti pregiudizievole delle interazioni sociali, quindi, dovrebbe sussistere soltanto qualora sia dato ritenere che nella situazione concreta fossero riscontrabili circostanze particolari e anomale, tali da far prevedere o da rendere chiaramente riconoscibile la violazione del terzo.

L'abitudine della giurisprudenza, sulla scorta del modello presuntivo sostenuto da *Antolisei* (Capitolo 2, § 1.3), è stata invece quella di adottare la massima secondo cui la condotta imprudente del terzo consentirebbe di escludere la responsabilità dell'agente soltanto se «del tutto eccezionale» o «assolutamente imprevedibile», dunque idonea ad interrompere il nesso giuridico-causale (*ex art. 41 cpv.*)<sup>78</sup>. Tuttavia, questa assunzione si traduce in una presunzione del seguente tenore<sup>79</sup>. Il Codi-

---

<sup>78</sup> Cfr. ancora M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 228 ss., e O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 22 ss.

<sup>79</sup> Cfr. fra le pronunce: Cass. pen., sez. IV, 28 marzo 1996, n. 4257; Cass. pen., sez. IV, 18 ottobre 2000, n. 12789; Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 2008, n. 26031; Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2008, n. 41029. Per una più ampia rassegna, R. RUSSO, *op. cit.*, p. 3201 ss.



ce della strada prescrive la «massima prudenza» al fine di evitare incidenti: dato che le infrazioni sono all'ordine del giorno (*id quod plerumque accidit*), tale prescrizione non può che tradursi nel dovere di prevenirle. Per la stessa ragione, la condotta del terzo (salvo rarissime eccezioni) non può integrare una causa eccezionale, atipica e da sola sufficiente a provocare l'evento (cioè tale da ritenere inadeguata la condotta dell'agente a cagionare l'evento); *ex post*, se fosse stata adottata la massima prudenza (*i.e.*, se non fosse stato riposto un incauto affidamento nella condotta del terzo agente) l'evento non si sarebbe verificato (evitabilità)<sup>80</sup>.

Agli stessi risultati raggiunti dalla giurisprudenza spagnola (ma con alterne vicende) a partire dagli anni Sessanta<sup>81</sup>, è giunta però, più di recente, anche la giurisprudenza italiana di legittimità, a partire da una sentenza del 2009, già richiamata (Capitolo 4, § 4)<sup>82</sup>.

La sentenza assolutoria della Cassazione ha il merito di indicare la ragione di fondo che impone l'accoglimento del principio di affidamento (in questo caso, a beneficio dell'automobilista, che non poteva avvedersi del sopraggiungere della motocicletta, nascosta dalla fila dei veicoli fermi), cioè la concezione del criterio limitativo come corollario del giudizio di *colpa in concreto*. La prevedibilità – leggiamo – impone

un'indagine rapportata alle diverse classi di agenti modello ed a tutte le specifiche contingenze del caso concreto (...); nell'ambito delle norme elastiche che indicano un comportamento determinabile in base a circo-

---

<sup>80</sup> Ciò riflette un modello di giudizio analogo a quello difeso da M. DUNI, *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui (in margine all'XI Convegno delle Commissioni giuridiche dell'ACI)*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, p. 317 ss., secondo il quale – in estrema sintesi – ciascun conducente, motociclista, ecc., dovrebbe rispondere non soltanto degli eventi lesivi direttamente riferibili al proprio comportamento colposo, ma anche di quelli *immediatamente* ascrivibili alle condotte inosservanti dei terzi che si sarebbero potute *astrattamente prevedere*. Per una riflessione critica sulla tesi di Duni, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 215 ss.

<sup>81</sup> V. la giurisprudenza citata da B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 136-7, nt. 113.

<sup>82</sup> Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, Rel. Blaiotta, con nota di R. RUSSO, *op. cit.*, p. 3201 ss. Si rinvia per la ricostruzione del fatto al Capitolo 4, § 4.

stanze contingenti, vi è sempre spazio per il cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antiggiuridico.

D'altra parte, accogliendo la dottrina della «doppia misura», si aggiunge che

pure sul versante squisitamente soggettivo della colpa il principio ha un suo rilevante spazio di azione: esso impone di valutare se, nelle condizioni date, l'agente dovesse e potesse veramente, realisticamente prevedere; se gli si potesse chiedere di concentrarsi sulla possibile violazione da parte di altri delle dovute regole di cautela<sup>83</sup>.

Tuttavia, l'ambiguità data dall'apparente rilevanza dell'affidamento tanto in sede di *tipicità* come in sede di *colpevolezza* dimostra quanto osserveremo criticamente in seguito (Capitolo 7, § 2.4) a proposito della sovrapposizione concettuale che caratterizza la teoria della «doppia misura» della colpa (e, quindi, l'associazione fra *affidamento* e *inesigibilità*).

Ad ogni modo, il principio di affidamento trova finalmente accogliamento nel settore in cui vide la luce, in Germania, già nel corso degli anni Trenta del secolo scorso, consentendo di affermare – come *principio di diritto* – che ciascuno può modulare la propria condotta contando

---

<sup>83</sup> Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2009, cit., che in un passo precedente, riproponendo un'espressione di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 282, definisce il principio di affidamento una «pietra angolare della tipicità colposa». Tuttavia, riferendosi poi al «versante squisitamente soggettivo della colpa», la Corte sembra accogliere un'impostazione come quella sostenuta da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334, nt. 34, per cui il principio di affidamento consentirebbe di escludere la *rimproverabilità* della condotta colposa illecita qualora appaia *inesigibile* un adeguato controllo da parte del capo-*équipe* nei confronti dei singoli collaboratori. Sulla stessa linea, cercando di valorizzare la sostenuta «doppia funzione della colpa», di recente, A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *L.P.*, 8 maggio 2020, 1, spec. p. 23-4. *Mutatis mutandis*, lo stesso criterio andrebbe applicato, oltre che alla colpa stradale, alla colpa datoriale per infortuni: analogo orientamento è accolto, rispetto alla condotta colposa della vittima-lavoratore, in Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, con commento adesivo di L. CARRARO, *Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019/3, 241. *Infra*, § 3.3.

sul fatto che gli altri utenti della strada si comporteranno secondo gli standard di prudenza loro riferibili, *salvo* che le concrete circostanze del caso non rendano riconoscibile l'impossibilità di rispettare l'aspettativa di diligenza, permettendo così di rappresentarsi la verificazione di un evento lesivo<sup>84</sup>.

### 3.1.3. Esclusione o riduzione del grado della colpa?

Al contributo della vittima viene talvolta riconosciuta la funzione non già di escludere la responsabilità dell'agente, bensì di diminuirne la gravità<sup>85</sup>.

Nel sistema spagnolo, questa soluzione è dovuta a diversi fattori: (1) la diffusione delle teorie della «causalità giuridica» (antesignane della moderna teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, non a caso molto diffusa nella letteratura di lingua spagnola: Capitolo 2, §§ 1.3 e 2.4)<sup>86</sup>; (2) la distinzione indicata dal codice penale (fino alla riforma della *Ley Orgánica* 1/2015, del 30 marzo) fra «colpa lieve» e «colpa grave» (*imprudencia grave* e *imprudencia leve*)<sup>87</sup>, che ha consentito di

---

<sup>84</sup> Principio confermato, benché mitigato, più di recente, da Cass. pen., sez. IV, 8 agosto 2018, n. 38219, dove leggiamo che: «In tema di circolazione stradale, il principio dell'affidamento trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della prevedibilità, tanto che l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità, in relazione alle caratteristiche del veicolo e alle condizioni ambientali, va inteso nel senso che il conducente deve essere in grado di padroneggiare il veicolo in ogni situazione, ponendo in essere la manovra di emergenza necessaria all'evento, pur se questo è riconducibile al prevedibile comportamento imprudente o negligente altrui, ovvero alla violazione delle norme di circolazione da parte della vittima o di terzi».

<sup>85</sup> Ad es., nella sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 5 febbraio 1973.

<sup>86</sup> In dottrina, J.J. ÁLAMO MORANTE, *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, Barcelona, 2012, p. 183 ss., 186, sottolinea che «la diminuzione della prevedibilità oggettiva-soggettiva dovrà essere presa in considerazione quando si tratti di qualificare l'imprudenza come grave o lieve, non invece in sede di causalità come è solita fare la giurisprudenza».

<sup>87</sup> La *Ley Orgánica* 1/2015, del 30 marzo, ha introdotto la distinzione fra «imprudencia grave» e «imprudencia menos grave», dovendosi intendere quest'ultima come più grave della «imprudencia leve», depenalizzata in ragione dell'abrogazione dei reati

tradurre in un'imputazione più tenue, già sul piano tipico (cioè senza attendere la fase della commisurazione della pena), talune ipotesi di mal riposto affidamento.

Analoga soluzione è stata adottata in Italia in un'isolata sentenza in materia di sicurezza sul lavoro<sup>88</sup>, nella quale il contributo colposo del lavoratore infortunato è stato ritenuto idoneo a riflettersi nel grado della colpa del datore di lavoro incidendo però, in base all'art. 133 c.p., sul piano della commisurazione della pena (*infra*, § 3.3.2.3).

Quanto, invece, alle ragioni che portano i tribunali a ridurre la portata del legittimo affidamento, oltre al riconoscimento in capo all'autore di una funzione di garanzia<sup>89</sup>, sembra rilevare altresì la semplice qualificazione della vittima come «soggetto debole». In Spagna, benché l'affidamento in materia di colpa stradale si applichi ormai da diversi decenni, si incontrano non di rado – dagli anni Settanta ad oggi – sentenze nelle quali si afferma che

il principio (...) in base al quale chi pone in essere un comportamento normalmente rischioso può aspettarsi che gli altri si comportino in base alle esigenze del traffico (...) è relativo e flessibile, dovendo essere escluso (...) nei casi di possibili scontri (...) con bambini, anziani o invalidi psichici, tenendo conto della loro presunta incoscienza, della loro impulsività casuale, della loro ignoranza delle disposizioni regolamentate e dei loro improvvisi cambi di comportamento (...) <sup>90</sup>.

Di fronte alla perdurante tendenza a derogare al canone dell'affidamento, ricorrendo a non meglio definiti principi securitari (attraverso i quali si giunge a pretendere la previsione del pericolo «fino a dove

---

riconducibili alla nozione di mera «falta». Sul punto, C.M. ROMEO CASABONA, *El tipo del delito de acción imprudente*, cit., p. 144.

<sup>88</sup> Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, con nota di M. BELLINA, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1013 ss.

<sup>89</sup> Conferma questa tesi anche la citata sentenza della Cassazione del 2009 in materia di colpa stradale.

<sup>90</sup> Così, fra le tante, la sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 8 giugno 1985, citata da M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 331.

umanamente possibile»)<sup>91</sup>, si può quindi osservare la differenza qualitativa tra: (a) il giudizio di colpa *ex ante* per l'investimento di un pedone, giustificato dalla chiara e inequivoca riconoscibilità del comportamento anomalo della persona (chiunque) in procinto di attraversare la strada; (b) l'imputazione *ex post* dell'evento infausto per il solo fatto che la vittima sia un anziano o un minore, o faccia parte di altra categoria «debole», presumendo per ciò solo doveroso, da parte del conducente, attenersi a più restrittive norme di prudenza, a prescindere da una valutazione *ex ante* sulla rappresentabilità della situazione di pericolo (ad esempio, la vicinanza di un asilo). Nel primo caso, il giudizio di attribuzione appare coerente con il meccanismo normativo che soggiace al criterio del legittimo affidamento (pur sempre relativo, a seconda delle circostanze del caso concreto); nel secondo, invece, ci si muove sul crinale della responsabilità oggettiva<sup>92</sup>.

### 3.2. *L'attività medica di équipe*

#### 3.2.1. *Tensioni fra legittimo affidamento e obblighi di controllo reciproco*

L'ambito nel quale la tensione fra alleggerimento e sovraccarico dei doveri relazionali si nota maggiormente è quello dell'attività medico-

---

<sup>91</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 8 marzo 1973. Su altri, analoghi tentativi giurisprudenziali di definire gli evocati principi di «defensa», «seguridad» e «conducción controlada o dirigida» (quali limiti del legittimo affidamento), L. CÁCERES RUIZ, *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico*, Valencia, 2013, p. 288 ss., 299 ss.

<sup>92</sup> Cfr. sul punto, con il rischio di determinare statuti cautelari astrattamente differenziati a seconda del tipo di vittima, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 333: «Solo nel caso in cui, secondo il principio di difesa, sia noto all'autore che la vittima o il terzo è un bambino, un anziano o un pazzo, egli può essere tenuto a "prevedere" reazioni "imprevedibili"»; B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 123: «Il principio di affidamento è valido nei confronti di persone imputabili (compresi i semi-imputabili), non rispetto a persone non imputabili» (trad. propria).

chirurgica in *équipe*<sup>93</sup>. La difficoltà di riconoscere al criterio dell'affidamento la funzione di limitare la proliferazione di doveri di reciproca vigilanza – spesso più utili a imputare l'evento (*ex post*) che a orientare la condotta dello specialista (*ex ante*) – si spiega in ragione dei pregi e dei difetti del metodo della divisione del lavoro, sovente riconosciuto, anche in giurisprudenza, come «fattore di sicurezza» e, allo stesso tempo, come «fattore di rischio»<sup>94</sup>.

Nello svolgimento quotidiano dell'attività medica, diverse e complementari attività e competenze concorrono, in base all'instaurazione diacronica e sincronica di rapporti orizzontali e gerarchici, al funzionamento di un sistema complesso e teleologicamente unitario. Esso potrebbe dunque trovare proprio nell'affidamento il proprio canone-guida ideale. Tale criterio orientativo, però, pur permettendo a ciascun professionista di dedicarsi ai problemi in relazione ai quali possiede competenze specifiche («fattore di sicurezza»), senza doversi continuamente preoccupare dell'operato dei colleghi, può tuttavia risultare inadeguato di fronte alla necessità di prevenire gli errori individuali, o di rimediare al malfunzionamento dei meccanismi di coordinamento che la gestione organizzata del rischio inevitabilmente richiede («fattore di rischio»)<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Con riferimento a «tutte le ipotesi di *cooperazione* – orizzontale e verticale – tra sanitari (dirigenti amministrativi *inclusi*)», L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 11.

<sup>94</sup> Così, ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 11 ottobre 2007, Raso.

<sup>95</sup> Per rilievi analoghi: G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 217; A. JORGE-BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, p. 115 ss., 161 ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., p. 209 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 31-2. Allo scopo di prevenire tali possibili (frequenti) errori di coordinamento sarebbe in taluni casi opportuno richiedere l'adozione di forme di controllo reciproco: sul punto, M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 404.

### 3.2.2. Relazioni orizzontali (o paritarie)

Il contesto relazionale in cui il criterio dell'affidamento trova maggior accoglimento è quello della collaborazione orizzontale (non gerarchica) fra sanitari; modalità di cooperazione caratterizzata dal fatto che ogni specialista è chiamato ad adempiere i propri compiti in piena autonomia e in applicazione delle *leges artis* del proprio settore e della propria specializzazione. A venire in causa possono essere condotte sinchrone (si pensi al lavoro medico-chirurgico in *équipe* che si svolge tipicamente in sala operatoria), oppure diacroniche (come quando a collaborare sono diverse strutture o unità sanitarie).

Quanto alle ipotesi di collaborazione sincronico-orizzontale – apparentemente più adatte ad essere orientate dall'affidamento – la Cassazione ha però avuto occasione di affermare che, oltre alla titolarità dei doveri relativi allo svolgimento della propria specifica mansione, a ciascun componente dell'*équipe* spetta l'obbligo «secondario» e «complementare» di «vigilare sull'altrui operato»<sup>96</sup>.

L'assegnazione di un dovere relazionale di questo tipo sconta evidentemente notevoli ambiguità. Una cosa è stabilire che ciascun sanitario *non* può «esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pur specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza»<sup>97</sup>, altra cosa è sostenere che la riconoscibilità dell'altrui errore in base al comune patrimonio di conoscenza<sup>98</sup> o l'effettiva conoscenza delle omissioni dei colleghi possono giustificare la corresponsabilità del componente dell'*équipe* «se nulla viene fatto per sopperire o correggere le carenze (...) o almeno sollecitarne l'attenzione»<sup>99</sup>. Nel primo caso, infatti, si negherebbe in radice qualunque le-

---

<sup>96</sup> Quale onere «imposto dalla convergenza delle attività verso il fine comune»: così Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036.

<sup>97</sup> Come osserva criticamente L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 63.

<sup>98</sup> In questo senso, tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2005, in *CED* 231535.

<sup>99</sup> Esprime questo secondo (preferibile) orientamento Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2010, secondo cui «le omissioni di taluni componenti dell'*équipe*, se ben note agli altri, non esonerano questi ultimi dalla corresponsabilità», alle condizioni indicate

gittimo affidamento; nel secondo (in relazione al quale si è parlato di un principio di affidamento comunque «relativo» o «temperato»)<sup>100</sup> si concilierebbero «le esigenze di tutela della vita e dell'integrità psico-fisica del paziente con i principi di personalità della responsabilità penale»<sup>101</sup>.

In quest'ultima direzione si è espressa la Cassazione in diverse occasioni: in una sentenza del 2007 leggiamo che

in tema di colpa medica nell'attività di *équipe*, ciascuno dei soggetti che si dividono il lavoro risponde dell'evento illecito, non solo per non aver osservato le regole di diligenza, prudenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma altresì per non essersi fatto carico dei rischi connessi agli errori riconoscibili commessi nelle fasi antecedenti o contestuali al suo specifico intervento<sup>102</sup>.

Analoga sensibilità è emersa nella giurisprudenza spagnola, ad esempio, a proposito del seguente caso: al termine di un'operazione correttamente eseguita, il chirurgo abbandonò la sala operatoria lasciando la paziente alle attenzioni dell'anestesista, il quale ne provocò la morte commettendo un errore nella regolazione del macchinario di somministrazione dell'ossigeno. In applicazione del principio di affidamento, il giudizio si è concluso con l'assoluzione del chirurgo.

Infatti – puntualizza una sentenza della *Audiencia Provincial* di Barcellona – la divisione del lavoro genera un affidamento nella condotta diligente degli altri professionisti, per cui nessun membro del gruppo può essere reso responsabile per l'errore di un altro, a meno che l'affidamento (...) non si riveli infondato in ragione dell'entità dell'errore, o

---

nel testo (cit. da L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 63, nt. 46).

<sup>100</sup> G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *op. cit.*, p. 217; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 155-6.

<sup>101</sup> L. GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 753, p. 755; cfr. L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 63.

<sup>102</sup> Cass. pen., sez. IV, 11 ottobre 2007, Raso (nel passo cit. da P. PIRAS, G.P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 301, p. 309).



dell'assenza di qualifica o affidabilità del soggetto direttamente responsabile<sup>103</sup>.

Analogo atteggiamento caratterizza la giurisprudenza in relazione alle ipotesi collaborazione diacronica<sup>104</sup>. A questo proposito, può essere citata una decisione del 1996 della Pretura di Bologna<sup>105</sup>, riguardante un caso di trapianto cui seguì la morte del paziente per lo sviluppo patologico di un'infezione da HIV. Benché l'errore all'origine dell'evento fosse da attribuire ai medici della struttura sanitaria preposta a raccogliere e verificare i dati anamnestici del donatore, per non essersi accorti della positività di quest'ultimo, vennero chiamati a risponderne anche i chirurghi che eseguirono il trapianto, per non aver controllato il precedente operato dei colleghi. Il giudice, tuttavia, facendo appello al legittimo affidamento e riscontrando l'assenza di «indizi» che avrebbero potuto indurre i chirurghi a verificare la correttezza dei controlli già eseguiti sull'organo (quali, ad esempio, l'incompletezza dei risultati sugli esami compiuti), decise (giustamente) per l'assoluzione di questi ultimi<sup>106</sup>.

Anche rispetto a questo riparto di funzioni, però, si sono registrate riaffermazioni di un opposto tendenziale «principio di sfiducia»:

nella complessa procedura del trapianto di organi – ha sostenuto la Cassazione in una sentenza del 1999 – ogni sanitario non potrà esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da un altro collega, sia pur specialista in altra disciplina, e dal controllare la cor-

---

<sup>103</sup> Sentenza della *Audiencia Provincial* di Barcellona, VIII, 12 maggio 2000 (diffusamente citata nella letteratura spagnola in materia).

<sup>104</sup> Cfr. A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario «diacronicamente plurisoggettivo»*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469 ss.; M. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 410 ss.

<sup>105</sup> Pretura di Bologna, 31 maggio 1996, commentata da M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, *cit.*, p. 1043 ss.

<sup>106</sup> D'altra parte, si è osservato, se in ipotesi siffatte un obbligo di verificare la rispondenza alle dovute cautele di quanto già compiuto fosse assegnato a prescindere, ciò evidentemente andrebbe a neutralizzare la stessa ragion pratica che sottende il metodo della divisione del lavoro, comportando una «farraginoso procedura ove tutti i partecipanti si intrometterebbero nelle scelte altrui» (A. VALLINI, *Cooperazione e concause*, *cit.*, p. 480).

rettezza ponendo se del caso rimedio (...) ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio<sup>107</sup>.

Un orientamento di questo genere, com'è evidente, riduce al massimo la libertà di azione, intesa come libertà di agire contando sulla diligenza altrui.

### 3.2.3. Relazioni gerarchiche

Più rigoroso è l'orientamento generale della giurisprudenza quando a venire in causa siano relazioni gerarchiche (fra sanitari, fra medici e personale ausiliario, fra medici e specializzandi, ecc.), rispetto alle quali sul paradigma dell'*accorto e relativo affidamento* prevale nettamente quello del *dovere di controllo, direzione e vigilanza*.

Un gravoso ed omnicomprensivo dovere di vigilare e sorvegliare l'operato dei colleghi, al fine di prevenire e neutralizzare l'altrui comportamento inosservante delle *leges artis*, nonché di assicurare al paziente (anche per interposta persona) adeguata assistenza in ogni fase dell'intervento e post-operatoria, viene generalmente assegnato al capoequipe, il quale, non potendo legittimamente confidare nel corretto operato dei colleghi, può essere chiamato a rispondere a titolo di concorso con il medico che si è occupato direttamente del paziente<sup>108</sup>.

A questo generale rigorismo fanno eccezione talune isolate pronunce di merito e di legittimità che, al fine di ammettere la responsabilità del superiore, richiedono la concreta prevedibilità della condotta colpita del terzo-subordinato<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 1999, Altieri, commentata da A. VALLINI, *Cooperazione e concause*, cit., p. 469 ss.

<sup>108</sup> Cfr.: L. GIZZI, *op. cit.*, p. 754 ss., 759; P. PIRAS, G.P. LUBINU, *op. cit.*, p. 303-4, 313; D. GUIDI, *op.cit.*, p. 212 ss., 237 ss.; e L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 50 ss.

<sup>109</sup> Ad esempio, Pretura di Vibo Valentia-Tropea, 15 marzo 1999, Garruzzo, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3264; Cass. pen., sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360 (riportate entrambe da L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 51-2).

A metà strada fra riconoscimento ed esclusione dell'affidamento si colloca, fra le altre – in maniera peraltro non irragionevole, alla luce delle particolarità della fattispecie concreta –, una sentenza della Cassazione del 2008<sup>110</sup>, relativa al caso di un capo-*équipe* chiamato a rispondere per aver operato il testicolo sbagliato, essendosi fidato di una diagnosi compiuta il giorno prima da un proprio collaboratore, in sede di anamnesi ed esame obiettivo. Il chirurgo, ha sostenuto la Corte, avrebbe dovuto sottoporre a verifica e controllo quanto riferitogli dal proprio aiuto, trattandosi di una diagnosi diversa da quella da lui stesso già effettuata e comportante un intervento diverso da quello originariamente programmato<sup>111</sup>. Esistevano cioè, a giudizio della Corte, segnali riconoscibili e idonei a far decadere il legittimo affidamento, senza necessità di un'attivazione previa o *ad hoc* da parte del capo-*équipe*. In altri termini, l'informazione ricevuta avrebbe dovuto suggerire la necessità del controllo, senza che vi fosse la necessità di attivarsi per verificarla.

Per quanto riguarda la figura apicale ospedaliera, va ricordato che l'orientamento restrittivo ha trovato il suo appiglio gius-positivo nella norma attributiva dei poteri-doveri di programmazione, direzione, istruzione, verifica e vigilanza contenuta nell'art. 63 del d.P.R. 761/1979<sup>112</sup>. Tale tendenza, però, perdura anche in seguito alla riforma sulla dirigen-

---

<sup>110</sup> Cass. pen., sez. IV, 26 giugno 2008, Verani (*ivi*, p. 52-3).

<sup>111</sup> Più rigorosa, cioè tendente al paradigma del dovere di controllo a prescindere dalla presenza di ragioni tali da far sospettare la condotta incorretta del collaboratore, appare invece la decisione di un caso meno recente (Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 1999, in *Cass. pen.*, 2000, p. 583 ss.), nella quale della morte di una neonata, dovuta alle complicanze di un parto, sono stati chiamati a rispondere in concorso sia il ginecologo effettivamente operante in sala parto (per errore diagnostico), sia l'aiuto primario, reo quest'ultimo di aver autorizzato un parto cesareo senza aver prima compiuto ulteriori e personali esami diagnostici finalizzati a *verificare* quelli già compiuti dal subordinato.

<sup>112</sup> «Il medico appartenente alla posizione apicale svolge attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell'unità operativa o dipartimentale, servizio multizonale o ufficio complesso affidatogli. A tal fine cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto della autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, imparando all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse». V. ad esempio Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 1989.

za ospedaliera (operata dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e del successivo d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229). Benché quest'ultima abbia inteso valorizzare l'*autonomia tecnico-professionale* di tutti gli attori chiamati a collaborare con il medico-apicale (il vecchio primario, oggi sostituito dal medico-dirigente con responsabilità di struttura complessa), mirando a rendere tendenzialmente paritarie, e non più rigidamente gerarchiche, le relazioni intercorrenti fra sanitari<sup>113</sup>, anche la giurisprudenza successiva, pur riconoscendo la *voluntas legis* di «contemperare la gerarchia ospedaliera con l'autonomia professionale», ritiene che «i poteri-doveri (...) di programmazione, verifica ed intervento diretto» facenti capo alla sopravvissuta (quantomeno nella sostanza) figura del «primario» non siano venuti meno; sicché, nel valutare la posizione di costui, ci si dovrebbe tuttora adeguare al principio di diritto che attribuisce allo stesso «poteri organizzativi e di verifica sull'operato degli altri sanitari del reparto»<sup>114</sup>.

Infine, si assiste ad una quasi radicale esclusione di qualunque tenue o ragionevole affidamento modulato in relazione alle circostanze del caso, nelle ipotesi in cui il collaboratore immediatamente responsabile dell'evento sia uno specializzando<sup>115</sup> o un componente del personale ausiliario. Paradigmatica è l'ipotesi della mancata rimozione dalle sedi dell'operazione chirurgica di pinze, garze, ecc.: ritenendo che il dovere

---

<sup>113</sup> Così, G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 151 ss.; D. GUIDI, *op. cit.*, p. 213-5, 217 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 45 ss.

<sup>114</sup> «Il dirigente medico ospedaliero è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, perché i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere-dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti»: così, *Cass. pen.*, sez. IV, 29 settembre 2005 (dep. 23 dicembre 2005), n. 47145 (sulla quale G. IADECOLA, *La responsabilità medica*, cit., p. 151 ss.).

<sup>115</sup> L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 58 ss.

di controllo sull'avvenuta rimozione degli strumenti spetti all'intera *équipe* operatoria (cioè ai medici, ritenuti titolari diretti di un obbligo non delegabile di garanzia)<sup>116</sup>, nessuna rilevanza dovrebbe potersi attribuire all'ipotetico affidamento sul corretto adempimento della «conta dei ferri» da parte dell'infermiere incaricato<sup>117</sup>; qualora invece si individui un soggetto specificamente preposto al controllo, ciò dovrebbe escludere (in linea di principio) non soltanto la responsabilità concorsuale o partecipativa degli altri membri dell'*équipe*, ma perfino quella di chi abbia utilizzato, e verosimilmente non recuperato, lo strumento rimasto nel corpo del paziente<sup>118</sup>.

In controtendenza appaiono invece alcune sentenze di merito rese dalla giurisprudenza spagnola, secondo le quali

il principio di affidamento (...) suppone (...) che il chirurgo possa, in linea di principio, confidare sul fatto che i suoi collaboratori (anestesista, cardiologo, personale ausiliario) agiranno in modo diligente, salvo che nel caso concreto circostanze speciali riconoscibili, come gravi dissattenzioni, manifestazioni di inettitudine o la mancanza della qualifica necessaria, gli facciano ritenere il contrario<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Cfr. in questo senso: Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2004, Picciurro, in *CED* 228577; Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2005, Cloro, in *CED* 231538; Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 2008, Vavassori, in *CED* 239605; Cass. pen., sez. IV, 28 maggio 2008, Rago in *CED* 240941; nella giurisprudenza di merito, C. App. Roma, 8 marzo 2011, n. 981 (citata da *Risicato*, *ivi*, p. 57-8, che sottolinea come l'aspetto più discutibile della soluzione consista nel fatto che «la totale inoperatività dell'affidamento viene asserita anche quando il personale infermieristico sia chiamato a svolgere compiti rientranti nella sfera di competenza e caratterizzati dalla massima semplicità»).

<sup>117</sup> D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., p. 252, il quale cita una sentenza (Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 2008, Giudici) nella quale si condanna un chirurgo sostituito verso la fine dell'intervento per avere omesso di verificare l'esito del conteggio.

<sup>118</sup> Su questa seconda «più corretta» soluzione, ancora *Micheletti*, *ivi*, p. 251-2.

<sup>119</sup> Sentenza della *Audiencia Provincial* (SAP) di Alicante, 29 gennaio 1998; SAP Toledo, 26 aprile 2004, citate da A. URRUELA MORA, S. ROMEO MALADA, *Tendencias actuales de la jurisprudencia española sobre derecho penal médico*, in C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, II, cit., 579, p. 595 (trad. propria).

### 3.2.4. Valutazioni su affidamento e colpa nel settore medico-chirurgico

A rendere più difficile (anche per la dottrina) l'ammissione di una limpida operatività dell'affidamento in relazione all'attività medica in *équipe*, sembrano contribuire essenzialmente i seguenti fattori: (1) la scarsa disponibilità di discipline che, come nel traffico stradale, consentano di identificare chiaramente i doveri propri (o primari) di ciascun partecipe<sup>120</sup>; (2) il carattere affatto anonimo e talvolta strutturalmente gerarchico delle relazioni fra i medici d'*équipe*; di conseguenza, l'opportunità di richiedere, quando possibile, l'adozione di misure idonee a prevenire il pregiudizio derivante dall'eventuale errore altrui.

A proposito del primo aspetto, nonostante l'accresciuta idoneità di *guidelines* e protocolli operativi a disciplinare l'attività del professionista, come osservato circa il processo di riforma esaminato (Capitolo 4), non pare che l'interpretazione della riforma *Gelli-Bianco* fornita dalle Sezioni Unite *Mariotti* (depenalizzazione parziale della colpa lieve) possa incidere sulla colpa relazionale (quale «eccezione» alla «regola» del legittimo affidamento). Infatti, nonostante quanto osservato a proposito del concetto di «imperizia» (Capitolo 5, § 2.3), l'inosservanza dell'obbligo di controllo avente ad oggetto la condotta del terzo difficilmente potrebbe rientrare nella fattispecie di *errore esecutivo* commesso nell'applicazione di una linea-guida o di una buona pratica scelta correttamente. A meno che non esistano protocolli *ad hoc* che stabiliscano doveri di controllo in situazioni specifiche, si tratterebbe di sanzionare l'inosservanza di aspettative di diligenza «atipiche» (come stiamo per chiarire)<sup>121</sup>.

Per quanto riguarda le *relazioni paritarie*, si può osservare che, una volta riconosciuta l'opportunità giuridica (indicata dal principio di re-

---

<sup>120</sup> M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 104.

<sup>121</sup> Cfr. su questo punto, vigente la normativa *Gelli-Bianco* (*supra*, Capitolo 4, § 1.3.3, e Capitolo 5, § 2.3), M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, p. 70 ss., la cui meritoria riflessione dimostra però l'innecessaria complessità dello sforzo esegetico-applicativo imposto dalla soluzione interpretativa delle Sez. Un. *Mariotti*, specie a proposito della definizione dei concetti di «errore esecutivo» (nell'applicazione di una linea-guida o di una buona pratica scelta correttamente) e di «imperizia», a fini dell'esclusione della colpa lieve.

sponsabilità per fatto proprio) e funzionale (riflessa nel metodo della divisione del lavoro) di adottare il principio di affidamento come criterio regolativo generale, il vero problema diventa stabilire in quali casi l'errore del collega possa ritenersi realmente *riconoscibile*, e quindi tale da rendere *esigibile un'attivazione*.

Ciò significa chiedersi, di nuovo – riprendendo fin d'ora le indicazioni ricostruttive già avanzate (Capitolo 5, § 3), a quali condizioni la violazione del dovere secondario e relazionale di arginare l'altrui negligenza (in quanto regola di condotta non predeterminata, e quindi «atipica») può dirsi tanto *grave ed esigibile* da meritare la sanzione penale (Capitolo 7).

Coordinate interpretative condivisibili, almeno in linea di principio, appaiono quelle indicate dalla dottrina secondo cui, nelle relazioni orizzontali fra sanitari, il principio di affidamento dovrebbe essere valorizzato in tutta la sua potenzialità limitativa del dovere, potendosi escludere la sua operatività soltanto «in casi eccezionali: quando nel caso concreto si percepisce un grave errore del collega o esistano dubbi sulla sua qualifica e affidabilità»<sup>122</sup>. Altrettanto ragionevole è poi richiedere, come suggerisce parte della giurisprudenza italiana, il duplice requisito della (i) *evidenza* e della (ii) *non settorialità* dell'errore, affinché i colleghi del responsabile immediato dell'evento possano essere chiamati a rispondere a titolo di concorso.

Talvolta, però, date le peculiarità del settore e del tipo di attività in questione, l'esigenza di fornire un maggior grado di tutela al bene giuridico può rendere preferibile prevedere doveri analoghi a quelli che la dottrina tedesca in materia di circolazione stradale ha denominato *misure di Doppelsicherung*<sup>123</sup>, ovvero oneri cautelari funzionali ad arginare preventivamente la condotta colposa del terzo<sup>124</sup>. Affinché tale scelta sia compatibile con il principio metodologico della divisione del lavoro, e non si traduca in decisioni arbitrarie e meramente riparatorie, fondate

<sup>122</sup> A. JORGE-BARREIRO, *La imprudencia punible*, cit., p. 138 (trad. propria).

<sup>123</sup> K. KIRSCHBAUM, *op. cit.*, p. 100-1, 188-5.

<sup>124</sup> Trattasi quindi di doveri concettualmente distinguibili da quelli di controllo sull'attività del terzo, rispetto ai quali non dovrebbe venire meno, in linea di principio, la possibilità di fare relativo affidamento sulla condotta del controllato. Sul punto, M. MA-RAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 143 ss., 291 ss., 404.

su doveri vigenti soltanto a posteriori<sup>125</sup>, occorre però che si rispettino almeno due condizioni: (a) la misura di ulteriore protezione deve essere stabilita espressamente da specifiche *norme protocollari*, dalle quali risultino chiaramente sia il titolare dell'obbligo, sia le circostanze che impongono l'adozione della misura stessa; (b) l'imposizione di tali oneri non deve provocare il malfunzionamento del lavoro d'*équipe*<sup>126</sup>, poiché ciò esporrebbe i beni giuridici tutelati a pericoli persino maggiori rispetto a quelli derivanti dalla mancata adozione delle misure prescritte, a dispetto del maggior carico cautelare imposto ai sanitari.

Per quanto riguarda le *relazioni gerarchiche* (fra capo-*équipe* e colleghi; fra dirigente apicale e subordinati; fra medico, specializzando e personale ausiliario), più che la posizione di garanzia in sé e per sé<sup>127</sup>, ciò che in linea di principio impedisce al superiore di poter fare affidamento sulla condotta dei subordinati è l'inclusione, fra le sue funzioni tipiche, dei doveri preliminari di selezione, coordinamento, formazione, direzione e di quelli continuativi di supervisione e vigilanza<sup>128</sup>. Tuttavia, assegnare al ruolo di garanzia del medico apicale un complesso di obblighi così ampio, tale cioè da comprendere tanto attività di istruzione e di indirizzo, quanto di costante direzione e verifica, oltre a sovraccaricare oltremodo l'agente, vanificando la *ratio* stessa della divisione del lavoro, può porre le basi per l'attribuzione di vere e proprie responsabilità da posizione<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 39 ss., 71 ss.

<sup>126</sup> Così, ad es., se appare ragionevole la specifica assegnazione del dovere della «conta dei ferri», non altrettanto ragionevole – anzi probabilmente controproducente – sarebbe imporre a ciascun componente dell'*équipe* chirurgica il dovere di controllare in ogni istante la buona condotta dei colleghi durante l'intervento.

<sup>127</sup> Posizione di garanzia che, come già abbiamo osservato, non dovrebbe interferire sulla determinazione della regola cautelare concretamente esigibile sul piano della tipicità colposa: *supra*, § 2.3.3.

<sup>128</sup> Cfr. M. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, p. 434-8.

<sup>129</sup> Questo vale soprattutto per il capo-*équipe*, il quale, a differenza del dirigente apicale, viene chiamato a rivestire un ruolo di garanzia avente origine nella situazione di fatto, nella contingenza dell'intervento, e non nelle disposizioni poste a disciplina dell'organigramma dirigenziale.



Intuibili esigenze di garanzia e di personalità della responsabilità penale suggeriscono quindi di restringere il novero dei doveri in cui si sostanzia il ruolo del soggetto apicale (dell'*équipe* o di ciascuna divisione della struttura ospedaliera), ricorrendo al criterio dell'affidamento. In questo senso, un adeguato adempimento degli obblighi «tipici» e di coordinamento, istruzione e direzione dovrebbe poter legittimare un'aspettativa (riflesso di una vera e propria *Maßfigur*) idonea a ridurre la portata degli obblighi «secondari» (relazionali e atipici) di sorveglianza sull'azione del collega (del medico o dell'ausiliario ben istruito, diretto e coordinato). Di conseguenza, la disattenzione o l'errore di valutazione dell'agente previamente istruito dovrebbe escludere, in linea di principio e salvo indizi idonei a vanificarne l'aspettativa, l'imputazione di una concorrente *culpa in vigilando*<sup>130</sup>.

### 3.3. La sicurezza nei luoghi di lavoro

#### 3.3.1. Il contributo della vittima e l'imputazione dell'evento al datore di lavoro

Il ragionamento che chiude il paragrafo precedente, già frutto della proposta concettuale avanzata nel Capitolo 5 (che qui intendiamo corroborare), può ritenersi valido, come stiamo per vedere, anche rispetto al settore della sicurezza nei luoghi di lavoro. Qui, si tratta di continuare a riflettere sulla portata del *dovere di vigilanza* posto a carico del responsabile apicale dell'organizzazione, considerando però l'ipotesi in cui il

---

<sup>130</sup> Per ulteriori e più analitiche riflessioni, D. GUIDI, *op. cit.*, p. 222 ss., spec. 224 ss., secondo il quale il dovere di vigilanza del medico in posizione apicale – *de iure condito* non escludibile – dovrebbe atteggiarsi diversamente «in relazione, da un lato, al *grado di professionalità* del medico in posizione subalterna, e, dall'altro, al *tipo di errore* da quest'ultimo commesso». In particolare, tale dovere di vigilanza dovrebbe essere maggiore o più intenso nei confronti del medico in posizione iniziale, piuttosto che nei riguardi del medico in posizione intermedia; mentre diversa dovrebbe essere la valutazione nel caso di errore da disattenzione («non si può pretendere (...) che il primario sia presente *in ogni momento e in ogni luogo* della struttura di cui è responsabile»), rispetto all'ipotesi di errore di valutazione («magari dovuto ad un *deficit* di preparazione tecnico-scientifica» imputabile proprio all'insufficiente formazione fornita dall'apicale).

collaboratore subordinato immediatamente responsabile dell'evento è la vittima stessa.

Anche la funzione di garanzia di cui è investito il datore di lavoro, analogamente a quella propria del dirigente medico apicale, si sostanzia in un'obbligazione cautelare idealmente frazionabile in più fasi (con parole della giurisprudenza): (i) il dovere di prevenzione tecnica e organizzativa, «che impone di fornire ai lavoratori macchine e strumenti di lavoro privi di pericolo alla luce della miglior ricerca tecnologica»<sup>131</sup>; (ii) il dovere di prevenzione informativa e formativa, che si adempie rendendo «edotti i lavoratori dei pericoli che possono scaturire dall'uso scorretto degli strumenti di lavoro»; (iii) infine, il dovere di controllare «che le norme antinfortunistiche vengano scrupolosamente osservate (...)»<sup>132</sup>.

Tuttavia, come la struttura sanitaria, anche quella aziendale è governata da un modello partecipativo nel quale il dovere generale di prevenzione viene ripartito fra tutti i soggetti coinvolti nella comune gestione del rischio. Infatti, pur conservando quale principale referente il datore di lavoro, la legislazione antinfortunistica di matrice comunitaria<sup>133</sup> struttura e disciplina il dovere di prevenzione come una «funzione complessa, distribuita tra soggetti ed organi aziendali che, a diverso

---

<sup>131</sup> Si noti il ricorso al parametro discusso *supra*, Capitolo 3, § 2.3; Capitolo 5, § 2.2.

<sup>132</sup> Così, fra le altre, Cass. pen., sez. IV, 22 ottobre 1999, n. 12115.

<sup>133</sup> Le discipline vigenti in Italia (d. lgs. 626/1994, ora nel T.U. 81/2008, aggiornato al d.lgs. 106/2009) e Spagna (l. 31/1995), costituiscono attuazione della direttiva-quadro 89/391, il cui maggior elemento di novità consiste nell'indicazione di un modello collettivo e partecipativo di prevenzione. Cfr. L. MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in ID. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, p. 37 ss.; B. RODRÍGUEZ SANZ-DE-GALDEANO, *Hacia un concepto único de seguridad y diligencia debida en la determinación de las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2009, 3, p. 5 ss.

titolo e con diversi ruoli, intervengono a definire, puntualizzare ed aggiornare un programma di sicurezza»<sup>134</sup>.

Nel valutare la differenza tra la gestione del rischio nello svolgimento dell'attività d'impresa e la divisione del lavoro in ambito sanitario, occorre però considerare i seguenti aspetti: (1) mentre quest'ultimo contesto, a causa della relativa valenza precettiva dei protocolli e delle linee-guida, continua ad essere dominato dalla colpa generica, quello della sicurezza sul lavoro è settore caratterizzato da un grado piuttosto elevato di formalizzazione (anche privatistica) delle regole cautelari; (2) inoltre, mentre la posizione di garanzia del medico e del personale sanitario è principalmente funzionale alla protezione di soggetti, i pazienti, per forza di cose estranei al riparto di funzioni nell'attività di *équipe*, i beni giuridici primari che è doveroso tutelare nello svolgimento dell'attività d'impresa stanno nella titolarità dei suoi stessi partecipanti, cioè i lavoratori.

Nella parte che segue, adotteremo nuovamente la prospettiva comparatistica già assunta in materia di colpa stradale e medica relazionale<sup>135</sup>. Questo approccio si spiega metodologicamente in quanto l'analisi differenziata e parallela dell'esperienza italiana e di quella spagnola permette di cogliere nitidamente le relevantissime *implicazioni pratiche* dei due diversi cammini intrapresi nella ricostruzione dogmatica della fattispecie colposa (indicati nel Capitolo 2, §§ 1.3. e 2.4, e in questo Capitolo, § 2.2).

---

<sup>134</sup> M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 262.

<sup>135</sup> Aggiornando e riponderando alcune riflessioni svolte in A. PERIN, *La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales*, in *RECPC*, 18, 2016, p. 1 ss.

### 3.3.2. *L'esperienza italiana*

#### 3.3.2.1. *La distribuzione del dovere generale di prevenzione nella disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro*

L'evoluzione della disciplina in materia di sicurezza del lavoro, come detto, segna il progressivo passaggio da un modello di protezione unilaterale incombente sulla figura del garante a un modello di prevenzione partecipata, che si sostanzia nella parcellizzazione e distribuzione del dovere generale di sicurezza fra tutti gli attori coinvolti nell'attività dell'impresa, a partire dal più alto livello dell'organigramma aziendale, attraverso i piani intermedi e delegati, fino al singolo lavoratore.

La responsabilità penale del datore di lavoro per gli infortuni subiti dai lavoratori si fonda tradizionalmente, oltre che sulle disposizioni generali del codice penale – segnatamente, gli artt. 40 cpv. e 43, n. 3, c.p. –, sul dettato normativo contenuto nell'art. 2087 del codice civile, ai sensi del quale

l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Mentre l'opera di positivizzazione delle regole cautelari caratterizzanti la posizione di garanzia del datore di lavoro iniziò soltanto dagli anni Cinquanta del secolo scorso, con l'emanazione del d.P.R. 547/1955, momento a partire dal quale la norma civilistica venne a svolgere una funzione di chiusura dell'allora sistema prevenzionistico<sup>136</sup>.

La citata disciplina delineava il ruolo del lavoratore in termini di mero soggetto passivo della prevenzione, dedicando un'attenzione assai modesta al profilo della sua idoneità ad uniformarsi alle norme cautelari di sicurezza. Tuttavia, con l'entrata in vigore del d.lgs. 626/1994, pri-

---

<sup>136</sup> Cfr. G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, 2006, p. 49 ss.; D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 207, p. 208 ss.

ma, e del vigente d.lgs. 81/2008<sup>137</sup>, poi, il legislatore formalizza due scelte che cambiano natura e volto al modello di disciplina: (i) l'imposizione al datore di lavoro dell'obbligo di procedere ad un'autonoma valutazione dei rischi, con conseguente adozione di un modello prevenzionistico elaborato direttamente dal soggetto tenuto ad applicarlo e farlo applicare<sup>138</sup>; (ii) la scomposizione del dovere generale di prevenzione, mediante il coinvolgimento nella gestione del rischio di tutti i soggetti che, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, svolgono attività determinanti per la sicurezza del lavoro<sup>139</sup>.

L'assegnazione di doveri cautelari specifici coinvolge dunque anche gli stessi lavoratori, chiamati espressamente ad «osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti» (art. 20, co. 2, *lett. b*, d.lgs. 81/2008), a «utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto, e i dispositivi di sicurezza» (art. 20, co. 2, *lett. c*) e, più in generale, a «contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro» (art. 20, co. 1, *lett. a*). A tal fine – al fine cioè di rendere ciascun lavoratore capace di provvedere alla sicurezza propria e altrui – il datore di lavoro è prioritariamente tenuto a garantirgli un'adeguata formazione e a fornirgli puntuali informazioni sui rischi derivanti dallo svolgimento della specifica attività lavorativa (art. 15, co.1, *lett. n e q*, e artt. 36 ss.).

Questo quadro normativo ha spinto una parte ormai consistente della dottrina penalistica a sostenere che, una volta garantita al lavoratore un'adeguata preparazione tecnico-professionale e una completa informazione sui rischi derivanti dall'attività lavorativa, il datore di lavoro dovrebbe poter confidare sulla sua diligenza, cioè sul rispetto delle istruzioni impartite<sup>140</sup>. Opposta, però, è l'opinione tradizionale della

<sup>137</sup> Coordinato con il successivo d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106.

<sup>138</sup> Obbligo previsto dall'art. 17, co. 1, *lett. a*, e disciplinato dall'art. 28 del d.lgs. 81/2008.

<sup>139</sup> V. l'art. 15, d.lgs. 81/2008 (già art. 3 d.lgs. 626/1994), sulle «misure generali di tutela».

<sup>140</sup> Cfr. M. MANTOVANI, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal d.lgs. n. 626 del 1994 e principio di affidamento*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambien-*

giurisprudenza, secondo la quale «anche una diligente formazione e informazione non dispensa il datore di lavoro dagli obblighi di vigilanza»<sup>141</sup>.

Ai sensi della normativa vigente, si noti bene, il datore di lavoro ha l'obbligo di

richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione (art. 18, co. 1, lett. f)

nonché quello di

prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico (art. 18, co. 1, lett. e).

### 3.3.2.2. *L'orientamento giurisprudenziale tradizionale: l'interruzione del nesso causale*

Vigente il d.P.R. 547/1955, la giurisprudenza in materia di infortuni muoveva dalla premessa secondo cui sul datore di lavoro incombeva il dovere di impedire anche gli eventi dannosi che derivassero da errori o

---

*te, salute e sicurezza*, cit., 291, p. 295; ID., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 446 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 83 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 385; G. MARANDO, *op. cit.*, p. 295 ss.; I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 107, p. 124-5; M. GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 259 ss., spec. 273 ss.; ID., *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2012, p. 5 ss.

<sup>141</sup> Così, ad es., Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888. Più di recente: Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2014 (ud. 26 settembre 2014), n. 46438; Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 2015, n. 49817.

imprudenze degli stessi lavoratori<sup>142</sup>. Quella disciplina, secondo quanto è dato leggere in numerose sentenze, avrebbe avuto lo scopo di

salvaguardare l'incolumità del lavoratore non soltanto dai rischi derivanti da accidenti o fatalità, ma anche da quelli che possono scaturire da sue stesse avventatezze, negligenze o disattenzioni, purché normalmente connesse all'attività lavorativa (cioè non esorbitanti dall'ordinario processo lavorativo)<sup>143</sup>.

Questo stesso principio è stato sostenuto anche da parte della dottrina:

per grave che possa essere l'imprudenza o la disattenzione operata dal lavoratore, il soggetto su cui gravano gli obblighi di sicurezza risponderà sempre in maniera piena della sua omissione. In particolare, sul terreno soggettivo, non si potrà mai escludere la sua responsabilità, in quanto è del tutto indifferente la presenza di una concorrente condotta colposa della vittima. Tale condotta potrà spiegare i suoi effetti nei confronti dell'agente solo a livello oggettivo, e cioè solo quando si debba ritenere che sia causa da sola sufficiente a produrre l'evento<sup>144</sup>.

La giurisprudenza italiana in materia di incidenti sul lavoro, molto spesso, si assesta ancora sulla stessa posizione. La responsabilità del

<sup>142</sup> O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 64 ss.

<sup>143</sup> Così, vigente il d.P.R. n. 547/1955: Cass. pen., sez. IV, 4 maggio 1990, n. 6504; Cass. pen., sez. IV, 30 maggio 1991, n. 5835, tra le altre.

<sup>144</sup> D. PETRINI, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1576, p. 1581, in nota a Cass. pen., sez. IV, 15 ottobre 1979, nella quale – vigente il d.P.R. 547/1955 – sulla scia della costante giurisprudenza della stessa Corte, si affermò che «le norme sulla prevenzione degli infortuni hanno la funzione primaria di evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica, intrinsecamente connaturati alla esecuzione di talune attività lavorative, anche nelle ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuali imprudenze e disattenzioni degli operai subordinati, la cui incolumità deve essere protetta con appropriate cautele». In termini analoghi, P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: profili attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 493, p. 522, secondo il quale – a conferma della tesi tradizionale – «fra i compiti di sicurezza che competono al datore di lavoro rientra anche quello di tutelare il lavoratore persino nei confronti della sua stessa negligenza, imprudenza, imperizia, nonché della volontà del medesimo di non usare le misure di protezione».

datore di lavoro per l'infortunio subito dal lavoratore può essere esclusa (in linea di principio) soltanto qualora la condotta della vittima integri gli estremi di una «causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento», cioè – si specifica – qualora «esorbitante dal procedimento di lavoro ed incompatibile con il sistema di lavorazione», qualora realizzi un «fatto doloso» o una «volontaria inosservanza», o comunque quando si tratti di una «condotta abnorme, eccezionale, obiettivamente imprevedibile»<sup>145</sup>. In questo modo, la valutazione dell'incidenza della condotta irregolare della vittima sulla responsabilità del garante non riguarderebbe il piano della tipicità soggettiva, cioè quello della colpa (che assume così i tratti di una «culpa in re ipsa»: certificata, come già osservato, dalla realizzazione di un evento fra quelli che la normativa infortunistica vuole prevenire), bensì quello del nesso di causalità giuridica (come lo intendeva *Antolisei*).

Talvolta, vigente il d.P.R. n. 547/1955, si è considerata condotta interruttiva anche quella realizzante una (mera) «inosservanza di precise disposizioni antinfortunistiche», con «assoluzione, in tutto o in parte, della responsabilità penale» dei garanti della sicurezza secondo le rispettive attribuzioni e competenze<sup>146</sup>. Altre volte il comportamento del lavoratore «avventato ed esorbitante rispetto alle normali attribuzioni» è stato ritenuto idoneo ad impedire l'imputazione dell'evento, «ponendosi come serie causale autonoma rispetto alla precedente condotta del datore di lavoro», anche quando quest'ultimo non avesse adempiuto tutti gli obblighi di sua competenza; mentre qualora si fosse trattato di un «comportamento avventato, negligente, disattento ma non esorbitante dal procedimento di lavoro» posto in essere dal lavoratore nell'adempimento della specifica funzione o mansione affidatagli, l'effetto interruttivo avrebbe richiesto che il datore medesimo avesse previamente «adempiuto tutti gli obblighi (...) imposti in materia di sicurezza sul lavoro»<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Così, ad es., Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2006, n. 41951.

<sup>146</sup> Cass. pen., sez. IV, 15 ottobre 1979.

<sup>147</sup> Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 1999, n. 12115, commentata da R. GIOVAGNOLI, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 990 ss., e relativa alla vicenda seguente: un operaio dipendente di una ditta di manifatture tessili deve svolgere un intervento



Di fatto però, al di là di queste sfumature, la clausola interruttiva di cui all'art. 41 cpv., c.p., non viene quasi mai ritenuta operante. Questa formula causale consiste, oramai, in una *stanca clausola di stile*<sup>148</sup>. L'esame delle motivazioni consente di rilevare come l'affermazione di principio sulle ipotesi di condotta «aberrante» capaci di integrare «cause sopravvenute sufficienti a causare l'evento» si accompagni costantemente alla conclusione secondo cui, nel caso concreto, il comportamento scorretto, imprudente, ecc., del lavoratore non è tale da poter spezzare il nesso di «causalità» (giuridica) fra la condotta del garante e l'infortunio sofferto dal lavoratore stesso<sup>149</sup>. D'altra parte, la condotta del datore lavoro è generalmente ritenuta colposa (talvolta, ancora mediante un richiamo retorico all'art. 2087 c.c.).

---

ad un'altezza di 5/6 metri dal suolo, ma invece di usare una scala chiede ad un collega di sollevarlo con un carrello elevatore. Quest'ultimo si presta all'azione ma, una volta concluso l'intervento «in quota», commette un errore di manovra e, invece che azionare la leva della discesa, innesca quella che comanda l'apertura delle forche, provocando la caduta e l'infortunio dell'operaio. La responsabilità degli imputati, titolari dell'impresa, fu sostenuta dal Pretore in quanto la messa a disposizione della scala non sarebbe stata accompagnata da un «rigido esercizio delle funzioni di direzione, di controllo e vigilanza» e neppure da «un'attività di informazione e da un'istruzione dettagliata sull'impiego dei mezzi predisposti e sull'obbligo di usarli». La Corte d'Appello di Firenze, con sentenza del 1° giugno 1998, accertato in fatto che la vittima non si sarebbe mai servita prima del muletto a simili scopi – sì da sostenere la non riconoscibilità della condotta negligente – aveva ribaltato la decisione di prima istanza, affermando l'operatività del principio di affidamento in favore degli imputati, stante la «sicura imprevedibilità» dell'uso improprio del carrello elevatore (circostanza oltretutto «fuori da ogni immaginabilità e indipendente da ogni eventuale negligenza dell'imprenditore»).

<sup>148</sup> Condividono quest'impressione D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 9-11; L. CARRARO, *op. cit.*, p. 244-5.

<sup>149</sup> Questa valutazione, espressa da G.P. VOLPE, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 101, p. 129, resta valida anche oggi: cfr. Cass. pen., sez. IV, 18 aprile 2002, n. 20467; Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2003, n. 43362; Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2004, n. 36804; Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 2005, n. 38850; Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2005, n. 38877; Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 42129; Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 15009; Cass. pen., sez. IV, 9 settembre 2015, n. 40721, in *Riv. it. dir. lav.*, XXXV, 1, 2016, 166, p. 169, con nota di G. GENTILE, *La Cassazione delimita (ma non troppo) gli obblighi prevenzionistici del datore di lavoro*, *ivi*, p. 170.

Quanto osservato consente di cogliere l'impatto pratico della concezione teorica sottesa. Una volta ritenuta *prevedibile* l'imprudenza del lavoratore sul piano causale (il che comporta il mantenimento di un nesso che, a dispetto della denominazione, sappiamo essere un nesso normativo), potrebbe apparire contraddittorio considerarla *imprevedibile* su quello della colpa. Tuttavia, come visto in sede retrospettiva (Capitolo 2, §§ 1.3 e 2.2), il criterio di «prevedibilità» proprio delle teorie dell'adeguatezza e della *causalità giuridica* non coincide con quello della *concezione normativa della colpa*. Mentre il primo è di carattere astratto e probabilistico (*id quod plerumque accidit*), il secondo è normativo e concreto (implica l'adozione di un parametro normativo). Pertanto, sarebbe possibile ritenere *astrattamente prevedibile* l'imprudenza del lavoratore sul piano causale, considerandola nondimeno *concretamente imprevedibile* su quello della colpa.

Ad ogni modo, quando alla realizzazione dell'evento abbia contribuito imprudentemente la stessa vittima, ciò che in mancanza di altre inosservanze specifiche si è soliti contestare al datore di lavoro è di non aver fornito al lavoratore un'adeguata formazione tecnico-professionale<sup>150</sup> (dovere primario) e, alternativamente o cumulativamente, di non aver sufficientemente controllato «che le norme antinfortunistiche venissero scrupolosamente osservate», cioè di non aver adempiuto il dovere secondario e relazionale di «assidua e ininterrotta» vigilanza<sup>151</sup>.

Paradigmatica la seguente motivazione:

il datore di lavoro deve controllare che siano osservate le disposizioni di legge; ne consegue che, nell'esercizio dell'attività lavorativa, in caso di infortunio del dipendente, la condotta del datore di lavoro che sia venuto meno ai doveri di formazione e informazione del lavoratore e che abbia omesso ogni forma di sorveglianza circa la pericolosa prassi operativa instauratasi, integra il reato di lesione colposa aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche; è, infatti, il datore di lavoro che, quale responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un con-

---

<sup>150</sup> Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2004, n. 18638; Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2005, n. 20595; Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888. Per ulteriori riferimenti, M. GROTTI, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, cit., p. 2 ss.

<sup>151</sup> Cass. pen., sez. IV, 22 ottobre 1999, n. 12115.

trollo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi anche instaurando prassi di lavoro non corrette<sup>152</sup>.

In sintesi, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, oltre a dover fornire a ciascun lavoratore adeguata e specifica formazione, il datore di lavoro dovrebbe altresì pretendere (nonostante l'art. 18 del Testo Unico 81/2008 lo obblighi soltanto a «richiedere»)<sup>153</sup> che le istruzioni vengano rispettate, esercitando allo scopo un'intensa e persistente attività di vigilanza. Nessuna rilevanza ai fini del giudizio di colpa viene dunque attribuita alla condotta negligente del lavoratore: qualunque sua violazione cautelare ad esito infausto risulta infatti agevolmente riconducibile a (i) una carente formazione e/o (ii) a un'inadeguata opera di vigilanza sull'adempimento delle istruzioni ricevute<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888. Nel caso oggetto di giudizio, l'inottemperanza al dovere di fornire al lavoratore un'adeguata formazione e informazione (primo fondamento della responsabilità colposa del legale rappresentante dell'impresa dove l'infortunato prestava la propria opera) è stata riconosciuta in seguito all'accertamento del fatto che la vittima, un apprendista, aveva ricevuto una formazione «meramente sul campo» e senza l'ausilio di alcun corso teorico o specializzato sull'uso di strumenti particolarmente pericolosi. Tuttavia, siccome l'esperienza diretta, maturata sotto la costante vigilanza di un collega più esperto, aveva comunque fornito alla vittima sufficiente cognizione delle norme tecniche e di sicurezza sull'uso degli strumenti, la violazione cautelare decisiva per l'imputazione dell'evento è stata individuata dalla Corte nell'insufficiente concorrente opera di vigilanza sul rispetto da parte del lavoratore delle istruzioni impartite.

<sup>153</sup> Sottolinea questo aspetto G. MARANDO, *op. cit.*, p. 253-4 (in relazione al previgente art. 4 del d.lgs. 626/94).

<sup>154</sup> Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2005, n. 20595, in cui si puntualizza che «il datore di lavoro, quale responsabile della sicurezza, ha l'obbligo non solo di predisporre le misure antinfortunistiche, ma anche di sorvegliare continuamente sull'adozione da parte degli eventuali preposti e dei lavoratori, in quanto, in virtù della generale disposizione di cui all'art. 2087 c.c., egli è costituito garante dell'incolumità fisica dei prestatori di lavoro».

### 3.3.2.3. Riconoscimenti della rilevanza del contributo della vittima: degradazione della colpa datoriale o legittimo affidamento?

Nel corso degli anni, tuttavia, anche in giurisprudenza sono state tenute posizioni divergenti<sup>155</sup>. In effetti, va facendosi strada un orientamento teso ad attribuire maggior rilievo alla autoresponsabilità del lavoratore.

Già in una sentenza del 1993 (vigente il d.P.R. n. 547/1955), la Corte di Cassazione si esprime in aperta dissonanza rispetto all'orientamento teso a negare in radice la possibilità di far valere, nel caso concreto, la *non prevedibilità* della condotta negligente del lavoratore infortunato<sup>156</sup>. All'esito di un procedimento volto a stabilire le responsabilità apicali connesse alla morte di due operai – evento dovuto in via immediata ad una loro specifica negligenza<sup>157</sup> – a titolo di omesso impedimento dell'evento, la Corte dichiara che

una volta che i responsabili dell'organizzazione abbiano predisposto nel migliore dei modi le operazioni da compiere per l'esecuzione del lavoro, hanno motivo di contare sull'esatto adempimento dell'obbligazione di lavoro da parte dei lavoratori e di attendersi da costoro l'uso della normale diligenza nell'eseguire l'operazione.

---

<sup>155</sup> Una di queste, come visto, è rappresentata dalla pronuncia della Corte d'Appello di Firenze del 1° giugno 1998 (poi annullata con rinvio da Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 1999, n. 12115), nel caso esaminato da R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 990 ss.

<sup>156</sup> Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 1993, con nota e citazioni di G.P. VOLPE, *op. cit.*, p. 101 ss.

<sup>157</sup> Il caso riguarda la morte di due operai avvenuta in seguito ad una violenta esplosione sprigionatasi nel dicembre del 1985 in un deposito dell'Agip (Azienda Generale Italiana Petroli), nei pressi di Napoli. Secondo la ricostruzione avvenuta nelle fasi di merito, l'incidente fu provocato dalle stesse vittime, le quali durante il turno di notte si addormentarono senza eseguire le programmate operazioni di riempimento delle cisterne di benzina dell'impianto. L'omissione determinò lo sversamento di ingenti quantità di benzina e, intervenuto un casuale fattore d'innesco (non meglio accertato), causò l'incendio, l'esplosione e così la morte degli stessi addetti. A fronte dell'accertato contributo colposo delle vittime, nel corso del processo si cercò di stabilire se fossero o meno responsabili per incendio e omicidio colposo plurimo vari soggetti imputati in qualità di garanti della sicurezza (direttore responsabile del deposito, responsabili tecnici operativi e di esercizio), per omesso impedimento dell'evento.

Infatti, proseguono i giudici,

se il lavoratore ha il diritto di aspettarsi che il datore di lavoro lo metta nelle condizioni migliori per lavorare, il datore di lavoro ha, dal canto suo, il pari diritto di fare affidamento sull'esatto adempimento da parte del lavoratore del proprio dovere<sup>158</sup>.

Mutato il quadro normativo di riferimento, in una più recente sentenza della Corte di legittimità (2015), l'applicazione del principio di affidamento non viene scartata a priori, quanto piuttosto per aver il garante inosservato gli obblighi di formazione e informazione nei confronti del lavoratore, e quindi per la conseguente impossibilità di fare affidamento sulla corretta adozione di regole comportamentali previamente (non) indicate<sup>159</sup>. Si legge infatti in sentenza che, «a fronte di una (...) macroscopica violazione del dovere di informazione, correttamente i giudici di merito hanno ritenuto di non poter porre in campo l'opinata negligenza della ignara vittima». Ammettendo dunque che, nel caso concreto, l'obbligo di informazione sui rischi per la sicurezza non fosse stato adeguatamente adempiuto, l'osservazione della Corte, letta *a contrario*, porta a ritenere che, se il lavoratore fosse stato invece correttamente formato e informato, allora il principio di affidamento avrebbe potuto trovare un ragionevole spazio di applicazione.

Tale spazio viene riconosciuto in alcune sentenze successive.

---

<sup>158</sup> Così, Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 1993.

<sup>159</sup> Cass. pen., sez. IV, 19 marzo 2015 (dep. 8 giugno 2015), n. 24452, Pres. Brusco, Rel. Blaiotta, con nota di A. PERIN, *Spunti di riflessione in materia di colpa del garante per gli infortuni nei luoghi di lavoro. Garanzie processuali, contributo della vittima, causalità e imputazione dell'evento in una recente (e succinta) sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2015. La vittima, lavoratore presso uno stabilimento siderurgico, stava operando su un fusto vuoto che in precedenza conteneva un prodotto per la diluizione degli intonaci a base di alcol etilico, un liquido notoriamente idoneo a sprigionare vapori potenzialmente esplosivi. La manovra durante la quale si verificò l'incidente aveva lo scopo di rendere il contenitore utilizzabile per la raccolta dei materiali di scarto delle lavorazioni, e consisteva nell'utilizzo di un utensile dotato di un elettrodo al fine praticare dei fori nel bidone, rendere possibile il suo aggrancio ad una gru e così il suo spostamento. L'applicazione dello strumento produsse però una scintilla che, venuta a contatto con i vapori ancora presenti nel fusto, innescò un'esplosione che cagionò gravissime lesioni al volto del lavoratore.

Una pronuncia (2016)<sup>160</sup> prende atto dell'avvenuto mutamento del modello di prevenzione, nel senso già segnalato (da apicale a plurilaterale e collaborativo: § 3.3.2.1) e riconosce la rilevanza del contributo colposo del lavoratore aderendo a una sensibilità emergente nei confronti del principio di «autoresponsabilità» del dipendente. In questo modo, si afferma che

il datore di lavoro non ha più (...) un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, come in passato, ma una volta che ha fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione e ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia, egli non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore.

Ulteriormente (2019)<sup>161</sup>, riprendendo la struttura argomentativa del precedente in materia di circolazione stradale (2009)<sup>162</sup>, la Cassazione giunge a considerare la rilevanza del contributo colposo della vittima sul piano della «misura soggettiva» della colpa. Sotto il profilo della colpevolezza, connessa alla «possibilità dell'agente di rispettare la regola cautelare», avendo già adempiuto il datore di lavoro gli obblighi di formazione e informazione, può ritenersi – e viene di fatto ritenuto – «non esigibile» un ulteriore obbligo di vigilanza<sup>163</sup>.

Sulla relazione fra adempimento previo degli obblighi di formazione e facoltà di agire in base ad un legittimo affidamento torneremo comunque in seguito, recuperando l'ipotesi normologica avanzata nel Capitolo 5 (*infra*, § 3.3.5.3). Dopodiché potremo chiarire il rapporto fra *misura della colpa* e *inesigibilità* (Capitolo 7, § 2.4.).

Fra le altre pronunce<sup>164</sup>, va segnalata una sentenza della Suprema Corte (2007) intesa a conferire rilevanza alla condotta imprudente con-

---

<sup>160</sup> Cass. pen., sez. IV, 10 febbraio 2016 (dep. 3 marzo 2016), n. 8883, con nota di G. MARRA, *La rilevanza della condotta colposa del lavoratore negli infortuni sul lavoro*, in *Il Penalista* (web), 11 aprile 2016.

<sup>161</sup> Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, cit.

<sup>162</sup> Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, cit. (*supra*, § 3.1.2).

<sup>163</sup> Per ulteriori dettagli, il commento adesivo di L. CARRARO, *op. cit.*, p. 249 ss., 251 ss.

<sup>164</sup> Fra le quali, Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2005, n. 25235, p. 549, nella quale si è sostenuto che, in linea di principio, il datore di lavoro che abbia predisposto un'adegua-

corrente sul piano del *grado della colpa*<sup>165</sup>. Scrivono infatti i giudici che

in tema di infortuni sul lavoro deve essere riconosciuta rilevanza al concorso di colpa non solo del lavoratore che ha subito l'infortunio, bensì anche di altri terzi lavoratori. Dovrà pertanto sempre essere accertata la colpa concorrente dei lavoratori ai fini della determinazione della pena, sia sotto il profilo dell'apporto di ciascuno alla causazione dell'evento, sia sotto il profilo della ponderazione del rimprovero personale e quindi della graduazione della colpa.

Pur limitatamente ai profili di applicazione dell'art. 133 c.p. – relativi alla determinazione della pena per il fatto-colposo –, anche qui ci si allontana dall'orientamento tradizionale teso ad affermare sempre e comunque l'irrelevanza delle condotte colpose dei lavoratori<sup>166</sup>.

ta organizzazione d'impresa non dovrebbe essere ritenuto penalmente responsabile per l'infortunio occorso ai lavoratori che, a sua insaputa, abbiano adottato procedure operative scorrette (segnala e sintetizza così la massima M. GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 266).

<sup>165</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, con nota di M. BELLINA, *op. cit.*, p. 1013 ss. L'amministratore delegato di una società a responsabilità limitata era stato citato a giudizio, per lesioni colpose, per le gravi menomazioni subite da una dipendente mentre utilizzava una sega circolare. L'imputato sarebbe stato responsabile, in qualità di garante della sicurezza, per non aver fornito alla vittima istruzioni adeguate e sufficienti «sulla corretta registrazione dell'apposita cuffia di protezione al fine di evitare contatti accidentali delle mani con la lama rotante».

<sup>166</sup> La necessità di valutare il *grado della colpa* del concorrente ai fini della commisurazione della pena (oltre che della determinazione della misura del risarcimento) ha per la verità fornito alla Corte un punto di vista e quindi un argomento utile proprio a sostenere la necessità di un giudizio di accertamento circa l'eventuale contributo colposo della vittima: «esiste sempre l'obbligo del giudice – osserva infatti la Corte – di accertare la colpa concorrente della persona offesa o del terzo, in quanto sussiste sempre l'interesse dell'imputato all'accertamento dell'eventuale concorso alla produzione dell'evento, considerati i riflessi negativi che il mancato accertamento potrebbe avere sia sotto l'aspetto dell'entità del risarcimento sia sotto quello della misura della pena da irrogare in relazione ai principi fissati dall'art. 133. c.p.»; per di più, si prosegue, «l'esigenza di assicurare la personalizzazione e la compiuta definizione della sfera di responsabilità dei soggetti coinvolti impone di analizzare e definire il ruolo di ciascuno, sia sotto il profilo dell'apporto alla causazione dell'evento, sia per ciò che attiene alla ponderazione del rimprovero personale e quindi della colpa (...). Si tratta, infatti (...) di

Le pronunce citate si mostrano orientate, seppur in diversa misura e con diverse finalità, a sostenere la necessità di considerare la concreta incidenza dell'inosservanza specifica del lavoratore nella colpa concorrente (solitamente omissiva) del garante. Da una parte, si fa riferimento, tacito o espresso, al principio di affidamento, allo scopo di circoscrivere l'obbligo di sorveglianza e di controllo dei garanti della sicurezza alla puntuale ottemperanza dei lavoratori alle cautele loro prescritte (*ex art. 4, lett. c, d.P.R. n. 547/1955, prima; in base al T.U. 2008, ora*); o, comunque, si allude all'adempimento degli obblighi preliminari di formazione e formazione come preconditione all'eventuale riconoscimento di un legittimo affidamento. Dall'altra, invece, si intende valutare il contributo colposo della vittima al (solo) fine di graduare il *quantum* della colpa qualificante una condotta comunque tipica.

### 3.3.3. *L'esperienza spagnola*

#### 3.3.3.1. *Il doppio binario sanzionatorio previsto dal codice penale spagnolo. Quale spazio di rilevanza per il contributo della vittima?*

In base alla disciplina stabilita dal codice penale spagnolo, il datore di lavoro che non adotti le misure di cautela e prevenzione indicate dalla disciplina sulla prevenzione degli infortuni (*Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*) può essere chiamato a rispondere per il delitto colposo di pericolo concreto previsto dall'art. 317<sup>167</sup> o per i reati di omicidio e lesioni colpose previsti dagli artt. 142, 152 e 621 del codice penale spagnolo<sup>168</sup>.

---

questioni che hanno rilevanza ai fini della ricostruzione dei fattori che interagiscono sinergicamente nell'iter causale; e che rilevano nell'ambito della graduazione della colpa».

<sup>167</sup> Che punisce la commissione imprudente del delitto doloso di cui al precedente art. 316, il quale a sua volta sanziona coloro i quali «in violazione delle norme sulla prevenzione dei rischi professionali ed essendo legalmente obbligati [titolari di una posizione di garanzia, N.d.R.], non forniscano ai lavoratori i mezzi necessari allo svolgimento della propria attività con adeguate misure di sicurezza, in modo tale da metterne in grave pericolo la vita, la salute o l'integrità fisica (...)».

<sup>168</sup> In argomento, in Italia, D. CASTRONUOVO, *La tutela della sicurezza del lavoro in Francia, Germania e Spagna*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma*



Accanto alle fattispecie di danno (o evento naturalistico), quindi, l'ordinamento spagnolo prevede una forma anticipata di tutela. La fattispecie di pericolo concreto, configurata da una tipica norma penale in bianco, presenta però una struttura tale da richiedere ai fini della consumazione non soltanto l'integrazione di una condotta gravemente inosservante<sup>169</sup>, ma altresì la realizzazione di un evento consistente in un «pericolo grave e concreto»<sup>170</sup>. Stando alla dottrina prevalente, in sede di giudizio occorrerà verificare la sussistenza degli stessi ordinari nessi oggettivi e soggettivi caratteristici dei comuni reati di danno<sup>171</sup>. Il superamento del rischio consentito in cui si sostanzia l'inosservanza cautelare (*ex ante*) dovrà pertanto effettivamente tradursi nel pericolo grave ed attuale per la vita, l'incolumità e la salute dei lavoratori (*ex post*)<sup>172</sup>.

Tuttavia, l'esperienza applicativa mostra come raramente un procedimento per inosservanza di cautele antiinfortunistiche inizi prima che si verifichi un evento mortale o lesivo. Pertanto, questo doppio binario di tutela si traduce – in ottemperanza alle indicazioni della Procura generale dello Stato spagnolo<sup>173</sup> – in una duplice contestazione rivolta al

*dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 115, p. 119 ss.

<sup>169</sup> La fonte normativa di riferimento per l'individuazione delle regole cautelari pertinenti è la citata *Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)* dell'8 novembre 1995, n. 31, che nel Cap. III individua diritti e obblighi del datore di lavoro e dei lavoratori in materia di sicurezza.

<sup>170</sup> Al riguardo, N. GARCÍA RIVAS, *Delitos contra la seguridad en el trabajo (Estructura típica, bien jurídico y curso de delitos)*, in *CDJ – Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, 2005, XV, 229, p. 236 ss., 239 ss.

<sup>171</sup> Sui reati di pericolo concreto come reati d'evento, cfr. E. SOLA RECHE, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, in *ADPCP*, XLVII, 1, 1994, 167, p. 177 ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, in *ID.*, *Las Transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, I, Arequipa, 2004, 67, p. 71 ss.

<sup>172</sup> N. GARCÍA RIVAS, *op. cit.*, p. 239 ss. In giurisprudenza, la sentenza della *Audiencia Provincial (SAP) di Madrid (17ª)*, 24 aprile 2012.

<sup>173</sup> Secondo cui ogniqualvolta si verifichi un incidente sul lavoro, il reato di evento-pericolo e quello di evento-infortunio dovranno (in linea di principio) essere simultaneamente contestati al garante o ai garanti della sicurezza (in questo senso, la circolare n. 4 del 2 novembre 2011).

soggetto che occupa la posizione di garanzia<sup>174</sup>. La realizzazione di una condotta gravemente colposa dalla quale derivi un incidente sul lavoro, quindi, può portare a dover rispondere sia per l'antecedente evento-pericolo (*ex art. 317*), sia per la successiva verifica dell'evento-infortunio (*ex artt. 142, 152 e 621 c.p. spagnolo*)<sup>175</sup>.

Ciò premesso, ci si può chiedere se e in che misura l'eventuale contributo colposo della vittima possa condizionare l'applicazione di queste fattispecie.

Alcuni autori ritengono che l'imprudenza sopravvenuta del soggetto garantito non possa in alcun modo impedire l'integrazione della fattispecie di pericolo: essendo sufficiente la messa in pericolo del bene giuridico, tale realizzazione anticipata rispetto all'evento lesivo sarebbe strutturalmente incompatibile con qualsivoglia intervento terzo. La consumazione dipenderebbe quindi solo dalla condotta colposa del soggetto garante<sup>176</sup>. A ben vedere, però, se si concepisce il reato di cui al 317 del c.p. spagnolo come una fattispecie di evento-normativo, appare in linea di principio possibile che alla creazione di una situazione di grave pericolo (pur senza esito lesivo) possa concorrere, oltre alla condotta

---

<sup>174</sup> Cfr. al riguardo J. MARTÍNEZ RUIZ, *Sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo. Comentario de la jurisprudencia del TS al hilo de la Instrucción 1/2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral*, in *RECPC*, 2002, I, p. 3 ss.; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Barcelona, 2013, p. 95-6.

<sup>175</sup> La soluzione del concorso formale (da cui l'applicazione del calcolo sanzionatorio previsto dall'art. 77 del c.p. spagnolo) si giustificherebbe, per la dottrina prevalente, in ragione della eterogenea oggettività giuridica sottesa a queste fattispecie: il bene collettivo della «sicurezza nei luoghi di lavoro», nel caso del 317 c.p.; la vita e l'integrità fisica del lavoratore o dei lavoratori coinvolto/i nell'incidente, nel caso delle fattispecie di evento naturalistico: J. MARTÍNEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 3-4. Pertanto, il reato di pericolo verrebbe assorbito da quello di danno soltanto nel caso in cui la violazione non abbia messo in grave pericolo lavoratori diversi da quelli effettivamente infortunatisi, cioè qualora l'evento-pericolo si sia manifestato, ma anche esaurito, nell'evento lesivo verificatosi. A quest'orientamento si oppone tuttavia la tesi di chi, ritenendo il reato di pericolo posto a protezione della «sicurezza nel lavoro» teleologicamente autonomo rispetto a quello di danno, posto a tutela della «persona del lavoratore in quanto persona (non solamente in quanto lavoratore)», sostiene l'opportunità di escludere qualsiasi ipotesi di assorbimento: N. GARCÍA RIVAS, *op. cit.*, p. 244 ss., 249 ss.

<sup>176</sup> R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 95-6.

del responsabile della sicurezza, anche quella irregolare di un lavoratore.

Sia in relazione alla fattispecie di pericolo concreto, sia con riferimento a quella di danno, la dottrina e la giurisprudenza spagnole hanno ritenuto che la responsabilità colposa del garante possa essere esclusa quando la condotta della vittima integri una *autopuesta en peligro* (autoesposizione al pericolo, *Selbstgefährdung*) idonea ad interrompere il «nesso di rischio» (talvolta, come sappiamo, ancora denominato «nesso causale») fra la condotta del garante e l'evento verificatosi<sup>177</sup>. Nessuna rilevanza viene invece riconosciuta al contributo colposo della vittima sul diverso e antecedente piano della inosservanza del dovere di diligenza (della colpa, secondo un giudizio di diligenza *ex ante*), dove, per ciò che attiene al reato di evento, il canone orientativo della condotta prudente del garante viene per lo più identificato con il c.d. «principio di sfiducia» (*principio de desconfianza*), così denominato in quanto criterio di azione *ex ante* (e di giudizio, *ex post*) idealmente opposto al principio di affidamento<sup>178</sup>.

Questa conclusione, accettata anche nella dottrina più recente, viene sostenuta facendo leva sullo stato di soggezione e subordinazione in cui verserebbe il lavoratore nel quadro delineato dallo Statuto dei lavoratori (*Estatuto de los Trabajadores*)<sup>179</sup> e da talune disposizioni della nor-

---

<sup>177</sup> Cfr. M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, cit., 359, p. 370 ss.; nello stesso volume, C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad*, 281, p. 290 ss.

<sup>178</sup> Questa tesi è stata sostenuta, pur non senza ambiguità, da L. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 179 ss., il quale, dopo aver osservato che «il datore di lavoro deve prescindere dall'affidamento e rivolgere la propria attenzione allo scopo di prevenire le condotte pericolose degli incaricati e dei lavoratori alle sue dipendenze, quando questi risultino sottoqualificati per lo svolgimento del lavoro assegnato o quando sia concretamente prevedibile la condotta incorretta dell'agente», concludeva sostenendo che «nell'ambito della sicurezza del lavoro, la regola è la sfiducia, dovendosi considerare come principio fondamentale per la determinazione della diligenza del datore di lavoro quello secondo cui egli è obbligato a prevedere le imprudenze della vittima (...)» (trad. propria).

<sup>179</sup> Secondo il quale i lavoratori sono obbligati a «svolgere il lavoro concordato sotto la direzione del datore di lavoro o della persona delegata» (art. 20, *Real Decreto*

mativa in materia di prevenzione (*Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*), il cui art. 15, co. 4, in particolare, stabilisce che «le misure di prevenzione, per essere effettive, dovranno contemplare le distrazioni o imprudenze non temerarie che possa commettere il lavoratore»<sup>180</sup>.

Tuttavia, occorre tener presente che anche l'attuale disciplina spagnola in materia (la citata *LPRL*), come quella italiana, adotta il modello partecipativo di matrice comunitaria. Pertanto, oltre a prevedere a carico del garante specifici doveri formativi (art. 18) e informativi (art. 19), assegna a ciascun attore della sicurezza, lavoratore compreso, il compito di collaborare attivamente al mantenimento delle condizioni di sicurezza nei luoghi di lavoro (*Capítulo III – Derechos y obligaciones*, artt. 14 ss.). Nondimeno, oltre al dovere di informare e formare adeguatamente i lavoratori e a quello di fornire loro gli strumenti di protezione individuale adeguati allo svolgimento delle rispettive funzioni, al garante della sicurezza compete altresì l'onere di «vegliare sull'uso effettivo degli stessi, quando siano necessari in ragione della natura dei lavori realizzati» (art. 17, co. 2).

### 3.3.3.2. Il «concorso di colpe»: la diminuzione del grado della colpa del responsabile della sicurezza

Un atteggiamento analogo a quello della citata sentenza di Cassazione del 2007 (§ 3.3.2.3) è stato assunto, soprattutto in passato, anche da una parte della giurisprudenza spagnola<sup>181</sup>. Di fronte a casi nei quali autore (garante) e vittima avessero contribuito con rispettive condotte colpose alla realizzazione del medesimo risultato, la giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, a partire dagli anni Settanta, adottò la dottrina della

---

*Legislativo 1/1995, de 24 marzo*) e devono «rispettare gli ordini e le istruzioni date del datore di lavoro nell'esercizio regolare dei suoi poteri direttivi» (art. 5, lett. c, trad. propria).

<sup>180</sup> Cfr. J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas*, in *Cuad. Der. Jud.*, XV, 2005, 415, p. 428 ss.; C. BOLEA BARDÓN, *op. cit.*, p. 291-2; e R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 96-7.

<sup>181</sup> Ad es., nella sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 18 marzo 2002, n. 491.

*concurrentia de culpas* (concorso di colpe). Pertanto, qualora ad un'inosservanza del datore di lavoro si fosse aggiunta anche un'imprudenza della vittima, e qualora entrambe avessero trovato realizzazione nell'evento, la colpa del garante avrebbe dovuto degradare da grave a lieve o, se del caso, da lieve e penalmente irrilevante<sup>182</sup>.

Tuttavia, quest'orientamento viene criticato essenzialmente per le seguenti ragioni. In primo luogo, rilevando la sua risalente matrice civilistica<sup>183</sup>, si fa notare come la gravità della colpa dovrebbe riflettere un giudizio di disapprovazione da compiersi sulla condotta dell'agente, cioè da un punto di vista *ex ante*, per cui nessuna rilevanza potrebbe assumere la circostanza che alla realizzazione dell'evento partecipi anche un rischio creato dal lavoratore (valutazione da compiersi *ex post*). Inoltre, si osserva come tale dottrina si risolva di fatto in soluzioni intuitive, equitative e compensative, dalle quali non si evince né come, né perché, da un punto di vista teorico-dogmatico, il contributo colposo della vittima possa influire sul *quantum* della responsabilità del garante<sup>184</sup>.

### 3.3.3.3. «Principio di sfiducia» e «autoesposizione al pericolo» della vittima: l'interruzione del nesso di imputazione (obiettiva dell'evento)

Benché l'approccio giurisprudenziale appaia tuttora piuttosto confuso e connotato da una buona dose di intuizionismo, l'incisiva influenza esercitata negli ultimi decenni dalla dogmatica tedesca su quella spagnola spiega perché la casistica in esame venga trattata a partire da due fondamentali nuclei argomentativi, relativi, rispettivamente, (1) al disvalore della condotta del garante (alla creazione di un rischio non con-

---

<sup>182</sup> Talvolta il concorso di colpa della vittima giustificerebbe soltanto la riduzione dell'entità del risarcimento (v. la giurisprudenza citata da M.T. CASTAÑEIRA PALOU, M. LLOBET ANGLÍ, R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrentia de culpas: criterios jurisprudenciales*, in *InDret*, 2005/1, p. 22 ss.).

<sup>183</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 1, 1868 (2<sup>a</sup> ed.), p. 87 ss.; nell'attuale dottrina spagnola, J.M. TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 429 ss.

<sup>184</sup> Cfr. C. BOLEA BARDÓN, *op. cit.*, p. 294-5; J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 176 ss.

sentito) e (2) all'imputazione oggettiva dell'evento (alla realizzazione di quel medesimo rischio)<sup>185</sup>.

Dal punto di vista del disvalore della condotta, il criterio adottato dalla ormai costante giurisprudenza in questa materia riflette nella sostanza quello tradizionalmente impiegato anche in Italia.

È un principio definitivamente acquisito nell'ambito delle relazioni lavorative – leggiamo nella sentenza del *Tribunal Supremo* (STS) n. 1329 del 5 settembre 2001 – quello della protezione del lavoratore a fronte delle sue stesse imprudenze professionali, principio che ispira l'intera legislazione in materia di incidenti sul lavoro<sup>186</sup>.

Il datore di lavoro assume quindi il ruolo di garante della vita e della salute dei lavoratori, senza che la previsione di obblighi specifici dei lavoratori in materia di sicurezza e igiene agisca sull'estensione del dovere datoriale di vigilanza<sup>187</sup>.

Il canone chiamato a orientare la condotta del garante (e la valutazione del giudice) è dato quindi dal già indicato «principio di sfiducia» (o di «non affidamento», se si preferisce), per cui si assegna al datore lavoro un dovere di controllo costante sull'attività del subordinato e si giunge, *ex post*, a dichiararne la *culpa in vigilando* (cioè l'inosservanza)

<sup>185</sup> Esplicita, in questo senso, la sentenza del *Tribunal Supremo* (STS) n. 7544 del 2000: «La teoria dell'imputazione è quella adottata dalla giurisprudenza di questa sala per spiegare la relazione che sussiste tra l'azione e l'evento, la quale viene a sostituire la relazione causale intesa in modo esclusivamente naturalistico, introducendo considerazioni normative provenienti dalla teoria della rilevanza (...)». Così, «verificata l'esistenza della causalità materiale, l'imputazione dell'evento richiede inoltre di verificare: (1) se l'azione dell'autore ha creato un pericolo giuridicamente non consentito (...); (2) se l'evento causato dall'azione è la realizzazione del medesimo pericolo (giuridicamente disapprovato) creato dall'azione» (trad. propria).

<sup>186</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS) n. 1329, del 5 settembre 2001, Rel. Delgado García.

<sup>187</sup> Nel caso particolare, il garante della sicurezza di un cantiere in costruzione è ritenuto responsabile della violazione del dovere di vigilanza per la morte di un operaio caduto in un vano scale, ancora sprovvisto di ringhiere, lasciato scoperto da altri addetti ai lavori, nonostante il garante avesse previsto e indicato, nel piano di sicurezza predisposto, misure precauzionali idonee ad evitare simili incidenti (misure di sicurezza tuttavia inapplicate, così giustificando, a giudizio della Corte, l'attribuzione di colpa per insufficiente vigilanza).

vanza del dovere, indubbiamente «atipico», di vegliare sul rispetto delle misure cautelari da parte dei singoli lavoratori).

L'eventuale contributo della vittima nell'evento, però, come già accennato, può assumere rilievo nel giudizio relativo al «nesso di rischio» (Capitolo 2, § 2.4). I casi di concorso di colpe, un tempo esaminati attraverso la lente concettuale della causalità giuridica (dell'adeguatezza e della rilevanza), vengono così trattati ricorrendo al criterio della «autoesposizione al pericolo della vittima» (*Selbstgefährdung*)<sup>188</sup>, categoria ritenuta da alcuni autori e tribunali idonea, in taluni casi e a determinate condizioni, a interrompere il «nesso di imputazione» (oggettiva dell'evento) fra la condotta *ex ante* colposa dell'autore e il pregiudizio subito dal lavoratore imprudente<sup>189</sup>.

Un primo, peculiare e controverso, esempio di questo orientamento<sup>190</sup> è offerto da una sentenza assolutoria resa dalla *Audiencia Provincial* di Barcellona (2003)<sup>191</sup>, in relazione al caso di un operaio rimasto tetraplegico dopo essere precipitato da tre metri e mezzo di altezza mentre ultimava una riparazione servendosi di un sostegno instabile (una specie di cavalletto) e senza alcuna barriera di protezione dal vuoto<sup>192</sup>. La sentenza riconosce che il datore di lavoro, oltre a non aver

---

<sup>188</sup> Nella dottrina spagnola, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 550 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 431 ss.; M. CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima*, cit., p. 179 ss. In Italia: A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 201 ss., spec. 210 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 359 ss., spec. 547 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 332 ss.

<sup>189</sup> A sostegno di questa soluzione dogmatica – con le puntualizzazioni che vedremo – applicata agli infortuni sul lavoro e alla responsabilità del garante, M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 370 ss. *Contra*, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro*, cit., p. 455 ss.

<sup>190</sup> Per una rassegna giurisprudenziale sul criterio dell'autoesposizione al pericolo, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 345 ss.

<sup>191</sup> Sentenza della *Audiencia Provincial* di Barcellona (SAP), 2 settembre 2003, n. 619.

<sup>192</sup> I fatti oggetto del giudizio vengono indicati con maggior dettaglio in M.T. CASTAÑEIRA PALOU, M. LLOBET ANGLÍ, R. MONTANER FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 2.

adottato i necessari e basilari presidi di sicurezza, permise che il lavoratore procedesse alla riparazione senza poter contare su adeguate protezioni; ciò che, indubbiamente – come sottolinea la stessa sentenza –, rendeva prevedibile l'evento. Tuttavia, a parere del tribunale, agendo in quel modo il lavoratore avrebbe manifestato una «volontaria accettazione del rischio» di subire l'infortunio. La vittima, osservano i giudici, accettando di eseguire l'opera in condizioni di alto rischio, «omise di adottare le più elementari norme di diligenza»; mentre qualunque altro lavoratore, nel caso in cui decida di eseguire le indicazioni del superiore, non soltanto potendo prevedere, ma essendo perfettamente cosciente del pericolo, «adotterebbe le misure di precauzione idonee ad evitare un evento lesivo per sé medesimo (...)».

La autoesposizione al pericolo della vittima escluderebbe quindi *ex post* l'imputazione oggettiva dell'evento alla condotta, pur *ex ante* colposa, del garante della sicurezza.

Una puntuale indicazione dei criteri di valutazione in auge nella giurisprudenza spagnola ce la fornisce una coeva sentenza della *Audiencia Provincial* di Guipúzcoa<sup>193</sup>. Per quanto riguarda i criteri normativi disciplinanti la posizione del datore di lavoro, leggiamo,

si può affermare che la norma di diligenza (...) non si basa sul c.d. principio di affidamento (...), ma su quello di sfiducia – secondo il quale, il datore di lavoro che detiene il potere giuridico di direzione e controllo deve prevedere le omissioni ordinarie dei lavoratori.

Pur essendo la norma di diligenza uno degli elementi vertebrali dell'illecito colposo, essa non è però l'unica componente strutturale dell'infrazione imprudente. Sul piano oggettivo, occorre considerare anche la produzione di un evento tipicamente rilevante e l'esistenza di una relazione funzionale e materiale tra la condotta inosservante l'esigenza stabilita dalla norma di diligenza e l'evento concreto cagionato (imputazione oggettiva dell'evento) (*trad. propria*).

Per quanto riguarda, in particolare, la «autoesposizione al pericolo della vittima», secondo la Corte territoriale si richiedono due requisiti: (1) «una chiara consapevolezza del pericolo per un bene giuridico determinato da parte del titolare [del bene] e protagonista della condotta

---

<sup>193</sup> Sentenza de la *Audiencia Provincial* (SAP) di Guipúzcoa (1ª), 21 ottobre 2004.



di rischio»; (2) «la libera assunzione del rischio generato»<sup>194</sup>. Ciò rilevarebbe ogniquale volta il rischio assunto dalla vittima si realizzi nell'evento; mentre sarebbe irrilevante qualora l'infortunio rappresenti soltanto la realizzazione del rischio creato dalla condotta colposa del garante. La concretizzazione nel medesimo evento-infortunio del rischio creato dal datore di lavoro e di quello apportato dalla vittima, infine, comporterebbe la degradazione della colpa del primo, nel caso in cui «la violazione della diligenza dovuta possa essere qualificata come grave (...), dovendosi in tal caso ritenersi lieve».

Non sempre il ricorso al criterio interruttivo (e al vecchio «concorso di colpa», che riemerge nella diminuzione del grado della colpa in base ad un giudizio *ex post*) induce la giurisprudenza all'esclusione della responsabilità del datore di lavoro. In una sentenza del *Tribunal Supremo* del 2000<sup>195</sup>, si tratta il caso di un giovane operaio deceduto mentre ultimava la costruzione di un deposito d'acqua a pochi metri dai cavi di una linea di alta tensione. Secondo la ricostruzione dei fatti, il datore di lavoro (di fatto, perché non esisteva alcun regolare contratto di lavoro) non fornì alla vittima, un ragazzo diciottenne, nessuna informazione e nessun mezzo di protezione, nonostante il carattere altamente rischioso di quell'attività. Il ragazzo morì a causa di una scarica elettrica che lo colpì quando lo strumento di misurazione che stava utilizzando andò a toccare i fili sovrastanti.

Esaminato il ricorso, in cui si deduceva una sorta di suicidio colposo della vittima<sup>196</sup>, la Corte ribadisce che i casi d'infortunio devono essere risolti attraverso criteri (propri della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, secondo i giudici) della sfiducia da parte del responsabile della sicurezza (*ex ante*) e dell'autoesposizione della vittima (*ex post*). Tuttavia, si stabilisce che, nel caso *de quo*, il secondo criterio non può trovare applicazione. Infatti, leggiamo,

---

<sup>194</sup> Si tratta delle due condizioni richieste in dottrina da M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 367 ss.

<sup>195</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo* (STS), 19 ottobre 2000, n. 1611 (RJ 2000, 9263).

<sup>196</sup> Vedremo fra poco che così, anche in dottrina, si è inteso definire la «autoesposizione al pericolo» della vittima idonea ad interrompere il «nesso di rischio».

l'imputato e nessun altro crea un pericolo (...) che avrebbe potuto prevedere se avesse adottato le adeguate misure di precauzione (...), non essendo accettabile addebitare alla vittima, un giovane diciottenne senza alcuna esperienza lavorativa, il fatto di non aver adottato misure di prevenzione che non gli erano neppure state comunicate, non essendo neppure consapevole del rischio che correva realizzando il lavoro assegnato.

L'inapplicabilità del criterio interruttivo implica, quindi, l'imputazione dell'evento alla condotta colposa del responsabile della sicurezza.

#### 3.3.3.4. *La diligenza altrui come aspettativa legittima: spazio al principio di affidamento?*

La tendenza è quella di presumere la negligenza del garante e di valutare il contributo della vittima, eventualmente, sul piano della imputazione oggettiva. Tuttavia, alcune, poche, sentenze sembrano rivalutare l'importanza di un giudizio *in concreto* circa il *disvalore della condotta*, prendendo così le distanze dal dogma della «sfiducia» sistematica in ordine alla diligenza del garante.

Fra queste, una sentenza della *Audiencia Provincial* di Madrid (2003)<sup>197</sup> sottolinea il parallelismo che è possibile stabilire fra il settore in esame e quello dell'attività medico-chirurgica. Anche l'attività d'impresa, si osserva, si caratterizza per il fatto che nessuno degli agenti «controlla l'attività nella sua interezza e lavora in base ai principi di “complementarietà” e di “affidamento” nella normalità e correttezza della condotta altrui». Si segnala quindi che, in relazione alla divisione del lavoro, «è opportuno offrire una risposta adeguata, al fine di evitare sia che si diluiscano le responsabilità, sia che si esasperi in maniera insostenibile il dovere di vigilanza e di controllo del capo dell'*équipe*». Da qui, pur senza disconoscere la vigenza di quei doveri «secondari» nell'ambito della sicurezza del lavoro (e dei cantieri, in particolare), il riconoscimento che, tanto nella divisione orizzontale, quanto in quella verticale,

---

<sup>197</sup> Sentenza della *Audiencia Provincial* (SAP) di Madrid, 6 ottobre 2003.

le relazioni tra i membri dell'*équipe* si basano, come regola generale, sul principio dell'affidamento nella presumibile e prevedibile correttezza della condotta dei colleghi e del personale ausiliare, a meno che non esistano circostanze che inducano a mettere in dubbio la solidità di detta aspettativa (*trad. propria*).

### 3.3.4. Sintesi comparatistica

La Corte di Cassazione ha espresso tradizionalmente la massima per cui, in questa materia,

il principio d'affidamento va temperato con il principio di salvaguardia degli interessi del lavoratore "garantito" dal rispetto della normativa antinfortunistica; ne consegue che il datore di lavoro, garante dell'incolumità personale dei suoi dipendenti, è tenuto a valutare i rischi ed a prevenirli, e non può invocare a sua discolpa, in difetto della necessaria diligenza, prudenza e perizia, eventuali responsabilità altrui<sup>198</sup>.

Il dovere di impedire l'infortunio assume quindi un carattere onnicomprensivo, poiché dotato di un'estensione indipendente da qualsivoglia considerazione circa eventuali aspettative legittime in favore del garante o a proposito della riconoscibilità o meno della condotta inosservante della vittima<sup>199</sup>.

Lo spazio dogmatico in cui il contributo della vittima ha assunto rilievo è stato, in entrambe le esperienze considerate, quello della «causalità giuridica». In Italia, come visto, si ricorre per lungo tempo alla formula antoliseiana della imprevedibilità secondo l'*id quod plerumque accidit* (con appiglio normativo nell'art. 41, cpv., c.p.). In Spagna, invece, ci si affida a criteri ricavati dalle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, che della causalità giuridica rappresentano l'evoluzione;

---

<sup>198</sup> Così, Cass. pen., sez. IV, 29 aprile 2008, n. 22622; ripresa anche in Cass. pen., sez. IV, 2 novembre 2011, n. 14999, e Cass. pen., sez. III, 31 marzo 2011, n. 19312.

<sup>199</sup> Come osserva criticamente O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 75, «Il datore di lavoro è interpretato come un nume tutelare della sicurezza fisica del lavoratore nell'azienda e, come si addice a qualsiasi divinità degna di rispetto, deve essere onniveggente ed onnipotente: vale a dire, in grado non soltanto di prevedere, bensì anche di evitare qualsivoglia evento (...)».

con il risultato, talvolta, di escludere l'imputazione dell'evento alla pur colposa condotta del datore di lavoro, in base al criterio interruttivo della «autoesposizione al pericolo» della vittima.

L'effetto dei due atteggiamenti, nonostante la comune matrice dottrinale, è, di regola, opposto. Infatti, mentre la giurisprudenza italiana ha escluso quasi sempre che il contegno della vittima potesse esprimere un effetto interruttivo (*ex art. 41 cpv., c.p.*), quella spagnola è giunta ad escludere la responsabilità del datore di lavoro in base alla autoresponsabilità della vittima. Nondimeno, quando il criterio della «abnormità», utilizzato dalla giurisprudenza italiana, viene ritenuto integrato dalla condotta «esorbitante dal procedimento di lavoro ed incompatibile con il sistema di lavorazione», dal «fatto doloso» o dalla «volontaria inosservanza» della vittima<sup>200</sup>, le due prassi giungono ad esiti equivalenti.

Nei prossimi paragrafi vedremo però che vi sono buone ragioni per ritenere che nessuna delle sue soluzioni tradizionali – (Italia) «la condotta colposa della vittima è sempre prevedibile» (salvo eccezioni); (Spagna) «l'autoesposizione della vittima interrompe il nesso di rischio» (salvo che la condotta della vittima non sia qualificata come tale, cioè appunto come autoesposizione interruttiva) – sia ragionevole. In questo senso, si rivaluteranno quelle più recenti pronunce che, in senso difforme, esprimono una rinnovata sensibilità, nel senso di attribuire uno spazio al contributo della vittima sul piano della concreta estensione del dovere relazionale di vigilanza (§ 3.3.2.3).

### *3.3.5. Disvalore della condotta (ex ante) vs. imputazione oggettiva dell'evento (ex post): matrici dottrinali degli orientamenti giurisprudenziali tradizionalmente prevalenti*

#### *3.3.5.1. La prevedibilità dell'evento tra causalità e colpa*

Come si è osservato, legare l'effetto interruttivo del nesso di causalità (da intendersi come nesso di imputazione normativa) alla «eccezionalità» o alla «obiettiva imprevedibilità» della condotta imprudente della vittima significa confondere il piano oggettivo con quello soggettivo

---

<sup>200</sup> Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2006, n. 41951.

dell'imputazione del fatto-tipico. Il giudizio sulla prevedibilità o imprevedibilità dell'evento – valutazione da svolgere in concreto, assumendo la prospettiva *ex ante* del parametro normativo di riferimento – appartiene infatti al terreno della colpa, non certo a quello della causalità, che va invece accertata oggettivamente e rigorosamente *ex post*<sup>201</sup>.

Pur non potendo ripercorrere il dibattito sul campo applicativo – ammesso che ve ne sia uno – del capoverso dell'art. 41 c.p. (il quale fornirebbe una base gius-positiva alla teoria della «causalità umana»)<sup>202</sup>, il vero problema sta nel fatto che il ricorso a un'idea di prevedibilità di tipo causale (intesa come *idoneità generale*, cioè *causalità generale*) non è più coniugabile con la concezione normativa della colpa. La «contaminazione metodologica» fra causalità e colpa, frequentemente denunciata, appare più che altro l'effetto di un'interferenza diacronica fra teorie del reato disomogenee e inconciliabili. L'errore di chi ricorre al criterio selettivo dell'adeguatezza o della prevedibilità oggettiva generale, in buona sostanza, consisterebbe nel concepire la causalità come ai tempi in cui la colpa veniva intesa in base al paradigma presuntivo della *culpa in re ipsa*, da cui la necessità – oggi ingiustificata – di ricorrere alle teorie normative dell'azione, della rilevanza, dell'imputazione oggettiva e, appunto, della causalità giuridica, allo scopo di restringere il campo degli eventi ascrivibili alla condotta dell'agente.

Come abbiamo visto, nella causalità (giuridica), il termine «prevedibilità» assume tradizionalmente il significato di «idoneità» o di «non eccezionalità» e riflette un giudizio prognostico a-valutativo, generalizzante ed astratto. Nelle più recenti concezioni normative della colpa, tale criterio indica invece un *potere-dovere di rappresentazione* basato

---

<sup>201</sup> Cfr. al riguardo, con specifico riferimento al settore della sicurezza del lavoro: G.P. VOLPE, *op. cit.*, p. 110 ss.; R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 994-5; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 71 ss., 327 ss.

<sup>202</sup> Sul quale, anche per ulteriori riferimenti, F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1264 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 308 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 77 ss.; A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, cit., p. 166 ss.; inoltre, con specifico riguardo al tema in esame, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 268 ss.

su conoscenze fattuali e nomologiche, determinate in base ad un parametro normativo che dovrebbe riflettere le aspettative dell'ordinamento (Capitolo 2, § 1.3). Pertanto, il ricorso al ragionamento e al lessico causale risulta chiaramente incoerente sia sul piano sistematico, sia su quello argomentativo. Il giudizio sull'idoneità causale della condotta, compiuto su base astrattamente nomologica (*id quod plerumque accidit*), va dunque ritenuto assorbito dalla valutazione finalizzata a dare contenuto normativo al dovere di diligenza.

3.3.5.2. *La «autoesposizione al pericolo» della vittima nella teoria della imputazione oggettiva dell'evento. Un criterio di giudizio valido in materia di responsabilità datoriale?*

Se nella *forma mentis* della giurisprudenza italiana espressione dell'orientamento tradizionale riconosciamo l'insegnamento di *Antolisei*, nella concezione dell'illecito colposo adottata dalla prevalente giurisprudenza spagnola si nota invece la fortissima influenza esercitata dalla dogmatica tedesca, e in modo particolare da *Roxin*, nella cultura penalistica che la ispira.

Nel contributo dottrinale del fondatore della moderna *objektive Zurechnungslehre*, come già osservato (Capitolo 2, § 2.4), il concetto di «rischio» (di «creazione del rischio» e di «realizzazione del rischio») assume la funzione centrale di circoscrivere, *ex ante* ed *ex post*, rispettivamente, l'insieme degli eventi imputabili, rispetto a quelli – per l'appunto – meramente prevedibili secondo l'*id quod plerumque accidit*. L'adozione di un metodo ricostruttivo di tipo casistico-induttivo consentì quindi di elaborare criteri di imputazione ispirati al generale canone ascrittivo della «realizzazione del rischio», ma differenziati per classi di eventi. Da allora, la dottrina iniziò a occuparsi di danni consequenziali o secondari (*Zweitschäden*), ed in particolare di danni da *shock* emotivo (*Schockschäden*), di danni protratti e conseguenze tardive (*Dauerschäden, Spätfolgen*) e, infine, di danni generati dalla condotta colposa o dolosa di un agente, realizzatisi grazie alla partecipazione della stessa vittima, differenziando le ipotesi di «autoesposizione al pericolo» (*Selbstgefährdung*) – categoria che ritroviamo oggi, come appena visto, nella giurisprudenza spagnola sulla responsabilità datoriale per

gli infortuni sul lavoro, e che ogni tanto appare pure in Italia nella giurisprudenza che ricorre all'art. 41, cpv., c.p.<sup>203</sup> – da quelle di «consensuale esposizione al pericolo creato da altri» (*einverständliche Fremdgefährdung*)<sup>204</sup>.

Ora, come noto, esiste diversità di vedute fra chi sostiene che, a forza di progressive sotto-categorizzazioni, si sia realizzata una graduale dissoluzione della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (ragion per cui questa andrebbe respinta come teoria univoca)<sup>205</sup> e chi, invece, invertendo la rotta, intende operare una ricomposizione ordinata di quei problemi mediante la categoria del «nesso di rischio», intesa quale espressione «trasversale» del principio di «responsabilità per fatto proprio»<sup>206</sup>. Tuttavia, al di là delle etichette, ciò che interessa è verificare se sia rintracciabile una teorizzazione della c.d. «autoesposizione al pericolo» capace di spiegare e giustificare in maniera convincente l'effetto interruttivo che, talvolta, la giurisprudenza spagnola riconosce in questa materia.

Concettualmente, la contrapposizione fra «autoesposizione al pericolo» e «consensuale esposizione al pericolo» poggia sulla distinzione fra autorità e partecipazione, tematizzata in materia di concorso di persone<sup>207</sup>. La non punibilità della «partecipazione» alla «autoesposizione

<sup>203</sup> Cass. pen., sez. IV, 4 settembre 2014, n. 36920, in *Giur. pen.*

<sup>204</sup> Su tutte queste categorie casistiche e sui relativi criteri di imputazione, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 547 ss., nel capitolo dedicato alle ipotesi di «applicazione "allargata" del criterio della realizzazione del rischio».

<sup>205</sup> Ad es., O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 333 ss., 346-7, la quale però, laicamente, riconosce che taluni risultati raggiunti dalla propria indagine possono coincidere «con quelli di un largo settore della dottrina d'oltralpe» (*op. ult. cit.*, p. 473).

<sup>206</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., spec. p. 149 ss., 159.

<sup>207</sup> E applicabile anche in materia di reato colposo, secondo una parte consistente della dottrina spagnola: M. PÉREZ MANZANO, *La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995*, in *RDPC*, 2000/1 (n.e.), 139, p. 142 ss., spec. 147 ss.; E.O. DE TOLEDO Y UBIETO, *Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de la «responsabilidad penal por el producto»*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., 825, p. 843 ss., 850 ss.; R. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002, p. 315 ss., 501 ss.; F.G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2004, p. 347 ss., 463 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit.,

al pericolo» fu originariamente ricavata per analogia dalla non punibilità della compartecipazione colposa al suicidio, ai sensi dello *Strafgesetzbuch* tedesco. Come ha sostenuto Gimbernat, se tale forma di concorso è penalmente irrilevante (anche ai sensi del codice spagnolo), non può considerarsi punibile neppure la partecipazione colposa al fatto della vittima che colpevolmente «si uccide o si auto affligge una lesione»<sup>208</sup>.

Alla base dell'indicato *argumentum a maiore ad minus* e della sua discutibile matrice analogica<sup>209</sup> si coglie dunque un principio ascrittivo senza il quale non si capirebbe che cosa davvero differenzi la situazione in cui «è la vittima che, in fin dei conti, si uccide o si auto affligge una lesione», da quella in cui «un terzo, come autore diretto, uccide o cagiona danno alla vittima, benché quest'ultima accetti consapevolmente il rischio di pregiudizio per la sua vita o integrità a cui il primo la espone» (mera «consensuale esposizione al pericolo» o «esposizione al pericolo acconsentita»)<sup>210</sup>. In entrambi i casi, la vittima potenziale accetta il rischio<sup>211</sup>; tuttavia, mentre nei casi di *einverständliche Fremdgefährdung* chi mantiene il dominio sul fatto è chi genera quel rischio, la cui realizzazione gli è imputabile, nel caso di *Selbstgefährdung*, invece, chi si trova in condizioni di controllare il corso degli eventi, restando «padrone del proprio destino», è chi subisce il pregiudizio<sup>212</sup>.

p. 390-1. *Contra*, G. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2002 (3ª ed.), p. 630-1, secondo il quale, di fronte a «condotte colpose convergenti e concatenate verso lo stesso evento, l'unica distinzione rilevante è quella fra colpa lieve e colpa grave» rispetto a ciascuna condotta colposa.

<sup>208</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, in *ADPCP*, LVIII, 2005, 733, p. 734 ss.

<sup>209</sup> Per una critica organica e serrata al metodo e al merito dell'analogia fra suicidio e autoesposizione della vittima, e alle conseguenze che se ne ricavano sul piano dell'imputazione oggettiva, M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 43 ss., 193 ss.

<sup>210</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, cit., p. 734 (trad. propria).

<sup>211</sup> *Ibidem*.

<sup>212</sup> Cfr., in senso critico, A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., spec. p. 220-4, e M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 201-2.



Applicata al concorso della vittima, quindi, la teoria del «dominio sul fatto»<sup>213</sup> consentirebbe di distinguere (i) i casi in cui l'evento è comunque imputabile alla condotta colposa/dolosa di chi espone altri al rischio generato («esposizione al pericolo acconsentita» o «consensuale»), (ii) da quelli di accettazione del rischio (praticamente, un dolo eventuale della vittima, che consentirebbe di qualificare la condotta auto-lesiva come quasi-suicida) con effetto interruttivo del «nesso di imputazione» («autoesposizione al pericolo»)<sup>214</sup>.

Al cospetto di un panorama dottrinale in materia di danni secondari incapace di fornire criteri di giudizio univoci o quantomeno risolutivi<sup>215</sup>, a questa classificazione si è voluta assegnare una funzione determinante in sede di imputazione oggettiva dell'evento. Invertendo il ragionamento induttivo di partenza (quello che sottende la elaborazione casistica-induttiva di tali categorie), l'interprete (il giudice) dovrebbe riuscire a ricondurre ciascun caso concreto all'una o all'altra classe di ipotesi e, per questa via, dedurre l'interruzione o il mantenimento del nesso di imputazione nei confronti di chi abbia dato origine alla situazione di rischio, realizzatasi nell'evento con il successivo intervento della vittima.

Tuttavia, il compimento di questa sussunzione, come l'esperienza applicativa mostra chiaramente, conduce ad esiti incerti. Paradigmatico è il caso del rapporto sessuale non protetto fra il soggetto sieropositivo

---

<sup>213</sup> Tradizionalmente si fa risalire la prima formulazione della teoria del «dominio sul fatto» a Lobe (1933). Diverse *Tatherrschaftslehren* sono poi state variamente sviluppate da Welzel (1939), Maurach (1954) e Gallas (1968). Ma l'elaborazione più fortunata è di C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, p. 107 ss. (I. CAMPAGNA, *Meccanismi di imputazione nel Machtapparat: l'esempio della Operación Cóndor*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, cit., p. 366, nt. 15). Sull'inapplicabilità del criterio della *Tatherrschaft* al reato colposo nelle opere dell'autore tedesco, cfr. tuttavia J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, in *ADPCP*, 1984, 103, p. 114 ss., spec. 120 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 229 ss.

<sup>214</sup> A questo proposito, lo stesso C. ROXIN, *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho penal*, in [www.uam.es](http://www.uam.es), 2012.

<sup>215</sup> A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 213 ss.

consapevole della propria condizione (fonte del rischio) e altro individuo a propria volta cosciente dello stato del partner (vittima potenziale che sceglie di esporsi al pericolo, accettando il rischio di trasmissione). Di fronte all'avvenuto contagio, il tentativo di stabilire se il soggetto sieropositivo debba rispondere in qualità di autore (sussistendo i requisiti di causalità, colpa – se non dolo eventuale – e realizzazione del rischio generato) o se, al contrario, la consapevole assunzione del rischio da parte della vittima e il mantenimento del potere di dominio sul fatto (dato dalla possibilità di sottrarsi dal rapporto sessuale) giustifichi l'interruzione del nesso di imputazione, dopo tanti anni di dibattito, non ha ancora trovato una soluzione condivisa<sup>216</sup>.

Oltre alle cennate difficoltà applicative e all'evidente relatività sostanziale del criterio in esame<sup>217</sup> (a dispetto della tranciante funzione interruttiva che gli viene assegnata), possono evidenziarsi altri problemi: (1) la discutibile rilevanza del consenso sul piano dell'illecito; (2) il carattere del tutto presunto dello stesso<sup>218</sup>; (3) la sua pertinenza a beni giuridici primari (eventualmente indisponibili, a seconda dell'ordinamento giuridico di riferimento) della vittima<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Per un quadro delle soluzioni adottate dalla dottrina tedesca e da quella spagnola, cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, cit., p. 769 ss., spec. p. 788, nt. 160, e 799-800, il quale, dopo aver sostenuto entrambe le soluzioni, opta infine per qualificare la condotta della vittima come «autopuesta en peligro» idonea ad interrompere il nesso di imputazione; M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 210-3; C. ROXIN, *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida*, cit., p. 2 ss.

<sup>217</sup> M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 179 ss., spec. 197 ss., sottolinea come lo stesso Roxin, a differenza di molti suoi seguaci, fosse ben consapevole del carattere tendenziale e tutto sommato relativo della distinzione concettuale adottata.

<sup>218</sup> Cfr. M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 316-7; B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 377.

<sup>219</sup> In Italia, ha sottolineato la «pratica irrilevanza» del consenso in rapporto ai reati colposi «a causa della pressoché generale indisponibilità dell'interesse tutelato dalle norme che prevedono questi reati», F. BRICOLA, *Aspetti problematici*, cit., p. 75 ss., 86 ss. (91), 104 ss.; in senso adesivo, oltre che critico nei confronti delle «teorie che dilatano i confini di applicabilità dell'*objektive Zurechnung* alle ipotesi di mero consenso al comportamento pericoloso, posto in essere e controllato da altri», A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 224.

Tuttavia, ciò che desta maggiori perplessità rispetto alla riconducibilità alla *Selbstgefährdung* dell'infortunio sul lavoro con contributo ipoteticamente quasi-doloso della vittima è, da un lato, (a) la sottesa analogia con il suicidio fondata sul concetto di autoria<sup>220</sup> e, dall'altro, (b) l'assegnazione del ruolo di mero «complice» (rispetto al fatto colposo della vittima) al titolare di una funzione di garanzia<sup>221</sup>.

Per quanto riguarda il primo lato della medaglia (a), c'è da osservare che anche parte della dottrina favorevole all'adozione del criterio interruttivo in questione avverte il rischio di presumere il carattere libero dell'azione imprudente/dolosa e potenzialmente autolesiva commessa dalla vittima negli ambienti di lavoro (§ 3.3.5.3). Infatti, è lecito pensare che lo stato di subordinazione e di soggezione in cui versa il lavoratore possa indurlo ad agire assumendosi o esponendo altri colleghi a rischi che, in condizioni di reale autodeterminazione, probabilmente non accetterebbe<sup>222</sup>.

Per quanto riguarda il secondo profilo problematico (b), occorre rimarcare che il *dominus* per definizione dell'ambito di rischio che coinvolge il soggetto garantito è il datore di lavoro, il quale, nella misura in cui sia dotato di effettivi poteri di controllo e di intervento sulle fonti del pericolo, resta titolare di una funzione di garanzia che si traduce non soltanto in «doveri primari» di formazione, informazione e allestimento di mezzi e misure che garantiscano adeguate condizioni di sicurezza,

---

<sup>220</sup> Cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a propósito de la STS 8 de julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)*, in *ADPCP*, XL, II, 1987, 451, p. 453 ss, p. 456, secondo il quale, affinché possa parlarsi di «suicidio», è necessario che «l'autore "voglia" la propria morte. Solo questo consente di distinguere il suicidio dalla autoesposizione al pericolo» (trad. propria); e la critica rivolta alla giurisprudenza spagnola, senza tanti orpelli dogmatici, da R. SÁEZ VALCÁRCEL, *¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial*, in *RDS*, 33, 2006, p. 9 ss.

<sup>221</sup> Nonostante ne difenda la validità generale, riconosce l'inapplicabilità del criterio della «autoesposizione al pericolo» alla partecipazione colposa del datore di lavoro (garante) all'imprudenza sconsiderata del lavoratore (garantito) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro*, cit., 431, p. 455 ss.

<sup>222</sup> Peralto, occorre considerare il pericolo che l'abitudine al rischio condizioni il lavoratore, abbassando il suo livello di diligenza. Sul punto, L. ARROYO ZAPATERO, *op. cit.*, p. 181.

ma anche nel dovere («secondario» e «atipico»), come chiariremo fra poco) di intervenire di fronte alle eventuali imprudenze del lavoratore o alle sopravvenute, riconoscibili condizioni di rischio che si vengano a creare nell'ambiente di lavoro.

*3.3.5.3. Conclusione particolare. La responsabilità del garante della sicurezza: fra doveri «primari» di formazione e informazione e dovere «secondario» e «relazionale» di vigilanza nei confronti del lavoratore*

Cercando di coniugare l'effetto interruttivo assegnato al contegno della vittima con la permanenza in capo al datore di lavoro di un obbligo di garanzia nei confronti del lavoratore quale principale «creditore di sicurezza»<sup>223</sup>, autorevole dottrina ritiene che la fattispecie di «autoesposizione al pericolo» possa considerarsi integrata soltanto in presenza di due condizioni da verificare con estremo rigore: «la conoscenza esatta del rischio» e la sua «libera accettazione»<sup>224</sup>. La sussistenza di entrambi i requisiti consentirebbe di circoscrivere un'area di rischio di competenza esclusiva del lavoratore e quindi, in linea di principio, esterna all'ambito di protezione relativo alla posizione di garanzia del datore di lavoro e al suo dovere di controllo e vigilanza<sup>225</sup>. In altri termini, come sostiene *Mirentxu Corcoy*:

se il lavoratore è provvisto di formazione sufficiente, dispone delle misure di protezione, è sufficientemente informato dei rischi e del suo do-

---

<sup>223</sup> Con questa ricorrente espressione (cfr. M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 273) si vuole sottolineare che, nonostante sia fatto destinatario di specifici doveri cautelari, il lavoratore resta comunque indubbiamente il principale soggetto a cui il corretto adempimento del dovere generale di sicurezza è destinato a garantire protezione.

<sup>224</sup> M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 367-8 (trad. propria).

<sup>225</sup> *Ivi*, p. 378-9. Analogamente, D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., spec. p. 350 ss., 354.

vere di adottare le misure di sicurezza, ecc., e, ciò nonostante, non applica dette misure, assume un rischio che è imputabile solo a lui<sup>226</sup>.

Questa posizione ricorre alla categoria della «autoesposizione al pericolo», ma appare notevolmente correttiva rispetto a quella talvolta espressa in giurisprudenza. Adottando la prospettiva normativa dell'area di rischio o dell'ambito di competenza<sup>227</sup>, essa viene infatti a convergere con quella condivisibile dottrina secondo cui al garante che abbia adempiuto i propri doveri di formazione e informazione in favore dei lavoratori dovrebbe potersi riconoscere la facoltà di contare sul fatto che le istruzioni verranno eseguite, e che la partecipazione al sistema preventivo del soggetto garantito sarà autonoma e autoresponsabile<sup>228</sup>.

La differenza fra le due prospettive appena accostate sta in questo. Ragionando in termini di colpa (*ex ante*) si limita (astrattamente, ma solo fino a riconoscibile prova contraria) l'estensione dei doveri relazionali del datore di lavoro; mentre ragionando in termini di imputazione (*ex post*) si circoscrive l'area di rischio di competenza del garante: il nesso di rischio si spezza quando la condotta della vittima fuoriesce dal contesto di controllo (cfr. quanto osservato nel Capitolo 4, § 3.3). Ma entrambe le costruzioni presuppongono un lavoratore capace di una autonoma (o, se si preferisce, auto-responsabile) gestione del rischio; condizione che si verifica nella misura in cui la vittima sia stata previamente e adeguatamente istruita e informata sui rischi relativi all'attività lavorativa.

Ciò riflette invero un'ovvietà: è lecito attendersi un certo comportamento da qualcuno, nella misura in cui questi sappia come si deve comportare, cioè in quanto sia stato dotato delle informazioni e conoscenze necessarie ad agire correttamente (secondo uno standard predefinito). Pertanto, il luogo dogmatico in cui occorre valutare l'even-

---

<sup>226</sup> M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 378.

<sup>227</sup> Cfr. al riguardo M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, spec. p. 259 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., spec. p. 343 ss.

<sup>228</sup> Cfr. per tutti: M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 446 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 88 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *op. cit.*, p. 145; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 273 ss., spec. 278 ss.

tuale incidenza del contributo sconsiderato della vittima in relazione alla responsabilità del garante-datore di lavoro è occupato dal dovere di diligenza «relazionale» di quest'ultimo (cioè dal segmento di dovere di sicurezza assegnato al datore di lavoro), adottando la prospettiva del principio di affidamento<sup>229</sup>. I margini esterni di questo dovere vengono indicati dalla definizione dell'obbligo giuridico impeditivo in cui si sostanzia la posizione di garanzia.

Ragionando in termini di «causalità umana» o di «imputazione oggettiva» si rischia di confondere la colpa con la posizione di garanzia, nel primo caso, o di presumere la colpa a vantaggio di criteri ascrittivi rispondenti a una logica binaria (imputazione/interruzione), nel secondo. L'ostinato appello al «dovere di prevedere gli infortuni» e al «dovere di farsi carico anche delle imprudenze degli stessi lavoratori»<sup>230</sup> trasforma il giudizio sulla condotta del garante in una pura e semplice presunzione di anti giuridicità corroborata, per così dire, dalla realizzazione di un evento afferente all'ambito di protezione di un non meglio specificato obbligo giuridico di impedire gli infortuni<sup>231</sup>.

Nella prassi delle due esperienze si è spesso giunti a risultati diametralmente opposti (§ 3.3.4) perché, mentre il vecchio giudizio causale si risolve nella costante affermazione del carattere *astrattamente prevedibile* della condotta imprudente della vittima (ciò che rende inapplicabile l'art. 41, cpv., c.p.), la riconduzione della condotta del lavoratore alla categoria normativa della «autoesposizione al pericolo» porta a qualifi-

---

<sup>229</sup> Sostiene questa tesi, ma in via generale (non solo in relazione alla figura del garante), B.J. FEJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 379 ss.

<sup>230</sup> C. BOLEA BARDÓN, *op. cit.*, p. 290-2.

<sup>231</sup> Per questa sottolineatura cfr. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 76, e G. CIVELLO, *La tipicità*, cit., p. 18 ss. Non si può sostenere, come fa ad es. Cass. pen., sez. IV, 12 ottobre 2011 (dep. 19 dicembre 2011), n. 46819, commentata in A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., che, qualora venga in causa una norma «aperta», basterebbe soltanto «valutare se l'evento concretamente verificatosi non sia completamente diverso da quelli presi in considerazione nella formulazione della regola di cautela (...)», perché l'imputazione del risultato lesivo si reggerebbe esclusivamente sulla verifica *ex post* della sua pertinenza all'ambito di protezione di una norma... *non ancora concretizzata* secondo un giudizio *ex ante*.

care il datore di lavoro come *mero complice* (ciò che, peraltro, contraddice l'assunto preliminare del c.d. «principio di sfiducia»).

A mio giudizio, quando si tratti di infortunio sul lavoro al quale abbia contribuito la stessa vittima, occorrerà assumere la prospettiva del datore di lavoro quale destinatario di doveri cautelari che concretizzano il (ma che non si volatilizzano nel) mandato di garanzia. Il modello preventivo partecipativo adottato dalle legislazioni sulla prevenzione dei rischi professionali impone al garante di predisporre quanto necessario affinché ciascun attore della sicurezza sia dotato di strumenti tecnici e culturali che gli consentano di contribuire, nella misura esigibile a ciascuno, alla sicurezza propria e dei compagni di lavoro<sup>232</sup>. Al tempo stesso, l'effettiva predisposizione di tali condizioni dovrebbe poter generare una legittima aspettativa di diligenza, idonea a tradursi in una corrispondente delimitazione del dovere di vigilanza ascrivibile alla figura del garante.

Pertanto, se da un lato va respinta la tendenza ad assegnare al titolare della posizione di garanzia un dovere di controllo assiduo, costante e praticamente irrealizzabile sull'attività del lavoratore, dall'altro il contributo colposo o pseudo-doloso del secondo non può giustificare, di per sé, l'esclusione di qualunque rimprovero a carico del primo.

Il rischio-errore appartiene normativamente all'ambito di protezione della posizione di garanzia del datore di lavoro. Perciò, qualora l'aspettativa del lavoratore-modello (formato, libero e consapevole dei rischi: responsabile del fatto proprio) non sia più legittima, al datore di lavoro potrà essere imposto di riattivarsi, mediante l'adozione di misure suppletive idonee a ridurre il rischio di infortuni (quali l'assegnazione del lavoratore ad altra mansione o l'integrazione dell'attività formativa) e, in generale, a ristabilire condizioni più adeguate alla partecipazione di ciascuno alla gestione plurilaterale del rischio.

Questa conclusione, oltre che dall'osservazione delle conseguenze aberranti a cui può condurre l'acritica applicazione giurisprudenziale di parametri avulsi dal loro contesto teorico d'origine, poggia essenzial-

---

<sup>232</sup> Il sistema vigente è orientato secondo una filosofia collaborativa. La moltiplicazione dei centri di gestione del rischio rende l'obbligo di ciascuno, in quanto parcellizzato, maggiormente praticabile ed esigibile. Al riguardo, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 439-40.

mente su ragioni di ordine dogmatico e di consequenzialità logico-sistemica: i parametri ascrittivi ricavati dalle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento (afferenti al «nesso di rischio») non possono che assumere quale «termine di correlazione, non già la condotta naturalisticamente intesa, bensì direttamente la violazione della diligenza doverosa»<sup>233</sup>.

In altri termini: *non c'è disvalore dell'evento senza disvalore della condotta*.

Occorre quindi emanciparsi dalla logica presuntiva e abbandonare l'idea, pericolosa, secondo cui alla dogmatica spetterebbe il compito di mettere nelle mani del giudice-esecutore (un giudice «bocca della dottrina», si potrebbe dire) formule magiche capaci di indicare la soluzione corretta nel caso concreto.

Pertanto, nell'accogliere l'emergente orientamento giurisprudenziale che riconosce un ragionevole spazio di rilevanza al principio di affidamento (§ 3.3.2.3), si tratterà di stabilire in base a quali criteri di giudizio possa giustificarsi l'imputazione per colpa per inosservanza di doveri relazionali (Capitolo 7)<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 25. Come sottolinea anche A. CASTALDO, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 918 ss., prima di ricorrere a simili criteri di imputazione è opportuno concentrarsi sulla condotta dell'agente. Analogamente, fra i sostenitori della teoria dell'imputazione oggettiva, nell'attribuire primaria rilevanza al giudizio sul dovere di diligenza, B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 379 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *Prólogo a la segunda edición*, in EAD., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Montevideo-Buenos Aires, 2013, XXI. Sugli sbilanciamenti in favore dell'imputazione dell'evento *ex post* a discapito della valutazione della liceità della condotta secondo un giudizio *ex ante*, prodotti dall'influenza «un tanto "imperialista"» dell'imputazione oggettiva dell'evento nella teoria del reato colposo: J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo*, in W. FRISCH, R. ROBLES PLANAS (a cura di), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. XII; cfr., nello stesso volume, W. FRISCH, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*, p. 1 e R. ROBLES PLANAS, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, p. 61.

<sup>234</sup> Accogliendo comunque sin d'ora i suggerimenti di I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 124-5, per cui di fronte ad una violazione delle regole precauzionali da parte del lavoratore dovuta a «negligenza dipendente dalle condizioni di



4. *Conclusione generale. L'aspettativa di diligenza come limite normativo «tipico» della responsabilità colposa relazionale. Il dovere di diligenza «relazionale» come regola cautelare «atipica»*

Ritorniamo dunque all'origine delle riflessioni compiute nel presente capitolo, dove ci siamo chiesti se, di fronte alla indeterminatezza del parametro normativo di diligenza, sia possibile individuare nel principio di affidamento un criterio regolativo capace di tracciare i contorni della pretesa comportamentale.

Come abbiamo visto, soprattutto nella dottrina italiana (meno influenzata dai canoni ascrittivi della *objektive Zurechnung*), l'idea regolativa dell'aspettativa sociale viene concepita come riflesso dell'appartenenza di ciascuno ad un determinato circolo o gruppo professionale, ciò che consentirebbe a ciascun altro di regolare la propria condotta in base allo standard di diligenza che sia legittimo attendersi dal componente della categoria di agente con cui si interagisce. L'affidamento nella capacità dei consociati di attenersi alle norme di comportamento ad essi riferibili, in quanto rappresentanti di un determinato tipo di agente, influirebbe in questo modo sulla definizione normativa della diligenza esigibile all'agente-modello nella vita di relazione.

Tuttavia, pur illustrando la genesi e i limiti della norma di fonte sociale chiamata ad integrare la fattispecie «aperta» di parte speciale, questa spiegazione normologica non riesce a esercitare fino in fondo la sua funzione regolativa. L'individuazione di sfere di diligenza per così dire

---

lavoro (es. dovuta a stanchezza o ripetitività delle mansioni), imprudenza connessa a prassi tollerate nell'ambito dell'impresa o a inadeguatezza dei dispositivi di sicurezza forniti o alle istruzioni impartite, imperizia derivante da insufficienza della formazione ricevuta», il contributo del lavoratore non può di per sé esonerare i soggetti apicali – la cui responsabilità dovrebbe comunque essere accertata in concreto con riferimento a ciascun soggetto obbligato – in quanto si tratterebbe di «violazioni (...) che la predisposizione di adeguate misure prevenzionistiche dovrebbe essere in grado di scongiurare»; nel caso invece di imprudenza, negligenza o imperizia della vittima «non riferibile a carenze del sistema di sicurezza, ma dipendente da iniziative volontarie, e generalmente non tollerate nell'ambiente lavorativo», o dovuta a «colpevoli mancanze nell'apprendimento delle informazioni e istruzioni ricevute o a disubbidienza a specifiche direttive impartite», la colpa concorrente del garante dovrebbe escludersi – salvo concreta prevedibilità dell'evento – in base al canone regolativo del principio di affidamento.

adiacenti, espressioni di altrettante *Maßfiguren*, non ci consente di risolvere, se non a livello puramente astratto, il problema della definizione del parametro normativo di valutazione e di ricostruzione della regola di condotta la cui inosservanza dà luogo a colpa. Ciascun agente-modello chiamato in causa dal giudice allo scopo di definire la diligenza oggettivamente esigibile si muove orientato da altri modelli normativi, a loro volta definiti dallo stesso interprete. Spiegazione concettuale e giudizio ricostruttivo del dovere di diligenza (relazionale) resterebbero pertanto ancorati soltanto a diverse e interagenti *Maßfiguren*, tipi normativi non più identificabili ricorrendo soltanto al concetto di «circolo di rapporti»<sup>235</sup>.

L'unico modo per uscire da questo circolo vizioso, dotando di reale efficacia regolativa il criterio del reciproco affidamento, pertanto, è quello di riferirsi ad aspettative socialmente valide, regole di condotta riconosciute, accettate e adottate in un determinato contesto relazionale e, in quanto tali, connotate da ambiti di applicazione e di protezione predefiniti dall'esperienza<sup>236</sup>. Sono queste regole – quelle che si è scelto di ridefinire «tipiche» (Capitolo 5, § 3) –, e non astratti e sfuggenti agenti-modello, gli unici parametri capaci di indicare a ciascuno la condotta da tenere nell'interazione con altri e, quindi, di coadiuvare l'inter-

---

<sup>235</sup> Affermare che tale riferimento non è più sufficiente non significa sostenere che non potesse ed anzi che non dovesse ritenersi ancora valido quando, come all'epoca dello studio di G. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, cit., (1965), si trattava di rispecchiare la crescente complessità sociale abbandonando il parametro indifferenziato dell'uomo medio, del *pater familias*, dell'uomo avveduto, ecc. Sulla crisi della concezione tradizionale di «agente-modello», cfr. i sintomatici contributi di V. ATTILI, *L'agente modello «nell'era della complessità»: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240, spec. p. 1276 ss.; S. PREZIOSI, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, p. 1985 ss.

<sup>236</sup> F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 242 ss., spec. p. 243-4. Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 503, il quale, pur criticando la tesi principale di Giunta (la riduzione della colpa generica all'inosservanza degli «usi»), riconosce i vantaggi in termini di determinatezza che possono derivare dal ricorso a norme cautelari consolidate e scolpite a livello prasseologico nella memoria e «nell'affidamento prestato dagli altri consociati riguardo alla loro osservanza».

prete nella concretizzazione della norma di diligenza quando il dovere di diligenza non sia predefinito (o predefinibile).

A questa considerazione rispondono le stesse origini del principio di affidamento in materia di colpa stradale, emerso, come abbiamo visto, come criterio giurisprudenziale assolutorio di fronte all'altrui violazione del diritto di precedenza (§ 2.1). Allo stesso modo, il principio di affidamento svolge una funzione limitativa del dovere di vigilanza (ad esempio, del datore di lavoro), nella misura in cui il previo adempimento di doveri formativi (a favore dei lavoratori) consenta di configurare aspettative di diligenza definite dai medesimi doveri. Infatti, una volta adempiuti tali obblighi primari, è legittimo attendersi che le istruzioni impartite e le informazioni procurate si materializzino in una nuova, concreta e rappresentabile *Maßfigur*, capace a propria volta di riflettersi nella limitazione dei rispettivi doveri secondari di vigilanza.

L'affidamento idoneo a circoscrivere il dovere «relazionale» dei garanti risulta indicato dal previo adempimento dell'obbligo di fornire ai propri collaboratori strumenti tecnici e culturali che li rendano capaci di un'autonoma gestione di determinati frangenti di rischio. In breve: è il contenuto normativo dell'istruzione e dell'informazione sul rischio ciò che consente all'affidante (e all'interprete) di caratterizzare il lavoratore o il sanitario-modello<sup>237</sup>.

Tuttavia, anche l'aspettativa di diligenza idonea, in quanto valida (nei termini appena indicati), ad esercitare una reale *funzione regolativa* del tipo colposo, *limitando l'estensione del dovere relazionale di diligenza dell'affidante*, può cedere di fronte a circostanze che facciano presumere o che rendano rappresentabile il fatto che il terzo con il quale si interagisce, o che opera all'interno dell'ambito di protezione di

---

<sup>237</sup> È in questo senso che si può interpretare la riflessione di chiusura di L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 85. L'autrice osserva che per «metabolizzare» il principio di affidamento occorrerebbe un «cambio di cultura» che permetta di giudicare il medico «affidabile» «almeno nei casi in cui sia terzo»: non solo, s'intende, qualora imputato. Lo stesso discorso dovrebbe valere per il lavoratore, in relazione al quale non si comprende perché, una volta formato e informato, e qualora ovviamente non sia indotto dal datore di lavoro a condotte vantaggiose per l'impresa ma pericolose per la sua incolumità, non possa essere considerato soggetto affidabile anche quando rappresenti l'oggetto (ed eventualmente il limite) del dovere di diligenza del garante.

propria competenza, non è stato, non è o non sarà in grado di adeguarsi agli standard di condotta a lui riferibili (che era lecito attendersi).

A questo punto, si tratta di stabilire quali soggetti possano ritenersi astrattamente corresponsabili per l'evento direttamente provocato da altri e, di conseguenza, fino a che punto (fino al coinvolgimento di quali condotte di terzi) possano estendersi i relativi doveri di intervento. Questo primo problema di imputazione viene tradizionalmente risolto attraverso la *condicio sine qua non* e la definizione della portata della posizione di garanzia, per cui le condotte concorrenti nella realizzazione del medesimo evento saranno quelle commissive dotate di portata condizionalistica rispetto al risultato lesivo, o quelle omissive imputabili a chi fosse titolare dell'obbligo di impedire quel tipo di offesa (Capitolo 4, §§ 2.3.1, 3.3).

Solo una volta verificata l'attribuibilità materiale (condizionalistica) o normativa (perché attinente all'ambito di rischio della posizione di garanzia) dell'evento, si potrà valutare se la condotta abbia carattere colposo.

Così, ad esempio, di fronte al tipico caso di collisione fra due veicoli dovuta ad una manovra sconsiderata della vittima, il giudice dovrà valutare che cosa sarebbe stato lecito attendersi, e se tale condotta fosse concretamente rappresentabile da parte del concorrente materiale e potenziale responsabile (questo, nella sostanza, il ragionamento compiuto dalla Corte di Cassazione italiana nell'ammettere per la prima volta l'operatività dell'affidamento in materia di circolazione stradale: § 3.1.2); mentre in ipotesi di errore medico, si tratterà di stabilire se vi fossero colleghi astrattamente competenti a vigilare sulla condotta del diretto responsabile del pregiudizio subito dal paziente, e se l'errore sia riconducibile a insufficiente preparazione, o se sia piuttosto espressione di una reiterata e riconoscibile violazione dei protocolli.

In generale, qualora la violazione dell'obbligo relazionale dia luogo ad un concorso di colpe punibili (esclusa, quindi, l'ipotesi d'intervento della vittima), il giudizio di tipicità non potrà che attenere unicamente

alla violazione del dovere riferibile a ciascuno, un dovere che – unica particolarità – avrà ad oggetto la condotta imprudente di un terzo<sup>238</sup>.

Tali ipotesi, chiaramente, ci riportano al terreno della colpa per inosservanza di regole «atipiche», vale a dire, aspettative di condotta definibili soltanto per mano del giudice. Anche quando vengono in causa doveri di diligenza relazionali<sup>239</sup>, come sempre accade quando la colpa deriva dalla violazione di regole conformate alle peculiarità circostanziali, occorre procedere ad una valutazione *ex ante* orientata da un parametro normativo calato nel contesto dell'agente reale.

Di nuovo, quindi, ragioni di equità sostanziale, non meno rilevanti di quelle di stretta legalità, inducono a preferire il mantenimento di un paradigma colposo di tipo (moderatamente-)deontico, rispetto all'opzione di ridurre l'area del penalmente rilevante alle sole violazioni delle prassi, degli usi, delle *leges artis* e delle regole modali «tipiche» in ge-

---

<sup>238</sup> La previsione da parte del Codice Rocco della norma incriminatrice di cui all'art. 113, c.p. scatenò il dibattito sull'opportunità di distinguere tra ipotesi di vera e propria «cooperazione colposa» e casi *lato sensu* concorsuali non riconducibili alla relativa disciplina codicistica. Cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999. Tuttavia, una volta riconosciuto che qualunque fattispecie colposa deve valutarsi esclusivamente sulla base dell'obbligo giuridico e dell'eventuale inosservanza imputabile a ciascuno (e non anche sulla base di precedenti accordi o presunte forme di partecipazione di carattere psicologico), si è osservato che la differenza fra le due categorie residuerebbe semplicemente nel fatto che mentre «nella cooperazione colposa la regola violata da un concorrente è diretta a controllare e neutralizzare la condotta altrui, che quindi media la prima in direzione dell'evento», nella concorrenza di condotte colpose indipendenti «le regole violate da ciascuno sono autonome»: L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 540-1. Analogamente, già G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 63, p. 88 ss.: «sia tra le regole di prudenza, di diligenza e di perizia comuni, che tra quelle recepite in una norma giuridica, si distinguono gruppi di obblighi di natura cautelare che assumono ad oggetto non il proprio, ma l'altrui comportamento, nel senso che impongono di verificare, controllare, impedire eventuali attività colpose da parte di terzi». L'autore indica, fra tali obblighi, quello «del preposto in un'azienda di verificare il comportamento dei lavoratori subordinati» (allora previsto dall'art. 4 lett. c, d.P.R. 27 aprile 1955 n. 547).

<sup>239</sup> Per una proposta descrittiva e classificatoria di tali doveri di diligenza relazionali, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 518-9.

nera. Del resto, come già osservato, anche in queste ultime ipotesi il giudice non può esimersi dal ricorrere ad un parametro normativo di agente: un giudizio basato sulla mera rilevazione dell'inosservanza di regole specifiche, e non anche sulla concreta valutazione circa la obiettiva riconoscibilità dell'occasione di poterle applicare, si tradurrebbe in un rimprovero per mero *versari in re illicita*.

Certamente, coniugando il canone regolativo dell'affidamento (legittimato dal previo adempimento degli obblighi primari di formazione e informazione) con l'eventuale dovere di attivazione diretto ad arginare gli effetti lesivi dell'altrui imprudenza si rischia di indurre l'interprete a dissolvere gli effetti normo-limitativi propri del criterio di giudizio liberale.

Considerando il contributo della vittima rilevante (anzitutto) sul piano della concretizzazione del dovere di diligenza (di vigilanza) e affidando al giudice il potere di assegnare contenuto normativo alla regola cautelare «atipica» che ne deriva, però, si evita di tornare a logiche di tipo presuntivo (*versari in re illicita* e responsabilità da posizione) e, conseguentemente, di ridurre il giudizio penale ad un ragionamento deduttivo basato su premesse categoriali fragili (imputazione dell'evento, *ex post*, senza previa valutazione in ordine al disvalore della condotta, *ex ante*).

Una soluzione in grado di coniugare (1) l'opportunità di non limitare l'intervento penale alle violazioni di regole predeterminate (o «tipiche») con (2) la necessità di assicurare un grado ragionevole di prevedibilità della norma e di considerare la minor esigibilità sottesa a qualunque pretesa non predeterminata («atipica», eventualmente «relazionale») potrebbe essere quella di stabilire, laddove non ancora previsto, che le uniche violazioni penalmente rilevanti di regole cautelari «atipiche» siano quelle che esprimono una gravità oggettivamente qualificata. Si tratterà dunque di definire tale criterio normativo di gravità, in modo tale da disciplinare il giudizio impersonato dall'agente-modello rendendolo compatibile con il medesimo standard di esigibilità e prevedibilità della norma sotteso alle regole cautelari «tipiche» (Capitolo 7, § 3).

## CAPITOLO SETTIMO

# ESIGIBILITÀ DELL'OSSERVANZA E GRAVITÀ DELLA COLPA

## CRITERI DI GIUDIZIO

**SOMMARIO:** 1. *La legittimità della colpa penale: fra legalità e colpevolezza.* 2. *La colpa grave.* 2.1. *Ipotesi: la funzione ricostruttiva e limitativa del criterio normativo di «gravità» come indice oggettivo di tipicità colposa del fatto lesivo.* 2.2. *La gravità della colpa nella dottrina italiana: fra commisurazione della pena, giudizio di colpevolezza e teorie bidimensionali. La sentenza Cantore (2013).* 2.3. *La funzione selettiva del grado della colpa sul piano dell'illecito: argomenti pro e contro.* 2.4. (segue) *Critica alla dottrina della «doppia misura». Circostanze concomitanti e «inesigibilità oggettiva» della cautela tipica.* 3. *Un criterio comparativo di gravità.* 4. *La conoscenza doverosa.* 4.1. *Premessa metodologica: la concretizzazione del dovere come esercizio di «co-produzione».* 4.2. (segue) *Implicazioni sul piano della definizione della base conoscitiva predittiva: una ragionevole normativizzazione del rischio consentito.* 5. *La concretizzazione del dovere: criteri di valutazione generali.* 5.1. *L'idoneità delle conoscenze disponibili a concretizzare il dovere di precauzione in un'aspettativa di diligenza «atipica».* 5.2. *La riconoscibilità dell'occasione di attivarsi come presupposto applicativo di una cautela «tipica» o di conoscenze fondanti un'aspettativa di diligenza «atipica».* 5.3. *La considerazione delle circostanze concomitanti e l'inesigibilità della regola cautelare «tipica».* 5.4. *Colpa commissiva od omissiva. Regole cautelari «proprie» e «improprie».* 6. *Culpa senza actio libera in causa? Misura soggettiva come imputabilità colposa (spunti).*

### *1. La legittimità della colpa penale: fra legalità e colpevolezza*

L'esigenza di conferire al reato colposo uno statuto compatibile con il canone di stretta legalità, attraverso l'assegnazione di una funzione tipizzante alla regola cautelare<sup>1</sup>, si scontra, come si è inteso sostenere,

---

<sup>1</sup> F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 89 ss.; cfr. G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 134.

con l'irriducibilità della sua normatività ad una pretesa *positività giuridica o scientifica* (Capitolo 5, spec. §§ 2.1, 2.2).

Il problema della genesi e del rinvenimento delle regole cautelari da parte del giudice non è estraneo al principio di legalità<sup>2</sup>. D'altra parte, la funzione del giudice non può ridursi ad un'operazione meramente applicativa o logico-deduttiva<sup>3</sup>, nemmeno in sede di tipicità<sup>4</sup>. Ciò del resto *non riguarda soltanto la colpa*, come pure sembra sostenere chi, in virtù del medesimo principio, argomenta la sua esclusione dal diritto penale<sup>5</sup> o l'illegittimità di qualsivoglia «colpa residuale» (Capitolo 3, § 2.2). Anche la struttura dei reati dolosi include elementi normativi legati al superamento del rischio consentito concretizzabili soltanto in

---

<sup>2</sup> Diversamente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 503 ss.

<sup>3</sup> D. CANALE, *op. cit.*, p. 2 ss.

<sup>4</sup> D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 264 ss., sostiene invece l'obiettivo di una «totale immunizzazione della tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice». Cfr. il chiarimento preliminare sul significato attribuito, in questo studio, al termine «discrezionalità» (Capitolo 1, § 1, e nt. 6) e la sua attinenza al carattere intrinsecamente valutativo (Capitolo 5, § 2.2) del giudizio di «concretizzazione» della tipicità colposa del fatto lesivo. Obiettivo di questo Capitolo – recuperando, in parte, e sviluppando, ulteriormente, alcune proposte avanzate in A. PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Pol. Crim.*, 12, 23, 2017, 207, spec. p. 239 ss. –, sarà elaborare criteri generali idonei, nell'ottica di una concezione normativa «deontica-moderata» della colpa, a orientare/disciplinare l'opera di sussunzione richiesta dagli «elementi normativi» di cui all'art. 43 c.p. Al rapporto fra teoria (funzione dogmatica) e prassi (responsabilità giudiziale nell'uso del potere discrezionale) saranno inoltre dedicate ulteriori riflessioni di sintesi in chiusura dello studio (Capitolo 8, §§ 2.1, 4).

<sup>5</sup> Cito nuovamente M.C. DEL RE, *op. cit.*, p. 46-7: «(...) il dovere di diligenza deve obbedire al precetto costituzionale della determinatezza, poiché tale dovere costituisce elemento della fattispecie. Ora, poiché manca nella fattispecie legale la descrizione del dovere, il precetto sembra restare indeterminato richiedendo una determinazione aggiuntiva da parte del giudice, il quale nei delitti colposi, assume funzione propria del legislatore. (...) la fattispecie colposa, a differenza di quella dolosa, è una fattispecie in bianco (aperta) che richiede una specificazione che il giudice compirà in base alle regole di esperienza e alle norme tecniche».



via interpretativa<sup>6</sup>: la questione-determinatezza riguarda quindi tanto la colpa quanto il dolo<sup>7</sup>.

Riconoscendo che la medesima normatività soddisfa «un'istanza di integrazione della norma penale nella descrizione del fatto colposo»<sup>8</sup>, ma ammettendo al contempo che essa non è sempre riducibile a regole predeterminate («tipiche»), ci si confronta con uno dei maggiori dilemmi del diritto penale contemporaneo: la definizione di un paradigma di legalità che consenta di comporre l'esigenza garantistica di *conosci-*

---

<sup>6</sup> Così, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Mandato de determinación e imprudencia*, in *InDret*, 2012/2, p. 1 ss.; B.J. FEIÓO SÁNCHEZ, *Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible*, in *RJUAM*, 27, 2013, 143, p. 144 ss.

<sup>7</sup> Ci si riferisce in particolare al c.d. «dolo eventuale», rispetto al quale, non a caso, si pone un tipico problema di «confine» (S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, cit., p. 194-5). Questo paragone fra normatività del dolo e normatività della colpa (v. i riferimenti nella nt. precedente) potrebbe ritenersi solo parzialmente probante, atteso che proprio la valenza normativa del dolo eventuale rappresenta uno degli argomenti principali della critica a tale dilatazione del dolo: così A. MELCHIONDA, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un nuovo codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, p. 185 ss., che rappresenta una tripartizione ideale della colpevolezza per gradi, tale per cui il dolo sarebbe solo intenzionale o diretto, cioè sostanzialmente «volontà»; mentre i casi di mera «rappresentazione della possibilità di realizzazione dell'evento» verrebbero «accorpati in una sfera intermedia, altrimenti individuabile quale responsabilità "da rischio" (l'alternativa fra dolo eventuale e colpa cosciente verrebbe perciò ad assumere rilievo sul solo piano della successiva commisurazione concreta della pena), ed avente una rilevanza predeterminata solo a specifiche ipotesi criminose», lasciando infine alla colpa incosciente uno «spazio del tutto residuale». Ad ogni modo, a mio giudizio, il profilo indicato nel testo è riferibile anche al dolo come «volontà» (diretto o intenzionale), poiché la sua definizione, oltre a porre problemi di genuino «accertamento» (*di fatto*, cioè rispetto a condotte osservabili nella loro dimensione puramente «esterna» e naturalistica), implica anche un'opera di sussunzione che obbliga a svolgere una *valutazione* circa la riconducibilità dei fatti accertati (non solo il fatto psichico, ma anche ad es. l'entità e la qualità del rischio) alla dimensione pur sempre normativa del concetto di «volontà dolosa». Altrimenti, la riduzione del dolo a *mero accertamento* imporrebbe di concepire detta «volontà» come elemento a propria volta naturalistico, come tale praticamente impossibile da verificare. Non si disconosce quindi l'esistenza della volontà, ma tale «esistenza» non può intendersi in senso ontologico, bensì normativo. Cfr. ulteriormente i riferimenti indicati *infra*, nt. 23.

<sup>8</sup> F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 90.

*bilità e prevedibilità del precetto e l'imprescindibile contributo ermeneutico-normativo del giudice*<sup>9</sup>.

Lo stesso problema, al di là degli elementi di tipicità soggettiva (dolo e colpa), è peraltro presentissimo persino nel *versante tipico-oggettivo* della fattispecie. L'accertamento inferenziale del nesso di causalità, abbandonato il paradigma nomologico-deduttivo (logicamente erroneo), è affidato, come abbiamo visto, ad un giudizio di «causalità generale» orientato da criteri epistemologici meramente indicativi (poiché non tassativi: *supra*, Capitolo § 1, 2.2; Capitolo 4, § 2.3.1) e, sul piano della «causalità particolare» o «individuale», ad un canone di «probabilità logica» vincolato soltanto al superamento del «ragionevole dubbio» del giudicante<sup>10</sup>.

Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, a proposito della distinzione fra contributo tipico e non, rilevante ai fini del concorso di persone. La «flessibilità» della disciplina italiana, ancorata ad un modello condizionalistico-unitario (art. 110 c.p.), non sembra offrire, infatti, a parere di molti, sufficienti garanzie di tassatività e determinatezza della fattispecie. Ma, a ben vedere, come pure si è già evidenziato in dottrina, analo-

---

<sup>9</sup> In argomento, tra gli altri e per molti altri riferimenti, F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, p. 63 ss.; S. MOCCIA, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, spec. p. 67 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio «fondamentale»*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2007, p. 1279 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013/1, 159, p. 163 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016/3, p. 13 ss., 35 ss.

<sup>10</sup> Oltre ai riferimenti già indicati nel Capitolo 4, § 2.3.1, sul canone del «ragionevole dubbio», E.M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014/4, 132, p. 135, secondo cui «quella di ragionevolezza è una nozione pragmatica che evoca un'idea di ragione tollerante, aperta a opinioni diverse dalla propria purché ugualmente ragionevoli». «La adozione della formula normativa dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» – scrive ancor più nettamente L. MAZZA, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 817, p. 829 – simboleggia la impotenza dell'uomo a far coincidere verità fattuale e verità processuale».

ghi problemi applicativi emergono anche in esperienze connotate da modelli normativi-differenziati, cioè basati sulla tipizzazione delle varie figure di autoria/complicità<sup>11</sup>.

Pertanto, una volta riconosciuto che «l'interprete inevitabilmente crea»<sup>12</sup> e che la norma giuridica non corrisponde all'enunciato della disposizione legale ma all'interpretazione che ne dà la giurisprudenza, compito della dottrina dovrebbe essere quello di predisporre «meccanismi» e «regole» (criteri di giudizio) che forniscano orientamento e disciplina al «procedimento applicativo della legge», in maniera tale da evitare che il giudice diventi «libero artefice della politica criminale»<sup>13</sup>.

Senonché, nonostante l'ingente sforzo volto ad arricchire il criterio di *prevedibilità* con ulteriori parametri di valutazione (ad esempio, la sua declinazione relazionale data dal legittimo affidamento: Capitolo 6), esso non cessa di essere considerato un canone di giudizio «trop-

---

<sup>11</sup> Come si evince dall'analisi storica e comparata di I. CAMPAGNA, *Autoria e complicità: un problema di de-finizione*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni del diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Trento, 2016, p. 179 ss., spec. 198 ss.; EAD., *Autoria e complicità nel reato collettivo. Studio storico e comparato su un'integrazione tra modelli di concorso*, Trento, 2016, spec. p. 180 ss., la quale, da un lato, mostra che «la distinzione tra autoria e complicità, lungi dal rappresentare una necessità logica, nasce principalmente per una questione processuale» e, dall'altro, offre interessanti spunti tesi a «relativizzare l'idea garantista sottesa all'adozione di un modello differenziato, (...) per l'inevitabile vacuità della definizione, e a rivalutare corrispondentemente il ruolo tipizzante (e *lato sensu*, definitorio) delle norme di disciplina, che possono consentire una reale individualizzazione della sanzione penale».

<sup>12</sup> E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Politica dir.*, XXVII, 3, 1996, p. 469. La regola giudiziaria è un «formante» del sistema giuridico e il suo cambiamento, quindi, comporta un mutamento del diritto. Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, p. 71 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, spec. p. 63 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 17 ss., 36 ss. Tuttavia, occorre ricordare che l'art. 618, co. 1-bis, c.p.p., impone alle sezioni semplici della Corte di Cassazione di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando non condividono il principio di diritto da esse stabilito.

<sup>13</sup> F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale*, cit., p. 84.

po normativo»<sup>14</sup> e in quanto tale insufficiente ad indicare, con i caratteri del comportamento alternativo lecito, i casi in cui l'inosservanza può dar luogo a colpa per il diritto penale<sup>15</sup>. A ciò si aggiunga l'opportunità, di tradizione liberale, di concepire l'esercizio dello *ius puniendi* come *ultima ratio* del sistema; assunzione che imporrebbe di differenziare la colpa penale da quella civile, coniugando l'esigenza di legalità e colpevolezza (di conoscibilità delle regole di diligenza) con quella di limitare l'intervento punitivo sugli autori di offese *involontarie* ai beni giuridici (per quanto personalissimi).

Queste riflessioni ci riportano idealmente all'abbandono dell'idea psicologica della colpa (Capitolo 2, § 1.1) e, per quella via, all'accettazione della colpa incosciente come forma di criminalità consistente nell'*aver agito «in modo difforme dal modo in cui si doveva agire»*<sup>16</sup>. La preoccupazione per le implicazioni illiberali della sanzione del delitto involontario, infatti, induce alcuni autori a proporre di condizionare la punibilità dell'inosservanza cautelare alla sussistenza di un elemento psicologico effettivo, quand'anche non sussista la previsione dell'evento.

Sanzionando la colpa incosciente, si sostiene, si punisce una mancanza che precede la condotta lesiva, ovvero «la colposa ignoranza, il fatto di non aver messo cautela nel conoscere»<sup>17</sup>. Sostenendo che «un modello penale davvero garantista dovrebbe identificare il *coefficiente minimo* di partecipazione soggettiva nella *consapevole deviazione da una regola comportamentale»*<sup>18</sup>, si esprime così l'esigenza di evitare che con la pena si sanziona – non già un fatto colposo, ma – lo stile di

---

<sup>14</sup> G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 133.

<sup>15</sup> Per un «invito a fare sul serio» e ad «arricchire il giudizio d'imputazione per colpa rispetto agli esigui schemi della “prevedibilità” ed “evitabilità” dell'evento», F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1724.

<sup>16</sup> G. DELITALA, *op. cit.*, p. 83 ss., 85.

<sup>17</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562.

<sup>18</sup> G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza*, cit., spec. p. 133, rifacendosi espressamente ad una nozione già diffusa nell'esperienza tedesca (ARTH. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 223 ss.).

vita o il modo di essere dell'autore. Dal giudizio di colpa potrebbero essere quindi escluse sia la questione relativa alla conoscibilità della concreta norma di diligenza, sia, in particolare, quella della definizione del patrimonio conoscitivo-nomologico dell'agente-modello, il quale continuerebbe a rappresentare un parametro di giudizio funzionale a valutare soltanto la obiettiva riconoscibilità dell'occasione (*Anlass*) di applicare le conoscenze e le competenze cautelari nella indiscussa ed effettiva (potenziale o attuale) disponibilità dell'autore (Capitolo 3, § 3.2).

Le premesse che portano alla necessità di un nesso psicologico fra l'autore della condotta, le conseguenze di questa, e l'assunzione di responsabilità, come abbiamo osservato, sono essenzialmente le seguenti: (1) la possibilità concettuale della responsabilità morale; (2) la responsabilità morale quale *condicio sine qua non* della responsabilità giuridica; (3) il fondamento della responsabilità morale e giuridica su di un coefficiente volontaristico effettivo, segno di una deliberazione cosciente e quindi, per questo, responsabile (Capitolo 3, §§ 3.2. e 3.3).

La prima premessa però non è affatto pacifica. Ciò nonostante, la dottrina penalistica di scuola liberale fonda il sistema di responsabilità sul requisito della volontarietà dell'azione; requisito che dalla teoria dell'azione (cosciente e volontaria)<sup>19</sup> passa nel tempo a fondare la categoria su cui si regge l'intera teoria del reato: la *imputabilità*, quale «capacità di intendere e di volere» ed espressione della seconda premessa (anch'essa, del resto, sempre meno pacifica, come vedremo nel § 6). Quindi, il rapporto di proporzionalità diretta, di carattere retribuzionistico, che si stabilisce tra il *grado di rimproverabilità* e l'*intensità dell'elemento cognitivo e/o volitivo*, riflette la medesima impostazione (in particolare, la terza premessa segnalata), che ritroviamo nella previsione di un aggravamento di pena per «avere, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento» (art. 61, n. 3, c.p.).

Tale prospettiva, però, contraddice quella normativista secondo cui la colpa connotata dalla consapevole deviazione da una regola comportamentale o dalla rappresentazione dell'evento non è sempre – o per ciò

---

<sup>19</sup> Cenni nel Capitolo 2, § 1.1. V., ad es., S. POLITOFF, J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 171-2.

solo – più grave o rimproverabile di quella ascrivibile a chi, nel causare (o non impedire) un evento lesivo, non si sia nemmeno reso conto di innescare (o di assistere alla produzione di) un rischio illecito<sup>20</sup>. Al contrario, talune ipotesi di colpa incosciente possono risultare persino più gravi della colpa cosciente (o con rappresentazione)<sup>21</sup>. Altrimenti, ritenendo la colpa cosciente ontologicamente più grave di quella incosciente, come osservava già *von Liszt*, si dovrebbe ammettere che «l'agente circospetto, il quale pondera in anticipo i più lontani eventi e con più diligente esame allontana le possibilità lesive, venga trattato più severamente del girandolone spensierato»<sup>22</sup>.

Da questo punto di vista, la valutazione della rimproverabilità del contegno tenuto dall'agente e della conseguente legittimità di una reazione punitiva (non meramente riparatoria) non può esaurirsi nella prova dell'esistenza di un nesso più o meno intenso fra l'elemento intellettuale dell'agente e il carattere anti-giuridico della condotta, potendosi invece ricavare dalla considerazione del *quantum* di tale anti-giuridicità. Agli occhi del normativista, in altre parole, talune patenti, grossolane e quindi «gravi» violazioni possono apparire persino più biasimabili – a

---

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 848 ss. (e nt. 68); B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 333 (nt. 57); M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 40-2; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 254 ss.; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 619-21 (nt. 222-6).

<sup>21</sup> Ad es., A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, F. STARK, G. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *op. cit.*, p. 168. Cfr. l'analisi di H.M. SMITH, *op. cit.*, p. 548 ss., la quale, in base al criterio del grado di rimproverabilità associato al tipo di colpa, fa riferimento a tre dottrine generali: (1) in base alla *Conservative View*, «the agent's culpable ignorance provides *no excuse* for performing the unwitting wrongful act»; (2) in secondo luogo, secondo la *Moderate View*, «the agent's culpable ignorance provides a *partial excuse* for performing the unwitting act; he is blameworthy for it, but less so than if he had done it purposely or knowingly»; (3) infine, dal punto di vista della *Liberal View*, «the agent's ignorance, however culpable, *fully excuses* him for performing the unwitting wrongful act. He is held to blame, however, for performing the earlier benighting act. A benighting act which is highly likely to result in an unwitting act is more blameworthy than one which is less likely to do so; its blameworthiness also varies as a function of the turpitude of the unwitting act».

<sup>22</sup> F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1902 (11<sup>a</sup> ed.), p. 165, come cit. da T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 850.

maggior ragione perché incoscienti – di altre trasgressioni perpetrate con piena coscienza ma in assenza di un ulteriore elemento cognitivo o pseudo-volitivo doloso.

In questa direzione, come sostenuto anche nella dottrina italiana (tradizionalmente più restia, anche per ragioni gius-positive, ad ammettere una graduazione della colpa già sul piano dell'illecito), si può ipotizzare un modello per cui la gravità dell'inosservanza riduce in maniera inversamente proporzionale la rilevanza (della prova) di un elemento psicologico effettivo, al fine di poter ritenere penalmente rilevante l'offesa arrecata al bene giuridico. In linea di principio, quindi, come suggerisce *Luigi Cornacchia*, mentre per punire la *colpa cosciente* basterebbe un'inosservanza di lieve entità (sempre che sussistano gli ulteriori requisiti della fattispecie), quando a venire in causa siano pregiudizi provocati senza alcuna (dimostrabile) partecipazione psicologica, la condotta dell'autore dovrebbe potersi considerare penalmente rilevante se integrata da una violazione *così grave da potersi ritenere (o «presumere») rappresentabile da chiunque*<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 560. Cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 122 ss., 320 ss., secondo il quale l'assunzione di un «rischio doloso», incompatibile con l'agire di un soggetto «ragionevole», sussistendo anche l'elemento rappresentativo e volitivo (il fatto psichico: una *deliberazione a favore della possibile lesione del bene giuridico*), qualificerebbe già sul piano oggettivo-normativo (tipico) l'agire doloso; M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014/1, 70, spec. 92 ss., 96 ss., per il quale di «rischio doloso» si può parlare solo a partire dal dolo diretto. Se «l'idea di un rischio doloso da un lato costituisce una barriera garantista contro accertamenti dubbi sugli stati soggettivi (che non sono ammessi “sotto” una certa soglia di rischio)», «dall'altro è una porta aperta al *dolus in re ipsa*». Quindi, la osservazione della «significativa probabilità» del rischio sarebbe solo un primo passo, poiché il dolo eventuale non ammetterebbe scorciatoie sul piano dell'accertamento del fatto psichico. Altrimenti, l'elemento di colpevolezza sarebbe deducibile solo in base agli strumenti concettuali della *colpa*. Entrambi gli autori, comunque, sostenendo che in mancanza di una *colpevolezza psicologica* non c'è dolo, portano a ritenere che possa integrare un *fatto meramente colposo* (più probabilmente cosciente) anche un comportamento attivante un «rischio palesemente irragionevole». Si tratta dunque di un'impostazione coerente con quanto appena affermato nel testo.

## 2. La colpa grave

### 2.1. Ipotesi: la funzione ricostruttiva e limitativa del criterio normativo di «gravità» come indice oggettivo di tipicità colposa del fatto lesivo

Il concetto di «gravità», come abbiamo visto, viene chiamato a svolgere un ruolo fondamentale – ancorché assai controverso nella sua concreta configurazione – nel contesto della ridefinizione della colpa medica (Capitolo 4, § 1.3.1)<sup>24</sup>. Tale richiamo, quantomeno nel contesto della riforma *Balduzzi*, aveva il merito di indurre il giudice a valutare la *maggior difficoltà* sottesa alla necessità di adottare una condotta *diversa da quella generalmente indicata dalla prassi o dagli usi* e, quindi, il *minor grado di esigibilità* della pretesa. In altri termini – ora si può chiarire ulteriormente –, si valorizzava la *minor esigibilità comparativa* della aspettativa di diligenza «atipica», dovendo l'agente disapplicare una regola «tipica» su cui dovrebbe poter fare legittimo affidamento (Capitolo 4, § 1.3.2; Capitolo 5)<sup>25</sup>.

In questo senso, avendo corroborato la validità della distinzione normologica fra cautele «tipiche» e «atipiche» (Capitolo 6, § 4), avanziamo ora l'ipotesi per cui quel criterio di gravità, ridisegnato alla luce

---

<sup>24</sup> Discipline, quelle prodotte dalle riforme *Balduzzi* e *Gelli-Bianco*, che si aggiungono pertanto all'unica ipotesi anteriormente richiedente la colpa grave ai fini della punibilità, cioè il reato di bancarotta semplice previsto dall'art. 217, co. 1, della Legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267). Non trattandosi di un'ipotesi riferita a eventi lesivi della persona, l'esempio non appare meritevole di ulteriori considerazioni in questo studio. Si rinvia nondimeno all'analisi di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 544 ss. Invece, sul criterio della «speciale difficoltà» di cui all'art. 2236 c.c., idoneo a limitare la *colpa professionale*, si rinvia ai riferimenti indicati *supra*, nella parte indicata nel testo.

<sup>25</sup> Questo ragionamento si riflette in quanto ora puntualizza opportunamente la Cassazione, e cioè che, nell'apprezzamento del grado della colpa dell'agente, «deve tenersi conto della natura della regola cautelare la cui inosservanza gli si rimprovera, avendo incidenza sulla maggior o minore esigibilità della condotta doverosa che egli possa limitarsi a conoscere la regola ed applicarla o, al contrario, sia chiamato a riconoscere previamente le condizioni che permettono di individuare le direttive comportamentali, che rendono doverosa l'adozione della misura, che consentono di individuare quale misura adottare»: Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2020 (dep. 18 maggio 2020), n. 15258, cit., p. 20-1.



delle criticità indicate, potrebbe assumere una funzione ricostruttiva idonea a delimitare l'area della colpa punibile e a valorizzare le esigenze di fondo espresse dalla dottrina prasseologico-positivistica (Capitolo 3, § 2.2), pur senza rinunciare alla sanzione dell'inosservanza di aspettative «atipiche» (per le ragioni indicate nel Capitolo 5, § 2.1 e, di nuovo, nel Capitolo 6).

Infatti, se la violazione di regole prudenziali ampiamente in uso nel contesto sociale e professionale di riferimento può senz'altro ritenersi penalmente rilevante<sup>26</sup> – a meno che il dubbio (dell'interprete) non riguardi la *riconoscibilità delle condizioni* che richiedono l'adozione del modello preventivo –, diversamente, quando modalità cautelari riconducibili a un concetto ampio di *lex artis* non siano disponibili, o quando si ipotizzi la sussistenza di una «colpa generica residuale», il giudizio «discrezionale» che porta alla definizione di una aspettativa «atipica» dovrebbe rispondere ad una valutazione più garantista e prevedibile di quella rimessa ad un semplice agente-modello.

La possibilità che l'obsolescenza di una norma positivizzata possa essere colta dal giudice, che dichiara in sede processuale la vigenza di una regola di diligenza nuova o comunque diversa da quella espressamente rivolta all'agente al tempo della condotta, richiede quindi l'individuazione di un *ulteriore criterio regolativo*.

Si tratta ora di definirlo; non prima, però, di aver osservato come il criterio di gravità viene inteso nella nostra tradizione.

## 2.2. *La gravità della colpa nella dottrina italiana: fra commisurazione della pena, giudizio di colpevolezza e teorie bidimensionali. La sentenza Cantore (2013)*

In Italia, l'atteggiamento della dottrina nei confronti di una possibile valorizzazione del grado della colpa già nella struttura del reato è stato tradizionalmente diffidente.

Per sua natura, scrisse *Marcello Gallo*, detto «grado» importerebbe un giudizio largamente ispirato da «intuizioni emotive»<sup>27</sup>. In questo

---

<sup>26</sup> Analogamente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562.

<sup>27</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 643.

senso, far dipendere la tipicità della condotta da un criterio normativo di gravità potrebbe acuire il *deficit* di determinatezza che già affligge la fattispecie colposa, la cui funzione dovrebbe essere, invece, quella di orientare le condotte dei consociati, indicando chiaramente il confine fra agire lecito e non. Appare inoltre ancora piuttosto diffusa l'idea secondo cui non sarebbe possibile procedere ad una graduazione del giudizio d'inosservanza<sup>28</sup>.

In sintesi, il grado della colpa (prima delle recenti riforme in materia di colpa medica) viene chiamato ad assumere le funzioni di: (1) criterio di commisurazione della pena; (2) indice di esigibilità o inesigibilità soggettiva della condotta alternativa diligente, rilevante sul piano della colpevolezza; (3) criterio di rilevanza penale, trasversale al fatto tipico e alla colpevolezza.

(1) In quanto criterio di *commisurazione della pena* (ex art. 133 c.p.), il «grado della colpa» andrebbe misurato alla stregua di indici oggettivi e soggettivi. Così, ad esempio, *Tullio Padovani* ha scritto che il grado della colpa – bidimensionale, ma tutta racchiusa nella colpevolezza<sup>29</sup> – è «direttamente proporzionale al grado di *esigibilità* dal singolo soggetto del comportamento conforme a diligenza ed allo scarto fra detto comportamento e il comportamento tenuto»<sup>30</sup>. In senso analogo, *Ferrando Mantovani* propone una classificazione comprendente criteri normativo-oggettivi (il *quantum* di divergenza fra la condotta diligente e la condotta tenuta; il *quantum* di prevedibilità; il *quantum* di evitabilità), normativo-soggettivi (l'agire in situazioni che, pur non escludendo la *suitas* della condotta, causano particolari difficoltà nell'osservare la diligenza dovuta; il *quantum* di esigibilità del rispetto delle regole cautelari) e, infine, psicologici (il *quantum* di previsione; la maggior o mi-

---

<sup>28</sup> Contro la possibilità di svolgere una simile valutazione sul piano del fatto-tipico, anche D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 348 ss.

<sup>29</sup> T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 878-9, rifiuta espressamente che la violazione del dovere obiettivo possa concorrere a costituire la *tipicità* della condotta del reato colposo, come invece ritenuto da *Welzel* (Capitolo 2, §§ 1.2, 2.2.).

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 881 (e ulteriormente p. 890: «consistendo (...) il disvalore della colpa nella divergenza fra il comportamento esigibile e quello attuato, la misura di tale disvalore non può che essere determinata in funzione del *quantum* di esigibilità e del *quantum* di divergenza»).

nor consapevolezza di tenere una condotta pericolosa; il tipo di motivazione, quando in presenza di un conflitto di doveri)<sup>31</sup>.

(2) Nonostante la mancanza di un invito esplicito da parte del legislatore italiano a valorizzare il grado della colpa ai fini della punibilità del fatto tipico e colpevole, alcuni autori hanno cercato di recuperare i parametri indicati (specie quelli normativo-soggettivi) per restituire contenuto al *profilo personale della colpa* – ormai ritenuto del tutto esautorato dal processo di normativizzazione sul piano dell'illecito<sup>32</sup>. La gravità della colpa dovrebbe dunque intendersi come

“grimaldello” per accedere dal livello del fatto illecito, soggettivamente connotato da una colpa spesso tutta oggettiva, al piano superiore della colpevolezza, concretizzando e individualizzando in una certa misura il giudizio di responsabilità<sup>33</sup>.

Lo abbiamo visto quando ci siamo occupati della teoria della doppia misura della colpa (Capitolo 3, § 3.4), sulla quale torneremo fra poco.

(3) Infine, il grado della colpa è stato inteso anche come criterio di rilevanza penale, *trasversale al fatto tipico e alla colpevolezza*. All'esito di un'ampia e analitica panoramica critica delle definizioni del concetto di *Leichtfertigkeit* affacciate dalla dottrina tedesca, *Fabio Basile* propone una nozione invero molto generica, ma di carattere normativo e misto, di «colpa grave», identificandola con «un aumento di grado di tutti gli elementi della colpa, sia di quelli inerenti al fatto tipico, sia di quelli inerenti alla colpevolezza»<sup>34</sup>.

Più dettagliate appaiono le sintesi concettuali proposte da altri autori.

<sup>31</sup> F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 312-3.

<sup>32</sup> Per un'ampia critica all'eccessivo normativismo-oggettivismo dell'attuale teoria della colpa, M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 348 ss. Cfr. inoltre i contributi di: F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010/3, 1229, p. 1237 ss.; di nuovo M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. spec. 147 ss., 154 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, cit., p. 21 ss.

<sup>33</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 586.

<sup>34</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 650-1.

Elaborando una propria nozione di *Leichtfertigkeit* sulla scorta di un'attenta disamina comparatistica, ma proponendone l'applicazione anche al sistema penale italiano (come forma di colpevolezza intermedia fra la colpa semplice e la colpa cosciente), scrive *Roberto Wenin* che agisce con colpa grave chi,

pur avendo la possibilità di riconoscere la verificabilità dell'evento (nei due elementi della percezione dei fattori di pericolo e dell'elaborazione sistematica di tali dati), viola o in maniera particolarmente intensa una norma di diligenza, o una norma di diligenza particolarmente rilevante.

In questo senso, si ha cura di specificare,

il valore dei beni assurge inevitabilmente a criterio di valutazione, giustificando, a fronte di una loro eventuale consistente oggettiva rilevanza, la richiesta di una minore intensità sia sotto il profilo della riconoscibilità, sia della violazione della norma di diligenza<sup>35</sup>.

A sua volta, proponendo invece la «*depenalizzazione della colpa incosciente in generale, salvo incriminare comunque (anche in caso di colpa incosciente) le condotte gravemente colpose, o dovute a colpa grossolana*»<sup>36</sup>, *Cornacchia* definisce il concetto nei seguenti termini:

sul piano oggettivo, come violazione di *un obbligo di diligenza particolarmente importante*, o di *un gran numero di obblighi di cura poco significativi*, ergo come una negligenza o imprudenza di proporzioni inusitate, di fronte ad un evento tipico che si sarebbe presentato come *altamente probabile* per chiunque si fosse trovato nelle condizioni dell'agente e avesse adoperato un minimo di cautela e avvedutezza; sul piano soggettivo, come caratterizzata dalla possibilità, in capo all'agente, di riconoscere il rilievo o il numero degli obblighi stessi (e, correla-

---

<sup>35</sup> R. WENIN, *La categoria della «Leichtfertigkeit» nell'esperienza tedesca ed europea*, in *Indice pen.*, 8, 1, 2005, 239, p. 253-4 (e poi, ulteriormente, p. 258 ss., per le cennate prospettive applicative al diritto italiano a partire da una concezione scalare, o per gradi, della colpevolezza).

<sup>36</sup> L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 560.

tivamente, l'alto rischio connesso al mancato rispetto degli stessi) e dalla sua capacità di comportarsi in modo conforme<sup>37</sup>.

In seguito all'entrata in vigore della riforma *Balduzzi* (Capitolo 4, § 1.3.2), essendo ormai ineludibile interrogarsi sul significato e sulla rilevanza della gravità già in sede di definizione della tipicità colposa (cioè di concretizzazione del dovere)<sup>38</sup>, anche la giurisprudenza ha dovuto pronunciarsi sul punto. Oltre a quanto già osservato a proposito degli sviluppi più recenti, anche dopo la promulgazione della riforma *Gelli-Bianco* (Capitolo 4, § 1.3.3), quello che segue è l'elenco non tassativo di indicatori di gravità proposto dalla sentenza *Cantore* (2013)<sup>39</sup>:

- (1) «poiché la colpa costituisce la violazione di un dovere obiettivo di diligenza, un primo parametro attinente al profilo oggettivo della diligenza riguarda la *misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi* sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere. Occorrerà cioè considerare di quanto ci si è discostati da tale regola (...)»;
- (2) «occorrerà altresì considerare *quanto fosse prevedibile in concreto* la realizzazione dell'evento, *quanto fosse in concreto evitabile* la sua realizzazione»<sup>40</sup>;

---

<sup>37</sup> Specifica quindi l'autore che si dovrebbero assumere come «parametri cumulativi: l'entità *quantitativa* dell'inosservanza (...); il *numero* delle inosservanze (...); il grado di *divergenza* tra condotta astrattamente doverosa (individuata secondo il parametro dell'agente modello) e comportamento concretamente realizzato, quindi la *misura della violazione* delle regola cautelare; l'*esigibilità* dell'osservanza, per cui la colpa è di solito più grave in soggetti di particolare abilità, competenza, esperienza; il grado di *prevedibilità* dell'evento; il grado di *evitabilità* dell'evento attraverso il comportamento alternativo lecito (...); la maggiore o minore disponibilità dei mezzi per raggiungere lo scopo cautelare» (*op. ult. cit.*, p. 555-6).

<sup>38</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 5 ss., 15-6.

<sup>39</sup> Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, *Cantore*, CED 255105. La citazione che segue nel testo è tratta interamente da F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale*, cit., p. 179-80. Più di recente, G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, cit., p. 12 ss.

<sup>40</sup> Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2014 (dep. 21 maggio 2015), n. 21243, *Pulcini*, CED 263493, cit. da *Basile*, *ivi*, p. 181, che conferma la condanna del medico del pronto soccorso giacché questi, all'esito dei primi esami, «non valutò la probabilità che fosse in atto una cardiopatia ischemica con rischio di eventi clinici gravi a breve termi-

- (3) «vi è poi nel grado della colpa un profilo soggettivo che riguarda l'agente in concreto. Si tratta cioè di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle *specifiche condizioni dell'agente*. Quanto più adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore e fondato l'affidamento dei terzi, tanto maggiore il grado della colpa. Il *quantum* di esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari costituisce fattore importante per la graduazione della colpa»<sup>41</sup>;
- (4) «altro elemento di rilievo sul piano soggettivo è quello della *motivazione della condotta*. Come si è già accennato, un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto per una ragione d'urgenza»;
- (5) «un profilo soggettivo è costituito dalla *consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, dalla previsione dell'evento*. Si tratta della colpa cosciente, che rappresenta la forma più prossima al dolo»;
- (6) infine, «l'eventuale *concorso di colpa* di più agenti o della stessa vittima», adottando in questo modo la vecchia dottrina del concorso di colpe (Capitolo 6, § 3.3.3.2).

Come si vede, la Cassazione adotta un'impostazione molto simile a quella, ricordata poc'anzi, espressa da *Ferrando Mantovani*<sup>42</sup>.

---

ne, omettendo di trattenere il paziente in osservazione per gli approfondimenti diagnostici (esami ematici e controllo ripetuto degli enzimi cardiaci), i quali avrebbero potuto con *elevata probabilità* scongiurare l'evento letale, e pervenendo alle dimissioni con diagnosi errata...».

<sup>41</sup> Prosegue la Corte sul punto: «Ad esempio (...), l'inosservanza di una norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico. Per contro il rimprovero sarà meno forte quando l'agente si sia trovato in una situazione di particolare difficoltà per ragioni quali, ad esempio, un leggero malessere, uno shock emotivo o un'improvvisa stanchezza».

<sup>42</sup> Sulla stessa linea, Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2020 (dep. 18 maggio 2020), n. 15258, cit., p. 13 ss., 17: in buona sostanza, per la determinazione del grado della colpa occorrerebbe tener conto di numerosi parametri, quali la *gravità della violazione della norma cautelare*, la *misura della prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, la *condizione personale dell'agente* e le sue *qualità personali*, eventualmente utili a fronteggiare l'azione pericolosa, nonché le *motivazioni della condotta*. Cfr. inoltre le sentenze del *Tribunal Supremo* spagnolo citate nel Capitolo 4, § 4; e quanto osserveremo *infra*, § 2.4.

### 2.3. La funzione selettiva del grado della colpa sul piano dell'illecito: argomenti pro e contro

La considerazione delle dottrine indicate nel paragrafo precedente porta a valutare la legittimità dogmatica della graduazione della colpa nei diversi frangenti della struttura del reato colposo.

Iniziamo dal piano oggettivo, rivalutato, come visto, in virtù delle recenti riforme in materia di colpa medica. In effetti, rievocando un argomento già da tempo avanzato in dottrina<sup>43</sup>, è stato sostenuto che il giudizio di gravità sarebbe incompatibile con il giudizio sull'inosservanza del dovere:

comunque si vogliano intendere le nozioni di “tipicità”, “fatto tipico”, “fattispecie” – ha scritto *Castroonuovo* – esse non sono mai, per effetto di un insuperabile limite logico, “graduabili”. Una diversa conclusione porterebbe alla conseguenza – assurda – di ipotizzare fatti *più tipici e meno tipici*<sup>44</sup>.

Tuttavia, il senso di operare una graduazione sul piano oggettivo, cioè sul piano della violazione del dovere, potrebbe essere non già quello di stabilire diversi gradi di tipicità, bensì, al contrario, quello di subordinare l'integrazione del fatto-tipico colposo a inosservanze di una certa entità. In altri termini: si tratterebbe di intendere la *gravità* come *condizione di tipicità penale della colpa*. Semmai, quindi, «il limite inferiore della colpa “tipica” coinciderebbe con un determinato grado, che ne rappresenterebbe il requisito minimo richiesto»<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> V. sul punto T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 826 ss., in riferimento alle posizioni espresse da A. STOPPATO, *op. cit.*, p. 147, il quale, sostenendo che la colpa penale fosse insuscettibile di una distinzione per gradi, ulteriore a quella conseguente all'esclusione dal suo campo della *culpa levissima* (secondo l'insegnamento del *Carra-ra*), scriveva che «la colpa, comunque intesa, o v'è o non v'è»; e poi, in senso adesivo, da *Lanza* («non esiste un grado di osservanza o di inosservanza; esiste l'osservanza o l'inosservanza»).

<sup>44</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 348, 542. Cfr., ancorché a partire da basi concettuali distinte, l'argomento di *Turner* («there is an absurdity in stipulating that a special (gross) degree of negligence is required»), così sintetizzato e stigmatizzato da H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 148-9.

<sup>45</sup> Lo stesso D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 349.

A questa prospettiva, però, si opporrebbe un argomento facente leva, di nuovo, sul principio di legalità. Come già osservato (§ 2.2), far dipendere la tipicità della condotta da un criterio così elastico e intuitivo, idoneo pertanto ad aprire ampi spazi alla discrezionalità giudiziale, potrebbe acuire ulteriormente il *deficit* di determinatezza che già affligge la fattispecie colposa.

Assegnando all'interprete il potere di valutare la gravità della violazione, indubbiamente, si attribuiscono al giudice nuovi margini di manovra difficilmente pre-definibili. Come ci mostrano alcuni studi comparatistici sui tentativi definitori effettuati in Germania attorno al concetto di *Leichtfertigkeit*, nessuna nozione ha saputo finora eliminare la sensazione di non sapere «con certezza quando si debba punire e quando no»<sup>46</sup>.

Lo stesso discorso vale per la Spagna – esperienza affine e profondamente debitrice di quella tedesca –, dove i criteri di gravità escogitati da dottrina e giurisprudenza per distinguere le ipotesi di *imprudencia grave* (o *temeraria*) da quelle di *imprudencia leve* (o *simple*) sono tradizionalmente i seguenti: (1) il carattere elementare della norma violata, la cui osservanza può ritenersi esigibile anche al meno prudente degli agenti; (2) la grandezza della violazione del dovere di diligenza; (3) il grado di prevedibilità dell'evento tipico; (4) il grado di probabilità che si verifichi l'evento come conseguenza dell'infrazione; (5) l'adozione, nonostante l'inosservanza, di misure precauzionali ed eventualmente l'idoneità preventiva di tali misure; (6) il grado di conoscenza del rischio da parte del soggetto agente, o il grado di rappresentazione effettiva dell'evento<sup>47</sup>; (7) l'intensità della distrazione; (8) l'utilità sociale

---

<sup>46</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 615 ss. Cfr. C.E. RUIZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 141 ss.

<sup>47</sup> Come in relazione alla fattispecie colposa di cui all'art. 447 c.p. spagnolo (*prevaricación judicial*), punibile per «imprudencia grave o ignorancia inexcusable»: sul punto, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *La imprudencia en la actividad judicial*, in *Cuad. Der. Jud.*, 2002/3, 101, p. 129, e la giurisprudenza ivi citata, richiedente che «l'autore si sia rappresentato la possibilità di realizzazione del tipo» (trad. propria).



dell'attività svolta, in termini di accettabilità collettiva; (9) la qualità del bene giuridico offeso<sup>48</sup>.

Nondimeno, l'argomento che consente di superare le predette perplessità, preso in prestito da *Pulitanò*, è il seguente: pur dovendo riconoscere che «la valutazione di gravità della colpa presenta (...) spazi di discrezionalità ineliminabili», rispetto al «rischio di scivolamenti verso una responsabilità oggettiva occulta» derivante dal mero richiamo al *non meno indeterminato agente-modello*, essa risulta quantomeno «più garantista»<sup>49</sup>.

Inoltre, nella soluzione che si sta ipotizzando, a partire dall'ipotesi normologica avanzata nel Capitolo 5 e corroborata nel Capitolo 6 (come vedremo meglio tra poco), questo giudizio *ulteriormente selettivo* non renderebbe più incerta la definizione della tipicità laddove non vi siano dubbi circa la delineazione dei contorni dell'aspettativa di condotta diligente, imponendo invece all'interprete un più consistente onere di motivazione in ordine alla *riconoscibilità dell'occasione di adeguarvisi* e alla *esigibilità oggettiva dei modelli comportamentali* di volta in volta rilevanti.

Il riconoscimento di un ruolo determinante al criterio di gravità in relazione alla «misura oggettiva» della colpa penale risponderebbe inoltre ad un'esigenza di coerenza concettuale, che si apprezza da un punto di vista storico-dogmatico<sup>50</sup>. Se ciò che davvero distingue la colpa pe-

---

<sup>48</sup> Per alcuni di questi criteri, D.-M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 516. Tuttavia, la *Ley Orgánica 1/2015*, del 30 marzo, ha disposto il superamento della distinzione indicata, eliminando la *imprudencia leve* in virtù della depenalizzazione dei reati contravvenzionali (*faltas*), e introducendo quella fra *imprudencia grave* e *imprudencia menos grave*, generando però una situazione di caos che, francamente, non era difficile immaginare. V. ad es. L. RODRÍGUEZ MORO, *La configuración de la imprudencia «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 CP tras la reforma del Código por la Ley Orgánica 1/2015: especial referencia a su conceptualización en el ámbito vial*, in *RDPC*, 20, 2018, p. 131, anche per riferimenti giurisprudenziali recenti.

<sup>49</sup> Con specifico riferimento alla riforma *Balduzzi*, D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 84.

<sup>50</sup> In direzione analoga, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 642, 650 ss.; R. WENIN, *op. cit.*, p. 252 ss.

nale da quella civile è il rimprovero all'autore di un fatto *colpevole*<sup>51</sup>, è anche vero che il trasferimento della violazione del dovere al fatto-tipico comporta che il principio di colpevolezza, un tempo riflesso soltanto nell'elemento soggettivo del reato, si irradia oggi, inevitabilmente, nella sua dimensione tipico-*colposa*<sup>52</sup>. Se così non fosse, non avrebbe senso mettere in guardia dal ritorno a logiche *versariste*, a responsabilità da posizione o ad altre forme di responsabilità oggettiva (meramente causale) in tutti i casi in cui il giudice, invece di stabilire se vi sia o meno colpa *in concreto*, si affida a comodi sillogismi presuntivi.

Insomma, tanti spostamenti sistematici, fra elemento oggettivo e soggettivo, fatto-tipico e colpevolezza, hanno fatto perdere di vista l'oggetto reale del discorso e il suo stretto legame, ovunque piaccia metterlo, con il principio di colpevolezza.

Il che spiega perché un elemento chiaramente attinente alla *concretizzazione del dovere di diligenza* come il «principio di affidamento» può essere inteso in più maniere: come criterio *oggettivo* necessario a rendere il dovere compatibile con il carattere *personale* della responsa-

---

<sup>51</sup> A. QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 142 ss., 149 ss.

<sup>52</sup> Per l'inclusione di entrambe le misure della colpa all'interno della colpevolezza, *ivi*, p. 243 ss., spec. 267-8. T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 874 ss., spec. 878-9, pur aderendo alla dottrina della «doppia misura» e, quindi, all'isolamento dogmatico del momento obiettivo e soggettivo del giudizio, l'autore mette in guardia dal «pericolo di differenziarli a tal punto da attribuire diversa natura ai dati sui quali vertono, come talvolta fa, invece, la dottrina, quando identifica la contrarietà al dovere obiettivo di diligenza con l'antigiuridicità obiettiva del fatto colposo, e tiene fermo che solo la contrarietà al dovere subiettivo di diligenza fonda la colpevolezza dell'autore». Si noti la differenza d'impostazione – non solo sistematica (F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 665) – rispetto a G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59 ss., spec. 73 ss., il quale – come visto (Capitolo 2, § 2.3) – aveva riconosciuto al travagliato contributo dogmatico di *Welzel* (Capitolo 2, § 1.2) il merito di aver reso distinguibile l'azione colposa da quella dolosa (superando definitivamente, e paradossalmente, il concetto unitario di azione); salvo poi, in *ID.*, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, p. 15 ss., riferirsi espressamente al ruolo determinante del finalismo nella tendenza, a suo giudizio nefasta, a svuotare la colpevolezza colposa del contenuto che le spetterebbe, manifestando così la necessità di restituire la colpa all'elemento soggettivo del reato (allontanandosi così dal *primo Marinucci* e riavvicinandosi al maestro *Delitala*: Capitolo 2, § 2.3).

bilità penale<sup>53</sup>; o funzionale a garantire la *esigibilità* del comportamento diligente (Capitolo 6, §§ 2.1, 3.1.2, 3.3.2.3)<sup>54</sup>. Spie di un'ambiguità ancora irrisolta e, a mio giudizio, di una scissione non necessaria.

#### 2.4. (segue) *Critica alla dottrina della «doppia misura». Circostanze concomitanti e «inesigibilità oggettiva» della cautela tipica*

Qualora si sostenga che la selezione del *crimen culposum* debba passare per una valutazione di ulteriore gravità<sup>55</sup>, coerentemente con la struttura tendenzialmente bi-fasica (generalizzante, in sede di tipicità, e individualizzante, in sede di colpevolezza) del giudizio corrispondente, questo *quid pluris* di carattere comunque normativo – e decisivo sul piano dell'*an* della responsabilità – dovrebbe connotare ciascuna delle due dimensioni teorizzate dalla concezione bidimensionale della colpa (Capitolo 2, § 2.6; Capitolo 3, § 3.4)<sup>56</sup>. Assumendo questa prospettiva teorica, il criterio di gravità diverrebbe dunque il garante dell'aspirazione verso un recupero del profilo soggettivo (individualizzante) del reato colposo e della sua piena compatibilità con il principio di colpevolezza<sup>57</sup>.

Tuttavia, anche al fine di sostenere la rilevanza del criterio selettivo di gravità solo sul piano della concretizzazione del dovere, è giunto il momento di argomentare le ragioni per cui la teoria della «doppia misura della colpa» andrebbe, come tale, respinta.

Già *prima facie* la dottrina in questione si espone ad alcune considerazioni problematiche. Fino a che punto sarebbe legittimo e logicamente possibile individualizzare il parametro di riferimento? Perché proce-

---

<sup>53</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale* (8<sup>a</sup> ed.), cit., p. 590.

<sup>54</sup> G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334, nt. 34.

<sup>55</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 529 ss., 531.

<sup>56</sup> Ancora F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 634 ss. (per tutti i riferimenti alla concorde dottrina tedesca), 650-1; e R. WENIN, *op. cit.*, p. 252 ss.

<sup>57</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 461 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 144 ss.; da ultimo, accede a questa impostazione, con specifico riferimento alla colpa medica, G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, cit., p. 27 ss.

dere alla definizione di una regola oggettiva (valida *erga omnes, ceteris paribus*), per poi personalizzare il giudizio di attribuzione?

Analizzando attentamente alcune versioni contemporanee della teoria, sorge il dubbio che essa si basi su una sorta di sovrapposizione concettuale, che porta a confondere la *concretizzazione* con la *personalizzazione* del giudizio di imputazione. Una cosa, infatti, è considerare aspetti soggettivi non appartenenti al parametro di diligenza; altra cosa è valorizzare aspetti e circostanze contestuali: procedimento necessario, come abbiamo detto anche all'inizio di questa sezione, già in fase di *concretizzazione del dovere di diligenza*.

Come abbiamo visto (Capitolo 3, § 3.4), alcuni autori riconducono la misura soggettiva della colpa al principio di inesigibilità, laddove si intende «inesigibile» il comportamento alternativo diligente

allorché un soggetto realizza una condotta tipica o non coperta da cause di giustificazione avendo sì la possibilità di agire secondo le direttive normative (...) ma trovandosi in una *situazione anomala, eccezionale*, idonea ad esercitare nei suoi confronti una *pressione motivazionale* tale da indurre l'ordinamento ad assumere un atteggiamento di indulgenza<sup>58</sup>.

Un illecito penale davvero «personale» dovrebbe quindi richiedere, oltre all'inosservanza di un'aspettativa oggettiva, (1) la «effettiva prevedibilità del risultato» e (2) la «assenza di fattori che impediscano una normale motivazione»<sup>59</sup>.

*Castroonuovo*, in particolare, identifica i casi di assenza di colpevolezza con quelli di «(...) incapacità (completa o parziale) di adempiere alla pretesa precauzionale dell'ordinamento»<sup>60</sup>, valutazione che implica lo svolgimento di un giudizio *concreto e individualizzato*, diretto a valutare la presenza di qualunque fattore anomalo decisivo nella realizzazione del fatto offensivo<sup>61</sup>. *Fornasari*, come visto, ricorre all'esempio della madre che causa l'incendio, agendo frastornata dall'incidente occorso al figlio, per sostenere la funzione ermeneutica del principio di

---

<sup>58</sup> G. FORNASARI, voce *Colpevolezza (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubb.*, Milano, 2006, 966, p. 974. Corsivo aggiunto.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 969.

<sup>60</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 564.

<sup>61</sup> *Ivi*, p. 603.

inesigibilità, al fine di escludere la colpevolezza penale di condotte lesive pur oggettivamente colpose (Capitolo 3, § 3.4)<sup>62</sup>.

Tuttavia, a mio avviso, occorre distinguere. Infatti, mentre il requisito della *concretizzazione* si riferisce alla considerazione e valutazione delle circostanze concomitanti, cioè proprie del contesto dell'azione, il requisito della *individualizzazione* dovrebbe fare riferimento a fattori – per l'appunto – soggettivi, cioè alle caratteristiche del soggetto imputato in quanto persona unica e irripetibile, a prescindere dal contesto in cui agisce.

Se così è, non c'è dubbio che la *concretizzazione* del giudizio di imputazione è già richiesto al fine di definire l'aspettativa di diligenza valida, per l'appunto, nel caso concreto. Infatti, la regola di condotta in cui si *concretizza* il dovere di diligenza viene determinata, già nell'ottica della dottrina «deontica» prevalente, in base al «combinarsi delle conoscenze nomologiche *standard*» del parametro normativo di riferimento (base nomologica) «con l'occasione (*Anlass*) di applicare tali conoscenze»<sup>63</sup>. Il «dovere di diligenza» rappresenta quell'aspettativa di comportamento la cui infrazione può giustificare (sebbene non di per sé) l'imputazione della responsabilità per colpa; e si specifica in regole di prudenza e diligenza esigibili – precisamente – in considerazione delle caratteristiche di ciascun caso specifico.

In altri termini: la c.d. condotta alternativa diligente, quando non risponde a una regola cautelare «tipica», si specifica proprio in ragione delle circostanze concomitanti. Non v'è altro modo di stabilire come l'agente avrebbe dovuto comportarsi, se non considerando il contesto dell'azione.

È quindi discutibile che, nell'esempio riproposto da *Fornasari*, la diligenza (obiettivamente) esigibile coincida necessariamente con la condotta di spegnimento del ferro da stiro, poiché la definizione di tale standard (astrattamente valido, certamente) prescinde da qualunque valutazione delle circostanze concrete in cui si svolge l'azione. Invece, a seconda del parametro normativo che si assuma come base di valutazione, non sarebbe irragionevole un giudizio che, al di là di qualsivoglia

<sup>62</sup> G. FORNASARI, *Inesigibilità*, cit., p. 386.

<sup>63</sup> C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, cit., p. 634, nt. 124.

indulgenza o comprensione, consideri oggettivamente e concretamente non esigibile agire in modo tale da poter evitare il risultato. Se si aggiunge mentalmente il comportamento alternativo ipotetico che consiste nello spegnimento del ferro, il risultato dannoso scompare (evitabilità); ma ciò non significa che tale comportamento, astrattamente idoneo ad evitare l'evento, coincida necessariamente con la diligenza obiettivamente esigibile (Capitolo 5, § 2.1, punto *a*)<sup>64</sup>.

Quanto detto viene confermato dal meccanismo normologico su cui si basa il principio di affidamento. Infatti, la facoltà di riporre affidamento nella condotta del terzo incontra il suo limite fondamentale nella presenza di specifici segnali o indicazioni, inclusi nelle circostanze concomitanti, che rendano chiaramente riconoscibile il fatto che i modelli di comportamento «tipici» astrattamente imputabili ai consociati non vengono o non saranno rispettati, dal che ne deriva la oggettiva prevedibilità dell'evento come risultato avverso dell'interazione tra l'agente e il terzo imprudente.

Il dovere di diligenza «atipico» e «relazionale» nasce dalla possibilità di riconoscere circostanze anomale concomitanti indicative di una convergente inosservanza della regola di condotta il cui adempimento, normalmente (tipicamente), sarebbe lecito attendersi dal consociato (Capitolo 6, § 4).

Il nesso che alcuni autori<sup>65</sup> hanno identificato tra *affidamento legittimo* (che dispensa dall'obbligo di vigilanza o esclude la sua inosser-

---

<sup>64</sup> Ciò si lega alla critica (svolta in altra sede) al criterio della *evitabilità* come criterio di imputazione *ex post* dell'evento alla condotta colposa; criterio che può indurre i tribunali a stabilire parametri di diligenza strumentali alla sicura, o altamente probabile, evitabilità dell'evento. «Quanto è maggiore la pretesa di diligenza personificata dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*, infatti, tanto più agevole può risultare (...) sostenere che la condotta alternativa doverosa avrebbe “quasi certamente” evitato l'evento»: A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 47.

<sup>65</sup> A partire da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334, nt. 34, che, come già ricordato, ipotizza l'idoneità del principio di affidamento ad escludere la rimproverabilità della condotta colposa illecita qualora non si ritenga esigibile un adeguato controllo da parte del capo-*équipe* nei confronti dei singoli collaboratori. Come osservato, questa tesi si è fatta strada anche nella più recente giurisprudenza in materia di colpa stradale e datoriale per gli infortuni (Capitolo 6, §§ 3.1.2,

vanza) e *inesigibilità* – o tra l'emergere di un dovere relazionale di diligenza e l'esigibilità – dimostra chiaramente, a mio giudizio, che la valutazione delle circostanze concomitanti va effettuata sul piano della *concretizzazione del dovere* (cfr. infatti quanto affermato *supra*, § 2.3).

Gli elementi circostanziali entrano quindi in gioco nel definire la base fattuale del giudizio di prevedibilità che il giudice è chiamato ad affrontare per concretizzare il dovere di diligenza: sia quando si tratti di valutare l'esigibilità dell'adozione di una regola «tipica» (ad esempio, «spegnere il ferro da stiro»); sia per imputare il dovere di adempiere una aspettativa «atipica» (ad esempio, come sottolineato più volte, quando si tratti di una regola di diligenza «relazionale», come la vigilanza). La *eccezionalità (o la particolarità) della situazione di fatto*, insomma, permetterebbe al giudice di escludere, a seconda del parametro di giudizio considerato (un agente-modello o l'agente concreto), la misura oggettiva (la violazione del dovere di diligenza) o quella soggettiva della colpa (la rimproverabilità per la mancata conformazione al comportamento doveroso).

Tuttavia, altra questione che si pone è proprio quella riguardante la possibilità logica di una *individualizzazione* del giudizio sul piano – non già del contesto, come appena chiarito, bensì – della *ridefinizione del parametro*. Il dubbio sembra legittimo, specie a fronte del fatto che quel processo di individualizzazione non viene mai davvero percorso dalla giurisprudenza (al di là del ricorso a formule di stile che, talvolta, potrebbero indurre a concludere il contrario: cfr. Capitolo 4, § 4; Capitolo 6, §§ 3.1.2, 3.3.2.3).

Il giudizio di individualizzazione dovrebbe indurre a riconfigurare il parametro di diligenza in termini meno generali, ma non del tutto particolari o personali. Bisogna infatti considerare il limite dato dalla «impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare»<sup>66</sup>. Ciò significa che qualunque giudizio di colpevolezza, per concreto e individualizzato che sia, impone inevitabilmente un certo

---

3.3.2.3), dove si riconosce – finalmente – la rilevanza della condotta della vittima sul piano della colpa, escludendone – però – la «misura soggettiva». Da ultimo, adottano questo schema L. CARRARO, *op. cit.*, p. 249 ss., 251 ss.; A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., p. 23-4.

<sup>66</sup> H. MANNHEIM, *op. cit.*, p. 41.

livello di generalizzazione. In effetti, come osservava già *Marinucci*, sarebbe

fallace (...) la pretesa di subordinare il rimprovero, alle mutevoli infinite condizioni personali, capaci di impedire il processo di rappresentazione, o di frustrare la realizzazione del comportamento atto a evitare l'evento: una loro indiscriminata valorizzazione (...) renderebbe del tutto inattuabile l'imputazione per colpa<sup>67</sup>.

La colpa – intesa sia nel senso di criterio di imputazione, sia nel senso lato di rimproverabilità – emerge dal dualismo generato dalla violazione di una aspettativa normativa che, logicamente, non può coincidere con l'agente che funge da oggetto del giudizio. Senza dualismo tra parametro e oggetto di valutazione non v'è rimproverabilità o colpevolezza possibile, poiché questa deriva dalla mancanza, dal vuoto, ecc., generato da detta differenza, dall'osservazione di un dato di realtà (la condotta dell'agente) che non risponde al dover-essere (un'aspettativa di diligenza).

L'esigenza di adottare una misura individualizzante, ulteriore a quella valida *erga omnes*, emerge generalmente quando il parametro adottato in sede di tipicità è avulso dal contesto. È questo, ad esempio, il caso del parametro della «migliore scienza ed esperienza»: un parametro giustificato – al di là della sua discutibile sostenibilità epistemologica rispetto all'esigenza di tassatività (Capitolo 5, § 2.2) – in base all'obiettivo politico-criminale di assicurare una valenza general-preventiva alla sanzione dell'illecito colposo; per cui la previsione di una «doppia misura» – peraltro, incarnata dall'*homo eiusdem condicionis et professionis* – si comprende alla luce del bisogno di ri-bilanciare la struttura del reato, assegnando alla colpevolezza la funzione di limitare la suddetta istanza funzionale. Lo stesso accade quando, pur non rinviando a parametri tecnici, si ricorre a un parametro «medio» non ancora *eiusdem condicionis et professionis* e calato nelle concrete circostanze del caso<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 193.

<sup>68</sup> Lo segnala chiaramente *Marinucci*, *ivi*, p. 190-3. Così, ad es., O.W. HOLMES, *op. cit.*, p. 46 ss.



In sintesi: la teoria della «doppia misura» confonde e sovrappone l'esigenza di concretizzare (rispetto al contesto) e quella di individualizzare (agendo sul parametro) il giudizio di imputazione<sup>69</sup>.

Le c.d. circostanze concomitanti vanno considerate già sul piano dell'illecito-colposo: sia al momento di valutare la obiettiva applicabilità di determinate conoscenze (base nomologica) ai fini della ricostruzione giudiziale della regola «atipica», sia quando si tratti di giudicare l'esigibilità di una regola «tipica». La considerazione del contesto, in altri termini, è ciò che consente di passare dal *dovere*, quale espressione della norma di diligenza, alla concreta definizione della *regola di condotta*, rilevante in quanto *esigibile nel caso concreto*. Tale exigibilità va intesa quindi in senso *oggettivo*, poiché implica il ricorso ad un parametro normativo che non può coincidere con l'agente, pena la dissoluzione della possibilità stessa di muovere un rimprovero.

Per questa ragione, già nei capitoli precedenti, iniziando a ritagliare uno spazio proprio al criterio della gravità, si è scelto di ricorrere altresì al concetto di «esigibilità oggettiva», volendo con esso indicare il momento di valutazione afferente alla misura (*unica e oggettiva*) della colpa. Detto criterio può essere ora ulteriormente specificato, coniugandolo al criterio normativo e ulteriormente selettivo di gravità.

---

<sup>69</sup> Lo riconosce anche D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 584-5: «l'esigenza di preservare la misura soggettiva della colpa (identificata nella concreta rimproverabilità della condotta) impone di dare rilievo alle peculiarità del caso concreto, le quali «possono dar corpo ad una condotta veramente imprevedibile (...)». Questo si riscontra, del resto, anche nell'analisi di A. CANEPA, *op. cit.*, dove si osserva che nella giurisprudenza d'oltralpe in materia di responsabilità medica «emergono interessanti spazi di individualizzazione che, peraltro, si fondano sia sulla considerazione delle capacità dell'imputato sia sulle circostanze di fatto in cui il medesimo si è trovato ad agire» (*op. ult. cit.*, p. 84); nonché nelle sentenze spagnole citate alla fine del Capitolo 4, ove pure la «misura soggettiva» è espressamente associata alla «riconoscibilità del pericolo», cioè dell'occasione di adottare determinate regole di condotta; e nelle più recenti sentenze italiane in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro (Capitolo 6, § 3.3.2.3).

### 3. Un criterio comparativo di gravità

Nel corso dell'indagine è emersa una ragione particolare a favore dell'accoglimento del criterio di gravità: quella di assegnargli la funzione di selezionare con maggior rigore l'ambito di anti giuridicità rispondente alla violazione di doveri di diligenza non altrimenti reperibili se non attraverso il giudizio ricostruttivo dell'interprete (aspettative di condotta «atipiche»).

Pur condividendo le ragioni di fondo che muovono la dottrina prasseologico-positivistica, si è ritenuto che l'indisponibilità di prassi cautelari o l'obsolescenza delle regole modali «tipiche» – cioè valide perché riconosciute nel contesto sociale e professionale di riferimento e dotate di ambiti di applicazione e protezione predefiniti dall'esperienza (usi e consuetudini cautelari, *leges artis*, ecc.) – non possano impedire *a priori* ulteriori forme di rimprovero (Capitolo 5, §§ 2.1, 3). Valorizzando, quindi, il tentativo discretivo operato sul piano delle tipologie cautelari, nonché l'ispirazione garantista della dottrina cui ci si è appena riferiti, si è ipotizzato che la colpa per inosservanza di aspettative cautelari «atipiche», dichiarate vigenti dal giudice in ragione delle peculiarità del caso concreto, possa ritenersi penalmente rilevante nella misura in cui appaia connotata da oggettiva gravità.

Del resto, come già chiarito, nemmeno restringendo l'ambito di punibilità alle ipotesi di inosservanza di regole «tipiche», come vorrebbe la medesima dottrina prasseologica, potremmo prescindere dal ricorso ad un parametro normativo di giudizio. Infatti, una responsabilità colposa non giustificata dalla riconoscibilità dell'occasione di adottare il modello predefinito di condotta alternativa-diligente e dalla esigibilità oggettiva della medesima in ragione delle circostanze concomitanti (§ 2.4) si tradurrebbe in un'imputazione per mero *versari in re illicita*.

Ma è pur vero che l'ambito rispetto al quale urge una più scrupolosa selezione del *crimen culposum* è quello segnato dai doveri di comportamento definiti dall'interprete ricorrendo al parametro dell'agente-modello *eiusdem condicionis et professionis*. Con tale concetto sintetico assiologico-naturalistico (espressione umanizzata del rischio consentito), come visto,

si designa il possesso di quelle conoscenze nomologiche necessarie e sufficienti per dominare i rischi in misura corrispondente all'esigenza dell'ordinamento di tutelare i beni giuridici nell'esercizio delle attività pericolose<sup>70</sup>

nonché la possibilità di riconoscere quei dati fattuali idonei a consentire di tradurre dette informazioni in azioni od omissioni orientate a impedire che si verifichino eventi lesivi.

In questi casi, l'esigenza di disporre di un criterio idoneo a *moderare le istanze deontiche* deriva dal fatto che il parametro di riferimento non si limita a stabilire l'esigibilità della regola (*predefinita*) rispetto al caso concreto, ma serve a *definire* il contenuto stesso dell'aspettativa cautelare che concretizza il dovere di diligenza.

L'obiettivo consiste ora nel fornire un'identità a detto criterio di gravità in relazione al suddetto giudizio selettivo. Si tratta di recuperare le precedenti riflessioni sui limiti di punibilità della colpa tutta normativa (incosciente), il limite inferiore del penalmente rilevante, al cospetto delle alternative teorie riduzioniste. È sull'idea di gravità, infatti, che si è sostenuta la tesi secondo cui *talune condotte negligenti* dovrebbero mantenere rilevanza penale *benché del tutto incoscienti e benché non realizzino una violazione di regole cautelari predefinite*.

Il concetto di *gravità* dovrà quindi riflettere o tradurre un giudizio di *equivalenza* normativa in termini di *esigibilità oggettiva*.

In relazione all'alternativa riduzionista prasseologico-positivista, si è detto che il mancato adeguamento ad aspettative di comportamento «atipiche» dovrebbe potersi ritenere penalmente rilevante – come l'inosservanza delle regole cautelari «tipiche» – nella misura in cui l'adeguamento alle une e alle altre appaia *altrettanto esigibile* (ragione d'equità di giudizio: Capitolo 5, § 2.1). In altre parole: per poter essere penalmente rilevante, l'adeguamento dell'agente a un *dover-essere non altrimenti prestabilito* deve ritenersi *esigibile tanto quanto* l'osservanza di una cautela positiva determinata o già riconosciuta come «valida» nel gruppo di riferimento. Pertanto, il parametro di gravità comparativamente rilevante può essere ricavato proprio dal livello di esigibilità sotteso a qualunque regola «tipica», in quanto valida ed immediatamente dispo-

---

<sup>70</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 465.

nibile all'agente. Sicché, il livello imputabile di riconoscibilità dell'occasione di applicare determinate conoscenze, come vedremo meglio fra poco, dovrà coincidere normativamente con la conoscibilità della regola.

Detta *conoscibilità* esprime il nostro parametro di *esigibilità*, sotteso all'imputazione del «dovere di previsione».

In relazione alle teorie «liberali» (Capitolo 3, §§ 3.2, 3.3), specie a quelle richiedenti la rappresentazione dell'antigiuridicità della condotta, o quantomeno l'effettiva conoscenza del dato nomologico (scientifico o esperienziale) doveroso, si è aggiunto che la valutazione della gravità del contegno tenuto dall'agente – e della conseguente legittimità di una reazione punitiva – non può esaurirsi nella prova dell'esistenza di un nesso più o meno intenso fra l'elemento intellettuale dello stesso e il carattere antigiuridico della condotta, potendosi invece ricavare, quantomeno in parte, dalla considerazione del *quantum* di tale antigiuridicità (§ 1). Pertanto, in assenza di un elemento psicologico effettivo, il limite inferiore della colpa (incosciente, puramente normativa) potrebbe consistere nella mancata applicazione di conoscenze tanto note o nel mancato riconoscimento di segnali fattuali tanto riconoscibili da poter essere – rispettivamente – conosciute o riconosciuti da chiunque; in altri termini, ma in senso analogo, tali da poter presumere che l'agente effettivamente le conoscesse o li avesse riconosciuti.

#### 4. La conoscenza doverosa

##### 4.1. Premessa metodologica: la concretizzazione del dovere come esercizio di «co-produzione»

La definizione della base nomologica idonea a sostenere il carattere obiettivamente colposo di una condotta lesiva (ritenendosi *ex ante* prevedibile l'evento provocato o non impedito) dipende sia da variabili «esterne» al diritto – quali la dimensione del *consenso*, il grado di *corroborazione* o il livello di *diffusione* di una certa ipotesi scientifica –, sia da considerazioni propriamente normative, prima fra tutte quella relativa all'entità del bene giuridico alla cui protezione è funzionale il

possesso di determinate informazioni nell'esercizio di un'attività rischiosa. Per questa ragione, nell'introdurre questo studio, si è chiarito che ci si sarebbe limitati a considerare la colpa integrante le fattispecie d'evento contro la persona – vita e incolumità individuale – (Capitolo 1, § 3).

Occorre muovere dal principio secondo cui *la conoscenza non può tradursi in azione senza previa valutazione* (Capitolo 5, § 2.2). Le definizioni del carattere doveroso di un «sapere» (per agire) e della diligenza del comportamento in cui esso si traduce non possono essere delegate alle scienze empiriche<sup>71</sup>. Quando il tipo di attività e il sapere disponibile consentono un'opera di pre-definizione almeno parziale delle *leges artis*, questa valutazione viene compiuta dal legislatore o da organi a composizione mista capaci di esprimere istanze sia tecnico-scientifiche che giuridiche, secondo il metodo di «co-produzione» fra scienza e diritto (già richiamato in precedenza: Capitolo 5, § 2.2)<sup>72</sup>. Ciò significa che, se da un lato il sapere empirico o extra-giuridico condiziona la definizione delle categorie normative, d'altro canto le esigenze tipiche del diritto si riflettono nella selezione del sapere extra-giuridico normativamente rilevante. Pertanto, nell'ambito di un organo a composizione mista incaricato di definire protocolli di azione, compete all'esperto portare al giurista il sapere potenzialmente rilevante (ad esempio, «la sostanza X è ritenuta “possibilmente cancerogena” a determinate condizioni Y1, Y2, ecc.»), mentre spetta al secondo stabilire se e come detto enunciato possa tradursi in una norma di comportamento, *ceteris paribus*. Mentre quando non si possa disporre di regole modali predefinite, non potrà che spettare al giudice, ancorché sulla base del parere espresso da periti e consulenti, il compito di definire i contorni della norma e di concretizzare il contenuto del dovere.

Il modello tradizionale di riferimento per l'interprete è quello fondato sulla prevedibilità dell'evento in base ad un sapere scientifico corro-

---

<sup>71</sup> O a istituzioni tecnocratiche sfornite di qualunque (sia pur indiretta) legittimazione democratica, nel caso si tratti di definire regolamenti e protocolli: J. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>72</sup> M.C. TALLACCHINI, *op. cit.*, p. 339 ss.; D. PULITANÒ, *Il diritto penale*, cit., p. 859 ss. Sulle linee-guida come modello di «co-produzione» fra scienza e diritto, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 215 ss.

borato e riconducibile alla nozione di «legge scientifica». Il retroterra culturale di questo paradigma

è da ricercare nella fiducia nella capacità della scienza di reperire efficaci modelli comportamentali rivolti alla gestione in sicurezza del rischio inerente allo svolgimento di una determinata attività socialmente utile.

Oggi, però, questo scenario appare mutato: «la prospettiva nomologica (...) risente della crisi della scienza al cospetto di fenomenologie dannose (...) che non si prestano a rassicuranti ricostruzioni epistemologiche (...)»<sup>73</sup>.

Tuttavia, la crisi del «modello nomologico» (Capitolo 3, § 2.4), osservata anche nel versante causale (Capitolo 1, § 2.2; Capitolo 4, § 2.3.1), non risiede soltanto nella riconosciuta incapacità della scienza di definire tassativamente o unanimemente i contorni delle sue «leggi» (enunciati che propongono modelli esplicativi e predittivi), ma anche nell'abitudine del giurista a rivolgersi alla scienza empirica conservandone un'immagine semplicistica e antiquata<sup>74</sup>.

Sostenere, in ossequio al modello novecentesco prevalente (di cui si è vista l'origine: Capitolo 2, § 1.3), che *solo la disponibilità di una generalizzazione empirica definitivamente corroborata al tempo della condotta rende un evento prevedibile* resta un'opzione possibile. Ma questa difesa a spada tratta del paradigma colposo consolidato – quello secondo cui, per l'appunto, «occorre attendere la legge scientifica» affinché sorga un dovere cautelare – assume i tratti di una petizione di principio, non di un argomento.

Occorre riconoscere il fatto che la dicotomia legge/congettura (scienza/spazzatura) non riesce a svolgere esaustivamente una funzione epistemica o rappresentativa. È quindi legittimo, direi doveroso, domandarsi fino a che punto è metodologicamente corretto continuare a

---

<sup>73</sup> Lo riconosce C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, cit., p. 635.

<sup>74</sup> Cfr. nuovamente V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica*, cit., *passim*; G. LICCI, *Le immagini di scienza*, cit., p. 87 ss., sul concetto di «immagine di scienza» (Capitolo 3, § 2.3).

legare a doppio filo il principio illuministico di *legalità/tassatività* a quello tardo-ottocentesco di *legalità scientifica*.

Mettere in discussione il «modello nomologico» tradizionale non significa necessariamente entrare «in rotta di collisione con la formula Bard» (*beyond any reasonable doubt*) e «con i suoi precipitati di garanzia»<sup>75</sup>, o esprimere un punto di vista precauzionista e in quanto tale illiberale. Si tratta invece di considerare seriamente il linguaggio con cui si esprimono le scienze empiriche. Il modello nomologico presuppone che esse si esprimano in termini *binari* (l'enunciato o è *legge* o è *mera congettura*). Ma ciò, oggettivamente, non corrisponde al vero.

La classificazione ufficiale adottata dalla *International Agency for Research on Cancer* (IARC), ad esempio, distingue gli agenti ipoteticamente cancerogeni per l'essere umano in cinque categorie (non in due)<sup>76</sup>: cancerogeni<sup>77</sup>, possibili o probabili cancerogeni<sup>78</sup>, non classificabili<sup>79</sup>, probabilmente non cancerogeni<sup>80</sup>. Se l'intuitiva reperibilità di

---

<sup>75</sup> Così, invece, C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, cit., p. 635.

<sup>76</sup> IARC *Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans – Preamble*, 2006, p. 22 ss., in <http://monographs.iarc.fr/ENG/Classification/index.php>.

<sup>77</sup> «This category is used when there is *sufficient evidence of carcinogenicity* in humans. Exceptionally, an agent may be placed in this category when evidence of carcinogenicity in humans is less than *sufficient* but there is *sufficient evidence of carcinogenicity* in experimental animals and strong evidence in exposed humans that the agent acts through a relevant mechanism of carcinogenicity».

<sup>78</sup> «This category includes agents for which, at one extreme, the degree of evidence of carcinogenicity in humans is almost *sufficient*, as well as those for which, at the other extreme, there are no human data but for which there is evidence of carcinogenicity in experimental animals. Agents are assigned to either Group 2A (*probably carcinogenic to humans*) or Group 2B (*possibly carcinogenic to humans*) on the basis of epidemiological and experimental evidence of carcinogenicity and mechanistic and other relevant data. The terms *probably carcinogenic* and *possibly carcinogenic* have no quantitative significance and are used simply as descriptors of different levels of evidence of human carcinogenicity, with *probably carcinogenic* signifying a higher level of evidence than *possibly carcinogenic*».

<sup>79</sup> «This category is used most commonly for agents for which the evidence of carcinogenicity is *inadequate* in humans and *inadequate* or *limited* in experimental animals. Exceptionally, agents for which the evidence of carcinogenicity is *inadequate* in humans but *sufficient* in experimental animals may be placed in this category when there is strong evidence that the mechanism of carcinogenicity in experimental animals

leggi scientifiche all'interno della prima categoria non pone particolari problemi (sempre che il consenso scientifico su di essa persista nel tempo...), più discutibile sarebbe ricavare doveri di diligenza in base alla seconda.

Come abbiamo visto, affinché sorga un dovere di attivazione, secondo i difensori del modello nomologico occorre che (1) gli enunciati scientifici relativi alla dannosità di una sostanza (in un dato luogo e tempo, *ex ante* rispetto all'evento) indichino una «legge scientifica». La radicalità di questa dottrina, però, si mostra quando viene applicata a contesti di *incertezza*, laddove esistano dati idonei ad indicare che una certa attività potrebbe causare determinate conseguenze dannose (come nel caso in cui si utilizzino sostanze «possibilmente cancerogene»). E proprio dall'evidenza di tale radicalità trae origine la riflessione di chi riafferma la legittimità dell'intervento punitivo, nonostante l'incertezza scientifica persistente – nel momento dell'azione – circa la correlazione fra condotta ed evento, almeno di fronte al verificarsi di eventi lesivi di beni giuridici primari (vita e salute) «gravi e irreversibili» (Capitolo 3, § 2.4).

Beninteso: quando si tratti di etero-integrare il dovere di diligenza mediante il sapere scientifico (e non, come spesso accade, in base a «massime di esperienza»)»,<sup>81</sup> il dubbio deve apparire provvisto di fondamento, ancorché *incerto, oggetto di discussione, non unanimemente accolto* dalla comunità degli esperti, *controverso* in letteratura, ecc.; non potendo altrimenti legittimare alcun tipo di responsabilità. La riconoscibilità di *meri segnali di pericolo* non decifrabili in base ad un sia

---

does not operate in humans. Agents that do not fall into any other group are also placed in this category. An evaluation in Group 3 is not a determination of non-carcinogenicity or overall safety. It often means that further research is needed, especially when exposures are widespread, or the cancer data are consistent with differing interpretations».

<sup>80</sup> «This category is used for agents for which there is *evidence suggesting lack of carcinogenicity* in humans and in experimental animals. In some instances, agents for which there is *inadequate evidence of carcinogenicity* in humans but *evidence suggesting lack of carcinogenicity* in experimental animals, consistently and strongly supported by a broad range of mechanistic and other relevant data, may be classified in this group».

<sup>81</sup> Che poi, altro non sono se non *sintesi intuitive* di conoscenze sul mondo dei fatti e sulle sue leggi.



pur ipotetico supporto conoscitivo – in altri termini: non riconducibile ad un enunciato generale – non può giustificare l'imputazione di colpa. La mancanza, a monte, di una – sia pur – incerta indicazione nomologica applicabile a – sia pur – evidenti indizi fattuali lascia l'agente del tutto sfornito di plausibili criteri orientativi per l'azione<sup>82</sup>. Manca, in altre parole, un *motivo sufficiente* che giustifichi il dovere di adempiere la norma di diligenza che incombe sul soggetto (la concreta imputazione di un dovere di previsione).

La costruzione della categoria normativa in cui si sostanzia la colpa abbisogna di un sostegno «materiale», capace di inserire la riflessione del giurista in un orizzonte razionale. Tale orizzonte si definisce *in base* ai dati di realtà estraibili dagli enunciati esplicativi espressi con il linguaggio delle scienze empiriche (enunciati che, quindi, consentano di rappresentarsi un mondo futuro...)<sup>83</sup>, ma *in ragione* dei principi ispiratori e dei criteri funzionali che permeano il sistema (e che consentono di ritenere quel mondo futuro contrario ai *desiderata* del diritto).

#### 4.2. (segue) *Implicazioni sul piano della definizione della base conoscitiva predittiva: una ragionevole normativizzazione del rischio consentito*

Quanto detto può indicare la premessa del metodo di definizione giudiziale della pretesa comportamentale («atipica»). L'interprete deve definire il bagaglio di conoscenze astrattamente utilizzabili nello svolgimento di una data attività; e, in secondo luogo, stabilire quali di esse fossero idonee, nel caso concreto, a generare un dovere di prevenzione

---

<sup>82</sup> Per questo va respinto il paradigma di imputazione espresso dalla giurisprudenza *Sarno* e adottato dal Tribunale di L'Aquila nel processo c.d. *Grandi Rischi* per il terremoto del 2009 (Capitolo 4, § 3; Capitolo 5, § 2.5).

<sup>83</sup> «Ogni concetto giuridico è normativo, ma esso rinvia a realtà extra-giuridiche che con quello “dialogano”. Il puro normativismo è sempre meno garantista del normativo delimitato dalla realtà extragiuridica»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 73. Sul tema dei rapporti fra normativismo e «ontologismo», inteso quest'ultimo come imprescindibile vincolo della valutazione giuridica al mondo dei fatti, cfr. i saggi di S. MIR PUIG, *Límites del normativismo en Derecho penal*, in *RECPC*, 23 dicembre 2005 (anche in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 455) e D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 855 ss.

penalmente rilevante. La questione consiste nel disciplinare idealmente i rapporti fra scienza e diritto quali detentori del potere di stabilire gli enunciati *descrittivi* e *prescrittivi* che consentono, rispettivamente, di *comprendere* e *disciplinare* la realtà<sup>84</sup>.

Il grado di corroborazione idoneo a distinguere, fra gli enunciati ipotizzabili, le ipotesi esplicative e predittive attendibili da quelle che non lo sono, viene stabilito in base a metodi, parametri e criteri a loro volta convenzionali (non validi *a priori*) e quindi oggetto di discussione e progressiva riforma da parte della stessa comunità scientifica; inoltre, le categorie definitorie attraverso cui la scienza (ad esempio, come visto, in medicina) ipotizza proprie descrizioni della realtà sono irriducibili alla semplicistica dicotomia certo/incerto.

Dal punto di vista del diritto, quindi, circoscrivere il proprio campo di azione adottando parametri pseudo-scientifici abrogati (persino dalla comunità scientifica di riferimento) o non più sostenibili sul piano epistemologico (poiché non riflettono più il linguaggio della disciplina evocata dalla norma) significherebbe rinunciare ad una parte di «sovranità definitoria».

Riportando queste osservazioni generali al piano della colpa, la direzione che si intende avvalorare è quella di una ragionevole *normativizzazione del rischio consentito* rispetto al modello classico (nomologico). La definizione della «base scientifica» idonea a fondare un dovere di attivazione (eventualmente di astensione), e a giustificare una reazione punitiva per l'inosservanza di tale dovere, dovrebbe effettuarsi non alla stregua della discutibile (e, paradossalmente, quanto mai incerta) dicotomia *legge/congettura*, ma sulla base di una valutazione scandita da criteri di rilevanza propri del diritto.

---

<sup>84</sup> In argomento, M.C. TALLACCHINI, *op. cit.*, p. 339 ss. (specie in relazione al metodo di «co-produzione»); G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *D&Q*, 5, 2005, p. 8 ss.

## 5. La concretizzazione del dovere: criteri di valutazione generali

### 5.1. L'idoneità delle conoscenze disponibili a concretizzare il dovere di precauzione in un'aspettativa di diligenza «atipica»

L'idea di «esigibilità oggettiva» più volte evocata implica che le informazioni e conoscenze destinate a definire la base del dovere di prevenzione, quand'anche non definitivamente corroborate, siano *senz'altro disponibili*, nonché tali da fornire a chi ne avrebbe potuto e dovuto disporre (*qualunque agente eiusdem condicionis*) una chiara (benché ipotetica) rappresentazione di un'offesa ai beni giuridici personali.

La concretizzazione del «rischio consentito» attraverso il criterio di «gravità», però, non sempre si esaurisce nel richiedere che il sapere senz'altro disponibile sia tale da consentire una rappresentazione dell'evento.

Ciò potrà bastare qualora la prevedibilità possa dedursi dalla disponibilità di dati nomologici corroborati, nei limiti in cui, quindi, nel caso concreto la loro adozione possa ritenersi *esigibile* al pari di una condotta alternativa lecita basata su informazioni effettivamente conosciute, o al pari del rispetto di una regola di diligenza «tipica» posta a presidio di un ambito di rischio predefinito dall'esperienza.

Invece, affinché la riconoscibilità di un rischio aspecifico – dipendente dalle peculiarità del caso concreto e non rispondente all'ambito di protezione di una cautela «tipica» – consenta all'interprete di configurare una condotta colposa in condizioni di incertezza, occorre procedere a una differenziazione orientata dal principio di proporzionalità.

Il dibattito attorno alle influenze esercitabili dal principio di precauzione in materia penale si è concentrato prevalentemente sui *reati di pericolo*<sup>85</sup>. Per quanto riguarda la colpa nei reati di danno, l'attenzione

---

<sup>85</sup> V. la proposta di C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 534 ss. Cfr. (anche per ulteriori riferimenti) C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 403 ss.; B. MENDOZA BUERGO, *Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, cit., 435, p. 457 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidia-*

è stata posta soprattutto sull'opportunità di *dettare regole cautelari* ispirate all'idea di precauzione ed eventualmente idonee a giustificare un rimprovero per l'evento cagionato (o non impedito) mediante una condotta inosservante<sup>86</sup>. Mentre al di là della prudente apertura di *Romeo Casabona* e della proposta ri-costruttiva di *Ruga Riva* (Capitolo 3, § 2.4), la configurabilità di una colpa generica di tipo precauzionale è stata perlopiù respinta da parte della dottrina<sup>87</sup>.

Secondo l'opinione prevalente, accogliere il principio di precauzione – o logiche ad esso riconducibili – sul piano esegetico-applicativo significherebbe gravare l'individuo di responsabilità spettanti principalmente alle istituzioni pubbliche<sup>88</sup>, esporre definitivamente la tipicità colposa – già minata da un serio *deficit* di determinatezza – a ricostruzioni giudiziali orientate dal senno del poi<sup>89</sup> e dissolvere del tutto le già

---

rietà, Milano, 2004, p. 119 ss.; G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., p. 648 ss.; E.A. DONNA, *La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto*, cit., p. 863 ss.; E. CORN, *op. cit.*, p. 27 ss.; M. GÓMEZ TOMILLO, *El principio de precaución en el Derecho penal. Contribución político-criminal a los delitos de riesgo normativo*, in ID. (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia, 2014, 81, p. 92 ss.

<sup>86</sup> La possibilità di muovere addebiti per «colpa specifica», cioè in relazione a eventi cagionati dalla condotta inosservante di regole precauzionali prestabilite, viene riconosciuta, fra gli altri, da: C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 408 ss., spec. 411; C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 1754; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 652; M.N. MASULLO, *op. cit.*, p. 218 ss., spec. 223-4; E. CORN, *op. cit.*, spec. p. 175; G. FORNASARI, *El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italianas. Aspectos de parte general*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, cit., 149, p. 171 ss.

<sup>87</sup> Fa eccezione E. CORN, *op. cit.*, p. 160 ss., 171 ss.

<sup>88</sup> D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 888-9; ID., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 651-2; G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., p. 614 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 242 ss.

<sup>89</sup> L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 80; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 242.

precarie garanzie che sorreggono e accompagnano l'imputazione dell'evento per colpa<sup>90</sup>.

Tuttavia, anche in circostanze di scientifica incertezza, sia in ipotesi di colpa specifica (inosservanza di regole cautelari scritte e determinate), che in ipotesi di colpa generica (inosservanza di aspettative di fonte sociale) si pone il medesimo problema, cioè «la differenziazione dell'imputazione a titolo di colpa dall'imputazione che si svolge su basi esclusivamente oggettive»<sup>91</sup>. Infatti, benché solo nel primo caso la regola di condotta venga predeterminata mediante leggi, regolamenti, ordini o discipline (secondo la terminologia adottata dall'art. 43 c.p.), per poter imputare l'evento occorre nondimeno che esso, anche se inteso come *tipo di rischio*<sup>92</sup>, possa dirsi *ex ante* prevedibile (pena il *versari in re illicita*).

Fra il modello della prevedibilità dell'evento *hic et nunc* secondo leggi scientifiche e quello della rappresentabilità di un evento – o di un tipo di evento – sulla base di norme scientifiche di correlazione non confermate (che stabiliscono relazioni solo probabili o possibili fra categorie di fenomeni) esiste indubbiamente una diversità irriducibile<sup>93</sup>. Dal che, però, delle due l'una: (a) se solo la prima concezione di «prevedibilità» può legittimare un rimprovero per colpa, si dovrebbe coerentemente escludere l'imputabilità dell'evento anche qualora questo derivi dall'inosservanza di norme cautelari prestabilite, ma dettate da logiche precauzionali, proprio perché l'evento non potrebbe comunque definirsi concretamente prevedibile<sup>94</sup>; (b) se invece si ritiene che la di-

<sup>90</sup> E. SOLA RECHE, *Principio de precaución y tipicidad penal*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, cit., 475, p. 488-90; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione*, cit., p. 653-4.

<sup>91</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237.

<sup>92</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 187 ss., e, con specifico riferimento alla possibile formalizzazione di regole cautelari di tipo precauzionale rispetto a campi di rischio solo parzialmente ignoti, M.N. MASULLO, *op. cit.*, p. 219 ss.

<sup>93</sup> Cfr. E. SOLA RECHE, *Principio de precaución y tipicidad penal*, cit., p. 488-9; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 242; G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., p. 622.

<sup>94</sup> Nel senso di ritenere comunque non ascrivibile per colpa un evento che non sia prevedibile in base a conoscenze nomologiche certe, quand'anche l'evento stesso sia il risultato di una condotta inosservante di regole precauzionali prestabilite, M. ALONSO

sponibilità di conoscenze provvisorie (o la consapevolezza dell'insufficienza delle conoscenze attualmente disponibili) e la possibilità di rappresentarsi eventi lesivi non siano condizioni incompatibili *a priori*, allora, oltre che per inosservanza di cautele precauzionali, l'imputazione dell'evento dovrebbe ritenersi ammissibile, entro certi margini (normativi), anche per colpa consistente nel non aver affrontato un rischio, non solo «atipico», ma per di più ipotetico (indicato da un enunciato esplicativo/predittivo non accettato da tutti come ipotesi definitiva).

A proposito dei rapporti fra colpa specifica e colpa generica, occorre considerare il processo di progressiva implementazione da parte del legislatore nazionale – su impulso europeo – di articolati e settoriali sistemi di prevenzione (di valutazione e gestione) del rischio tecnologico, tramite la previsione di specifici obblighi di informazione a carico dei privati nei confronti delle competenti autorità pubbliche e di corrispondenti regimi autorizzativi.

Al riguardo, osserva *Fornasari* che l'emanazione di un atto autorizzativo recante indicazioni cautelari specifiche, se da un lato può costituire il fondamento, in caso di violazione, di una responsabilità a titolo di colpa specifica, dall'altro

crea un'aspettativa nell'agente tale per cui (...) è necessario escludere la responsabilità per colpa nel caso in cui vengano rispettati i limiti o le precauzioni, poiché il sistema legale non può contraddirsi autorizzando prima alcuni comportamenti e sanzionando poi la realizzazione di eventi dannosi che ne conseguano<sup>95</sup>.

---

ÁLAMO, *¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, cit., 51, p. 69-72; nello stesso volume, EAD., *¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal*, 123, p. 138-9: ritiene l'autrice – in entrambi i contributi – che non possa parlarsi di *prevedibilità* penalmente irrilevante in *condizioni di incertezza*, neanche in ipotesi di violazione di regole cautelari «precauzionali» prestabilite, giacché altrimenti si produrrebbe una totale e inaccettabile normativizzazione del «rischio consentito» e si trasformerebbero, per via interpretativa, reati basati sulla concreta e attuale pericolosità della condotta in reati di mero rischio (ipotetico).

<sup>95</sup> G. FORNASARI, *El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italianas*, cit., p. 175.

Tuttavia, si aggiunge, ciò non dovrebbe valere ad escludere *a priori* un giudizio di colpa generica («residuale», basata sull'inosservanza di una diligenza «atipica») nell'ipotesi in cui l'agente potesse «rendersi conto del fatto che l'evento dannoso avrebbe potuto verificarsi anche nel rispetto delle norme precauzionali fissate dalla norma»<sup>96</sup>.

Si tratta quindi, di nuovo, di stabilire se questa possibilità di rappresentarsi determinate conseguenze dannose possa reggersi, per risultare penalmente rilevante, anche su conoscenze *sopravvenute* (rispetto a quelle incorporate nella regola) e *non ancora confermate* (nel momento dell'azione). Infatti, anche quando l'utilizzo di una sostanza o la commercializzazione di un prodotto abbiano ottenuto tutte le necessarie autorizzazioni amministrative, e queste siano state rilasciate in un contesto di iniziale certezza, possono sempre seguire ulteriori condizioni di sopravvenuta incertezza<sup>97</sup>.

A mio giudizio, ritenendo incompatibile qualunque sapere non definitivo (sperimentale, congetturale, non confermato, ecc.) con la possibilità di prevedere doverosamente risultati lesivi e, quindi, con il dovere di attivarsi (o di astenersi) al fine di evitarli, si finisce col confondere aspetti che dovrebbero invece rimanere opportunamente distinti, creando una barriera aprioristica alla valutazione giuridica e all'applicabilità di criteri di rilevanza propri del diritto (*supra*, § 4).

Dal punto di vista dell'agente, le difficoltà emergenti di fronte ad un sapere scientifico «incerto» possono riguardare infatti aspetti diversi: (i) la *reperibilità* dell'informazione (la fonte); (ii) il *grado di corroborazione* dell'ipotesi e l'*estensione del consenso* maturato attorno ad essa all'interno della comunità scientifica; (iii) l'*idoneità* in capo all'enunciato che contiene l'ipotesi, e che la rende eventualmente intelligibile al profano, a fornire una *rappresentazione sufficientemente definita* del tipo di correlazione e, pertanto, del rischio ipotizzato.

Ciò da cui un rimprovero per colpa orientato da un criterio di «gravità» concepito nel senso precedentemente indicato (*supra*, § 3) non può prescindere è che (i) l'informazione sia senz'altro disponibile, tale cioè da poter essere considerata come effettivamente conosciuta dal-

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 176, aderendo in questo modo alla tradizione «deontica».

<sup>97</sup> J. ESTEVE PARDO, *op. cit.*, p. 144 ss.

l'agente<sup>98</sup>. Potrà quindi trattarsi di informazioni del medesimo tipo di quelle rese oggi disponibili ad operatori privati e a professionisti attraverso l'opera di classificazione e divulgazione effettuata dalle agenzie di ricerca fondate, regolate e finanziate dalle istituzioni nazionali e internazionali.

Per quanto riguarda poi il tenore dell'enunciato (iii), esso deve poter fornire la rappresentazione di un rischio definibile e concretizzabile in un tipo di evento contro la persona, grave e irreversibile<sup>99</sup>, cioè in un'intollerabile offesa a beni giuridici primari. Il rischio ipotizzato, però, non può assumere contorni così sfumati da renderlo irriducibile ad uno specifico *tipo di evento*<sup>100</sup>: ciò impedirebbe di riconoscere i presupposti fattuali della condotta doverosa e di agire orientando la medesima al conseguimento di un fine preventivo.

Per esemplificare i limiti tracciabili attraverso il ricorso ai predetti criteri, si consideri un caso di responsabilità medica definito dalla Corte

---

<sup>98</sup> B. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 452 ss., spec. 455, ammette che «la prevedibilità necessaria per procedere all'imputazione per colpa, in attività direttamente o indirettamente correlate alla salute umana, può essere costruita sulla base di una solida congettura scientifica o di una ipotesi non ancora sufficientemente dimostrata dal punto di vista scientifico, ma riconoscibile da parte del soggetto responsabile» (trad. propria); cfr. D. ROETS, *Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*, in *RSC*, 2007/2, 251, p. 265, che conclude ritenendo punibile per colpa l'esposizione a un rischio anche solo ipotetico ricorrendo (però) alle figure di colpa *lato sensu* cosciente previste dal codice penale francese.

<sup>99</sup> Di nuovo, in base al criterio di D. BOURG, J.-L. SCHLEGEL, *op. cit.*, p. 140.

<sup>100</sup> Cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 144-5, il quale – come già ricordato, in senso adesivo – sostiene che il paradigma giurisprudenziale della «prevedibilità del tipo di evento» (adottato nel caso del *Petrolchimico di Porto Marghera* e risalente alla sentenza sul *disastro di Stava*) potrebbe risultare legittimo qualora le informazioni predittive indubbiamente proprie dell'agente modello abbiano ad oggetto un evento «che, quantomeno, “contenga” quello effettivamente realizzatosi». Appaiono invece troppo ampi e indeterminati i margini di rimproverabilità suggeriti da E. CORN, *op. cit.*, p. 167-8, il quale ritiene che «anche se un rischio ha contorni sfumati, se è di grandi dimensioni, può, e si può sostenere che debba, costituire uno stimolo sufficiente perché siano ideati e realizzati dei comportamenti tesi a contrastarlo. La grande dimensione del rischio può controbilanciare, per quanto concerne la rimproverabilità, la “fumosità” di predeterminatezza e predeterminabilità».



di Cassazione (2004)<sup>101</sup>, nel quale il fatto lesivo contestato ad alcuni medici ospedalieri consisteva nell'aver provocato una patologia renale cronica ad un paziente in terapia per una patologia intestinale, attraverso la prescrizione di un farmaco a base di Mesalazina (l'Asacol).

In primo grado gli imputati vengono assolti perché, stando alla perizia, negli anni in cui veniva somministrato il trattamento (1996-1997) la conoscenza degli effetti nefrotossici della mesalazina «non era ancora patrimonio comune, specie tra i medici gastroenterologi».

Soltanto nel 2000 – osserva il giudice – avevano cominciato a diffondersi tra i nefrologi, ed anche tra i gastroenterologi, sufficienti e complete segnalazioni in ordine ad una tossicità del farmaco (...); prima del 2000 anche nella letteratura scientifica vi erano state sporadiche informazioni comunque pubblicate su riviste minori (...) peraltro contrastate da altre di segno contrario.

Nei successivi gradi di giudizio, però, l'assoluzione viene parzialmente ribaltata (differenziando la posizione degli imputati, coinvolti in diverse fasi nel processo lesivo). Importa qui rilevare la differente prospettiva dei giudici superiori: «per quel che concerne la prevedibilità dell'evento – leggiamo – non si potevano ignorare gli effetti nefrotossici dell'Asacol», perché «il farmaco in questione apparteneva alla famiglia dei salicilati, di cui era nota la possibile nefrotossicità», e perché «il foglietto illustrativo raccomandava speciali precauzioni d'uso nei confronti dei pazienti con danno renale».

Stando a quanto riportato, la prima soluzione è da preferire non tanto perché altrimenti si finirebbe con l'esprimere una logica precauzionale (colpa per aver provocato o concorso alla realizzazione di un «rischio» prevedibile in base a conoscenze *non confermate*), ma perché le informazioni che avrebbero consentito di rappresentarsi il tipo di evento realizzatosi come conseguenza della prescrizione di quel farmaco *non erano al tempo dei fatti immediatamente disponibili* al gruppo professionale di riferimento (ma soltanto apparse in alcune pubblicazioni). In ultima istanza, invece, non si specifica né il contesto in cui la possibile

---

<sup>101</sup> Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 46586, Ardizzone, Rv. 230599, commentata da D. MICHELETTI, *La normatività della colpa*, cit., p. 272-4, e A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 80 e 161 (ai quali si devono le citazioni nel testo).

nefrotossicità dovrebbe potersi considerare «nota», né il grado di tale presunta notorietà (reperibilità della fonte) e, soprattutto, non si specifica né come, né a quali condizioni, l' idoneità lesiva della sostanza avrebbe potuto manifestarsi a danno dei pazienti (chiarezza dell'enunciato).

Il criterio secondo cui il grado della possibilità predittiva deve essere considerato – non alla stregua di un parametro meramente statistico (o comunque a-valutativo), bensì – alla luce dell'oggetto giuridico tutelato e dell'entità della messa in pericolo è principio di giudizio non soltanto condiviso dalla citata dottrina «precauzionista», ma assegnato allo stesso criterio di gravità<sup>102</sup> e imposto, più in generale, dalla necessità di valorizzare le relazioni fra componente assiologica e naturalistica del «rischio consentito», con cui si designa il possesso delle conoscenze nomologiche necessarie e sufficienti per dominare i rischi, in misura corrispondente all'esigenza dell'ordinamento di tutelare i beni giuridici nell'esercizio delle attività pericolose.

A conferma della dimensione *etico-valutativa*<sup>103</sup>, e non *pseudo-empirica*, della colpa penale, rileggiamo quanto scrisse Forti in tempi non sospetti (il principio di precauzione non animava ancora il dibattito in materia):

tanto più ingente è l'entità dei beni giuridici potenzialmente esposti alla attività pericolosa, tanto più la misura nomologica alla base del giudizio di probabilità dell'evento dovrà avvicinarsi (e, nel caso del bene supremo “vita”, coincidere) al massimo delle conoscenze del momento<sup>104</sup>; (...) in settori dove le conoscenze nomologiche non abbiano raggiunto un livello in grado di assicurare un (...) soddisfacente controllo dei pericoli, ci si dovrà generalmente astenere dall'attività o almeno esporre ai

---

<sup>102</sup> J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 175, nt. 68; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 377; J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 179-80; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 282; in Italia, sulla scorta di una riflessione comparatistica, R. WENIN, *op. cit.*, p. 253, 234.

<sup>103</sup> Cioè, laicamente, attinente alle teorie e ai criteri idonei a indicare la decisione e l'azione corretta, a seconda dei principi e delle finalità che si assumano come punto di partenza, in vista di un possibile scenario futuro.

<sup>104</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 463.

suoi possibili effetti dannosi beni giuridici di valore proporzionato all'efficacia delle cautele adottabili<sup>105</sup>.

*5.2. La riconoscibilità dell'occasione di attivarsi come presupposto applicativo di una cautela «tipica» o di conoscenze fondanti un'aspettativa di diligenza «atipica»*

Una volta identificata la regola cautelare «tipica» rilevante o le conoscenze idonee a legittimare una determinazione giudiziale di un'aspettativa di diligenza «atipica», si tratta di svolgere il giudizio sulla riconoscibilità dell'occasione – dei *segnali fattuali di pericolo* che dovrebbero consigliare – di adottare detta regola o di applicare dette conoscenze.

Un chiaro esempio di dovere concretizzabile solo in relazione alle circostanze del caso concreto è, come abbiamo visto, quello «relazionale». Esso, infatti, si genera dalla cessazione della facoltà di fare legittimo affidamento sulla condotta diligente del terzo con cui si interagisce, in ragione della *concreta riconoscibilità* di segnali circa l'incapacità o l'impossibilità da parte di quest'ultimo di conformarsi alla norma di condotta («tipica») a lui riferibile (Capitolo 6, § 4).

Coerentemente con i criteri appena indicati, «grave» (penalmente rilevante) dovrebbe essere considerata soltanto la mancata attivazione al cospetto di segnali di allarme riconoscibili, in quanto così evidenti, palesi o reiterati da potersi considerare (*come se* fossero) noti all'agente. Pertanto, il dubbio relativo alla possibilità di rendersi conto del pericolo, di per sé, dovrebbe già spingere l'interprete verso una decisione assolutoria.

Una condivisibile tendenza a condizionare la punibilità del mancato intervento finalizzato a correggere l'errore di altri alla chiara «evidenza» dell'errore risulta, del resto, già espressa in talune pronunce in materia di responsabilità medica<sup>106</sup>. Requisito minimo di illiceità, in questo settore, dovrebbe essere non soltanto la gravità dell'errore da rimediare, ma, più propriamente, il suo carattere manifesto o ripetuto, tale cioè da

---

<sup>105</sup> *Ivi*, p. 465 (e poi anche p. 521).

<sup>106</sup> V. L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., *passim*.

potersi presumere (*i.e.*, da potersi considerare come se fosse) conosciuto dall'agente<sup>107</sup>.

### 5.3. *La considerazione delle circostanze concomitanti e l'inesigibilità della regola cautelare «tipica»*

La considerazione delle circostanze concomitanti, come visto poc'anzi (§ 2.4), può essere idonea a escludere la tipicità di una condotta lesiva che si caratterizzi per la mancata adozione di una cautela «tipica», non solo per difetto di rappresentabilità dell'*Anlass*, ma anche per l'incidenza rilevante esercitata sul piano *motivazionale*. Tale valutazione, però, come detto, *non* individua una misura *soggettiva* della colpa. Infatti, essa non poggia davvero sull'autore come metro di giudizio. Si tratta di un giudizio invece inevitabilmente oggettivo (*i.e.* generalizzan-

---

<sup>107</sup> Questo livello di esigenza è analogo, ma non identico, allo standard indicato da D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, cit., p. 33 ss., il quale, assumendo una prospettiva teorica «prasseologica» (che rifiuta l'ingerenza dell'agente-modello *eiusdem condicionis*, con l'obiettivo di immunizzare la tipicità colposa dalla discrezionalità giudiziale), rimarca però, giustamente, l'importanza dell'*Anlass* come espressione del giudizio che determina, nella sua costruzione, la «misura soggettiva» del giudizio di colpa. L'*Anlass*, secondo l'autore, «non costituisce la premessa euristica di un ragionamento inferenziale e di una prognosi postuma cui sarebbero tenuti – rispettivamente – il soggetto agente *ex ante* e il giudice *ex post*. Piuttosto è una situazione tipica di rischio, radicata nella cultura del gruppo sociale o della cerchia di soggetti che ha elaborato una prassi comportamentale per fronteggiarla, che deve rientrare nel fuoco della conoscenza del soggetto agente affinché gli possa essere rimproverata la mancata adozione della regola cautelare». Pertanto, la «*magna pars* della rimproverabilità e il tasso di autentico personalismo nella colpa si rinvengono – secondo Micheletti –, nel rapporto tra il soggetto agente e la specifica *Anlass* che gli si poneva di fronte, così da subordinare la rimproverabilità personale alla reale conoscenza della situazione di rischio che imponeva di ricorrere alla regola cautelare, o alla colpevole assunzione di una condizione che non consentiva all'agente di percepirla» (*ivi*, p. 40). Micheletti riconosce l'importanza di andare oltre l'individuazione della regola modale predeterminata, poiché occorre anche chiedersi se la rappresentazione effettiva dell'occasione di applicarla fosse alla portata dell'agente. Ma richiedendo la «reale conoscenza della situazione di rischio» (non già la mera *conoscibilità* o *rappresentabilità*) al fine di evitare l'uso del parametro (quale strumento di discrezionalità giudiziale), si finisce, a mio parere, col restringere l'ambito di imputazione a una «colpa» necessariamente «cosciente» (cfr. i modelli dottrinali presentati *supra*, Capitolo 3, § 3).

te), che induce a interrogarsi sulla esigibilità del comportamento alternativo diligente (rispondente a una cautela «tipica»), date le concrete circostanze in cui si svolge l'azione. Pertanto, come chiarito, anche in questo caso si tratta di concretizzare, e non di personalizzare, il giudizio di imputazione.

#### 5.4. *Colpa commissiva od omissiva. Regole cautelari «proprie» e «improprie»*

Dobbiamo ora riprendere alcuni profili cennati nel Capitolo 5, § 2.1. Chiediamoci se i medesimi criteri di giudizio *ex ante* debbano essere applicati allo stesso modo alla colpa commissiva e alla colpa omissiva.

Chiariamo quindi, anzitutto, come distinguere azione ed omissione (impropria), considerando due tipologie casistiche paradigmatiche: l'intossicazione negli ambienti di lavoro e l'errore operativo del chirurgo.

Sulla questione relativa alla qualificazione in termini commissivi od omissivi della condotta dei garanti della sicurezza nei luoghi di lavoro, la Corte di Cassazione si è espressa nel tempo in modo ondivago. Prendendo le mosse dalla pronuncia del 2006 sul caso del *Petrolchimico di Porto Marghera* (Capitolo 4, § 2.2.1), la sentenza *Cozzini*, in tema di esposizione alle fibre di amianto (Capitolo 4, § 2.3.1), aveva definito *commissivo* il contegno degli imputati – i garanti succedutisi nella posizione di garanzia in qualità di datori di lavoro – e aveva considerato di per sé rilevante «l'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane»<sup>108</sup>. Diverso, però, è l'orientamento espresso dalla sentenza *Fincan-*

---

<sup>108</sup> Espressione di M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio»*, cit., 67-8. Critici, a questo proposito, M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizioni ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59, 3, 2016, 1129, p. 1145 ss., secondo i quali, «alludere ad un avvelenamento “a dosi quotidiane” (...) è un palese fuori luogo», poiché ciò che in realtà è avvenuto in tutti i casi simili a quello esaminato in sentenza è che «durante la permanenza dei lavoratori in fabbrica (...) i responsabili aziendali non hanno provveduto, come invece era loro dovere fare (...), a informarli dei pericoli cui andavano incontro, e (...) a predisporre nell'ambiente di lavoro tutte quelle necessarie misure che avrebbero potuto eliminare o almeno attenuare i rischi di malattie come quelle che (...) i lavoratori hanno contratto».

*tieri* (Capitolo 4, § 2.2.2), che, in relazione ad un caso analogo, aveva invece valorizzato il profilo *omissivo* dato dalla *mancata adozione di misure preventive* idonee a proteggere i lavoratori durante l'esposizione<sup>109</sup>. Questa stessa diversità di vedute si è riscontrata anche in altre pronunce successive, sia di merito che di legittimità<sup>110</sup>.

Cerchiamo quindi di dirimere la questione partendo da una premessa che mi sembra inoppugnabile. In ogni caso, si tratta anzitutto di ricostruire il nesso di causalità reale o materiale fra esposizione e patologie, senza il quale non sarebbe possibile affrontare, eventualmente, il giudizio ipotetico in cui si sostanzia la verifica della «causalità omissiva». A questo punto, qualora si riesca a dimostrare che l'evento è stato provocato dalla esposizione del lavoratore alla sostanza tossica nel luogo di lavoro (quindi, affrontando e superando i problemi considerati nel Capitolo 4, § 2.3.1), tutto dovrebbe dipendere dal giudizio sull'esistenza e sulla esigibilità oggettiva (al tempo dell'esposizione causante) di misure preventive idonee ad impedire quel tipo di evento. In caso di misure preventive assenti, o comunque inesigibili *ex ante*, la condotta rilevante resterebbe soltanto la «somministrazione» dell'agente patogeno che, in sé considerata, ha carattere indubbiamente commissivo rispetto all'evento<sup>111</sup>.

La posizione della Corte nel caso *Cozzini* sarebbe quindi «finalizzata ad una semplificazione probatoria nell'accertamento del rapporto causale», poiché, in buona sostanza, ciò consentirebbe di flessibilizzare il giudizio in ordine all'*evitabilità* (giudizio riferito alla «causalità della colpa» – al comportamento alternativo lecito –, e non alla causalità omissiva).

<sup>109</sup> Per un confronto critico esaustivo delle sentenze *Cozzini* e *Fincantieri*, S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle «morti da amianto»*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012, p. 4 ss.

<sup>110</sup> Il modello *Cozzini* (impianto motivazionale sul paradigma causale *commissivo*) viene seguito dal Trib. Verbania nella vicenda *Montefibre-bis*, su cui S. ZIRULIA, *Amianto*, cit., p. 374 ss. Cfr. invece l'impostazione assunta da Trib. Milano, sez. V, 28 febbraio 2015, n. 2161, e Trib. Milano, sez. V, 30 aprile 2015 (dep. 15 luglio 2015), entrambe in *Dir. pen. cont.*, con note di JANN, rispetto a Trib. Milano, sez. VI, 15 luglio 2015, n. 8292: per questi riferimenti, M. ROMANO, F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, nt. 6. V. inoltre la giurisprudenza indicata da S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 50 ss., 231 ss.

<sup>111</sup> Condivide la qualificazione in termini *commissivi* M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 118-9. Segnali di una certa sovrapposizione fra verifica della

Questo, per la seguente ragione: l'indisponibilità (o l'inesigibilità) di misure adeguate rispetto al fine preventivo, circoscritto a classi di eventi prevedibili, dovrebbe tradursi, in linea di principio e sotto il profilo della colpa, in un *obbligo di astensione* dall'utilizzo di dette sostanze (cfr. Capitolo 5, § 2.1). In caso contrario, qualora cioè sia dato sostenere che al tempo dell'esposizione fossero disponibili ed esigibili misure precauzionali idonee ad impedire l'effetto patogeno dell'esposizione, il nesso causale potrebbe essere verificato sulla base di un giudizio controfattuale, basato sulla condotta alternativa lecita data dalla *adozione* di tali misure. Solo in questo secondo caso, quindi, la prova del nesso causale (omissivo) porterebbe a chiedersi che cosa sarebbe accaduto se tali cautele fossero state adottate.

Riformulato nei seguenti termini: l'esposizione di soggetti terzi ad un agente prevedibilmente lesivo (rispetto ad una categoria di evento tipico) rientra nel rischio consentito (giustificato dall'utilità o dall'adeguatezza sociale dell'attività realizzata) soltanto qualora siano disponibili ed applicate misure idonee ad impedire che tale classe di rischio si realizzi. Altrimenti, la condotta diligente sarà l'astensione<sup>112</sup>.

---

rilevanza eziologica della somministrazione (causalità materiale) e «causalità omissiva» si notano tuttavia in Cass. pen., sez. IV, 17 ottobre 2012 (dep. 29 gennaio 2013), n. 42519, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2013, dove, in relazione alla questione dell'accertamento nel caso di malattie multifattoriali, si legge (p. 5) che «il rapporto causale va riferito non solo al verificarsi dell'evento prodottosi, ma anche e soprattutto ai tempi dell'offesa, sì che dovrà riconoscersi il rapporto eziologico non solo nei casi in cui sia provato che la condotta omessa avrebbe evitato il prodursi dell'evento verificatosi, ma anche nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani (...)».

<sup>112</sup> Cfr. la discussione in merito ai limiti del rischio consentito rispetto all'attività sessuale realizzata dal soggetto sieropositivo consapevole di poter trasmettere l'HIV. Il preservativo è una misura di protezione *propria*, cioè idonea a prevenire il tipo di evento, il contagio per via sessuale, nonostante l'astratta prevedibilità di eventi rispetto ai quali la regola cautelare diviene *impropria* (segue nel testo una riflessione sul punto). In altri termini, come puntualizzato da A. CASTALDO, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, LVII-LVIII, 1988-89/1989-90, 5, p. 118 ss., spec. 122-3, il dovere di diligenza è il «*safer sex*», non il «*no sex*»; l'attività sessuale ragionevolmente sicura rende irrilevante il rischio pur *astrattamente* persistente di contagio (per l'eventuale, sempre *astrattamente possibile*, rottura del preservativo, ad esempio); l'evento sarebbe realizzazione di un "rischio consentito" proprio in quanto

A tal proposito, vanno però chiariti la portata e il significato della distinzione tra regole cautelari «proprie» e «improprie». Essa si reggerebbe sulla idoneità delle prime, e non delle seconde, ad assicurare l'evitabilità degli eventi rientranti nell'ambito di protezione della regola<sup>113</sup>. «Proprie» sarebbero, pertanto, solo le regole cautelari «basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (= con probabilità confinante con la certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento alternativo lecito»<sup>114</sup>.

Tuttavia, la distinzione riflette un'approssimazione che si giustifica soltanto sul piano dei nostri limiti conoscitivi della realtà. Tutte le regole cautelari sono «proprie» rispetto al proprio reale ambito di protezione. Mentre quando ci si riferisce a regole «improprie» si esprime l'impossibilità di determinare e circoscrivere esattamente tale ambito, cioè il gruppo di eventi concreti rispetto ai quali la regola sarebbe davvero efficace; si riconosce cioè il fatto che non sappiamo davvero se il caso particolare rientri fra quelli rispetto ai quali la regola cautelare sarebbe «propria».

Ciò spiega la complessità del dibattito fra difensori del giudizio d'imputazione basato sulla considerazione della condotta alternativa diligente (decorso causale ipotetico rispondente all'aspettativa di diligenza) e coloro che ritengono che il «nesso di rischio» si limiti al criterio dello scopo di protezione della norma, cioè alla verifica del fatto che l'evento era uno di quelli che la cautela inosservata mirava a prevenire (Capitolo 2, § 2.4). Quanto detto, inoltre, suggerisce che la *evidenza della inevitabilità* è soltanto una controprova del fatto che l'evento verificatosi non appartiene al gruppo di quelli che la regola inosservata poteva effettivamente prevenire<sup>115</sup>.

---

non concretamente prevedibile. Diverso è il caso in cui sia concretamente riconoscibile un rischio puntuale di contagio nonostante l'adozione della misura di protezione (ad es., per l'evidenza di lesioni importanti in zone di contatto sessuale non protette dal preservativo): la condotta diligente sarebbe l'astensione.

<sup>113</sup> P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 15 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 109.

<sup>114</sup> P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., p. 15.

<sup>115</sup> La tesi di coloro che ritengono sufficiente chiedersi se l'evento appartenga allo scopo di protezione della norma è quindi corretta *in teoria*, ma manca di considerare che *in pratica* tale verifica, spesso, è impossibile. Resta comunque il fatto che la sicura



Consideriamo ora invece l'errore esecutivo di un chirurgo. Per decidere sulla natura commissiva od omissiva della condotta, occorre anche qui valutare l'oggetto dell'intervento e la sua incidenza in relazione all'evento penalmente rilevante. Pertanto, se l'errore del chirurgo produce o concorre a determinare (spiegandola) la morte del paziente, si tratta senz'altro di colpa commissiva. Il discorso cambia quando l'errore del medico si traduce in un tentativo fallimentare di fronteggiare il rischio attuale di cui il paziente è portatore; sicché, nella misura in cui impedisca di intervenire adeguatamente al fine di contrastare il decorso causale originario, l'errore – poniamo, ad esempio, un'incisione erroneamente eseguita – può portare di fatto all'integrazione di una omissione (impropria) di intervento salvifico<sup>116</sup>.

Il tipico esempio di omissione è quello dell'*errore diagnostico* che ritarda o impedisce l'inizio di un'efficace terapia<sup>117</sup>. Anche qui – scrive con chiarezza *Veneziani* – «è la patologia in atto (il fattore di rischio preesistente alla condotta del medico) a “cagionare” la morte del paziente (o a tradursi nella “malattia” intesa quale evento lesivo...)» e

non è di nessuna utilità, ai fini della ricostruzione della fattispecie colposa d'evento (...), considerare il mero comportamento (attivo) del medico (...). Poco importa, cioè, che il medico abbia visitato il paziente (senza però diagnosticare il male che il medico *eiusdem condicionis et professionis* avrebbe senz'altro riconosciuto e senza quindi disporre la giusta terapia) (...). Ciò che conta è che il medico non ha fatto ciò

---

inevitabilità dell'evento impone l'assoluzione. Per ulteriori riflessioni in argomento e per maggiori riferimenti, A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 31 ss., 40-1 e *passim*.

<sup>116</sup> Cfr. in senso analogo J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas*, cit., p. 75-6, 84, il quale individua un'ipotesi di condotta medica omissiva nell'adozione di un metodo terapeutico non sperimentato che, per quanto si riveli innocuo (non nocivo, di per sé), si traduce però di fatto in un non-intervento, e quindi in un'omissione di trattamento.

<sup>117</sup> V. ad es. Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 2005 (dep. 27 gennaio 2006), Rel. Bianchi, riguardante un caso di mancata diagnosi reiterata di una patologia neoplastica, commentata da G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 2795, p. 2797 ss.

che in base alle regole cautelari avrebbe dovuto fare per fronteggiare il rischio<sup>118</sup>.

La condotta è quindi omissiva perché inadeguata rispetto al rischio e al decorso patologico o mortale che era chiamata ad arginare.

Esaminate queste fattispecie, possiamo chiarire il punto: la condotta non va apprezzata in modo puramente naturalistico (come condizione efficiente o statica *in assoluto*), ma va valutata a partire dagli effetti prodotti rispetto all'evento rilevante, cioè al decorso causale al quale partecipa o rispetto al quale dovrebbe intervenire per ostacolarne l'evoluzione. Insomma: va *relazionata al corso di eventi* che si contesta<sup>119</sup>.

Sarà quindi *commissiva* la condotta che acceda attivamente al decorso causale che spiega l'evento lesivo (oggetto del giudizio di imputazione), divenendone parte efficiente (*condicio sine qua non*). Ad esempio: l'errore del medico che genera l'emorragia (poiché l'emorragia, e non altro, spiega la morte del paziente), o la condotta che si sostanzia nella somministrazione di sostanze tossiche (sempre che non fossero disponibili ed esigibili *ex ante* cautele idonee ad accompagnare l'esposizione evitandone i prevedibili effetti lesivi, nel qual caso si prenderà in considerazione la loro omissione).

Il profilo della condotta *omissiva* che interessa al diritto è invece *ipotetico e normativo*: si tratta dell'azione che il titolare di una posizione di garanzia *avrebbe dovuto compiere* di fronte a un decorso potenziale o attuale diretto a sfociare in un evento lesivo (un evento del tipo compreso nell'ambito di protezione della posizione di garanzia). Pertanto, va considerato penalmente omissivo il contegno del soggetto che: (a) non interviene per contrastare un decorso causale riconducibile allo «scopo di protezione» della posizione di garanzia di cui è titolare (senza

---

<sup>118</sup> P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, cit., 98-100; ID., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1969, p. 1972.

<sup>119</sup> Sui limiti e sulla «superficialità» della distinzione su base meramente naturalistica fra azione ed omissione, v. anche T.S. VIVES ANTÓN, *Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, cit., 1113, spec. 1117 ss.; ma sulla necessità, nondimeno, di partire dall'evento e dalla ricerca di un legame empirico-causale fra esso e le condotte astrattamente rilevanti (criterio della «reale efficacia condizionante»), G. AMARA, *op. cit.*, p. 2799 ss.

partecipare attivamente a detto decorso, o partecipandovi ma potendo altresì disporre di cautele idonee ad impedire gli eventi prevedibili come conseguenza dell'azione); (b) che rispetto ad esso interviene in modo inadeguato e insufficiente (ad esempio: l'errore del medico che non causa materialmente la morte del paziente, ma impedisce di eseguire con successo un intervento salvifico, e quindi di contrastare un decorso mortale in atto); (c) che interrompe l'esecuzione del medesimo intervento di contrasto<sup>120</sup>.

Per concludere, sembra corretto sostenere che, mentre il medico al cospetto di un decorso patologico in atto ha il dovere di mettere in pratica tutte le misure diagnostiche e terapeutiche a sua disposizione, idonee o inidonee che siano ad assicurare il buon esito dell'intervento (potendo e dovendo quindi applicare anche regole che appaiano «improprie», qualora concretamente esigibili *ex ante*), il datore di lavoro che espone i lavoratori a sostanze pericolose deve adottare cautele certamente idonee ad impedire che dalla propria condotta derivino conseguenze pregiudizievoli prevedibili per la salute dei lavoratori, e quando queste non siano disponibili (ad esempio, perché tecnicamente impossibili da adottare), non potrà che astenersi dall'uso di quei prodotti o di quelle sostanze.

Insomma: se sono un garante – e, come un medico, assisto a decorsi lesivi o mortali, senza parteciparvi attivamente – ho il dovere di agire come posso, mettendo in campo tutte le strategie preventive esigibili, ancorché di dubbia efficacia rispetto al caso singolo (le cui imperscrutabili particolarità potrebbero rendere «impropria» la strategia adottata); ma se attivo un decorso di rischio (riconoscibile), devo provvedere ad applicare misure di protezione che impediscano la realizzazione di eventi prevedibili (secondo i criteri già indicati).

D'altronde, qualora nell'ultima ipotesi si verificassero eventi estranei al reale ambito di protezione della regola «tipica» esigibile, e non risultino esigibili regole «atipiche» ulteriori, non potrebbe ravvisarsi l'inoservanza di una regola cautelare rilevante rispetto al fatto accaduto. Si pensi al datore di lavoro che provvede ad adottare e a far applicare di-

---

<sup>120</sup> A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 24.

spositivi di protezione validi ed efficaci *in generale* rispetto a un certo tipo di evento-infortunio, ma non altrettanto nei riguardi di un singolo lavoratore, particolarmente (i.e. *atipicamente*) ma irricognoscibilmente sensibile all'esposizione a determinati agenti patogeni (ossia, un lavoratore che si ammalerebbe in condizioni che, *ex ante*, non consentono di prevedere la concreta possibilità dell'evento). Quel lavoratore fuoriesce dal reale ambito di protezione del dispositivo in questione. Ma, trattandosi di evento imprevedibile (secondo i criteri di cui sopra), non sarà esigibile al datore di lavoro adottare una cautela «atipica» idonea ad evitarlo, come l'astensione o l'assegnazione a mansioni che evitino l'esposizione; nonostante, in ipotesi, l'evento si realizzi, la condotta del garante non potrebbe ritenersi *ex ante* colposa (Capitolo 5, § 2.1).

#### 6. *Culpa senza actio libera in causa? Misura soggettiva come imputabilità colposa (spunti)*

Che resta, quindi, alla colpevolezza colposa? In che modo garantire la *personalità* del rimprovero penale?

Resta da affrontare la questione della «colpa previa», quale *condicio sine qua non* del rimprovero riferito all'ignoranza attuale della regola, degli enunciati che consentirebbero di prevedere l'evento o delle circostanze fattuali che imporrebbero la loro attivazione.

L'esigenza di uno *stato cosciente precedente* alla condotta lesiva inosservante il dovere di diligenza viene sostenuta sia da parte della dottrina più genuinamente «liberale», al fine di motivare l'imputazione («straordinaria») nonostante lo stato d'incoscienza attuale; sia nell'ottica della teoria puramente normativa della «doppia misura», giustificando l'attribuzione di responsabilità nonostante l'inesigibilità di una condotta alternativa diligente.

Alcune costruzioni liberali, ciò nonostante, ammettono la punibilità della colpa attualmente incosciente, richiedendo al tal fine che *l'ignoranza* o *l'attuale dimenticanza* dipendano da una «colpa previa» dell'agente. Essendo in grado di conoscere o essendosi effettivamente rappresentato l'esistenza di un rischio, egli avrebbe infatti potuto predi-

sporsi adeguatamente all'azione osservando il dovere di diligenza<sup>121</sup>. Così, sostenendo l'applicazione dello schema della *actio libera in causa*, si riconosce che «non esiste, né potrebbe esistere, una regola capace di determinare quanti sono i momenti precedenti nei quali andrebbe rintracciata l'imputabilità dell'agente», cioè la consapevolezza effettiva del rischio; nondimeno, si ritiene che tali momenti possano essere

tutti quelli necessari, nella misura in cui si pongano due condizioni: (1) che il rischio realizzatosi nell'evento tipico sia ancora prevedibile, ovvero che, dato il sapere effettivo, l'autore possa considerarlo fra le conseguenze che potrebbero dipendere dal suo agire; (2) che non si interrompa il nesso di inosservanza del dovere<sup>122</sup>.

In altri termini: la coscienza previa autorizzerebbe il rimprovero per colpa – incosciente al momento dell'azione direttamente dannosa – nella misura in cui l'evento da imputare sia *realizzazione del rischio generale rappresentato*.

D'altro canto, adottando la teoria della «doppia misura», Castronuovo riconosce che le situazioni di inesigibilità indicate (Capitolo 3, § 3.4) sarebbero idonee a escludere la colpevolezza colposa qualora non siano esse stesse rimproverabili in base ad una «colpa per assunzione» attribuibile in base allo schema della *actio libera in causa*<sup>123</sup>. In buona sostanza: c'è colpa – non rilevando più la ragione di inesigibilità, pur esistente – se si dimostra che l'agente ebbe cognizione del motivo per cui non sarebbe più stato in grado di – ovvero, per cui non gli sarebbe stato più esigibile – adempiere il dovere di diligenza; tale cognizione renderebbe infatti *rappresentabile l'evento*.

Queste ed altre simili costruzioni si spiegano in ragione dell'esigenza di affermare che *l'autore avrebbe potuto agire diversamente*, in base ad una *intuizione di colpevolezza* basata su una concezione antropologi-

---

<sup>121</sup> In questo senso, P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación e incumbencias en Derecho penal*, in *Pol. Crim.*, 12, 24, 2017, 1211, p. 1214 ss.

<sup>122</sup> D. GONZÁLEZ LILLO, *(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia «inconsciente»*, in *InDret*, 2019/2, 1, p. 29-32.

<sup>123</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 601. Cfr. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 156.

ca ben determinata; potremmo dire, con *Fuller*, una «visione dell'uomo implicita nella morale interna del diritto»<sup>124</sup>.

In questo senso, non si vedono reali differenze fra la concezione classica dell'elemento soggettivo e quella normativa che si impone nel XX secolo in virtù dell'assunzione del principio di inesigibilità (Capitolo 2, § 1.1)<sup>125</sup>. Entrambe escludono (apparentemente, come vedremo di seguito) la «causale determinatezza della volontà» poiché ritenuta incompatibile con la responsabilità morale e, quindi, con la rimproverabilità giuridica (incompatibilismo)<sup>126</sup>.

Alla «coscienza precedente» dell'agente si attribuisce il potere di giustificare la sua responsabilità morale per il danno attualmente involontario<sup>127</sup>. Chi realizza una azione *libera in causa* è rimproverabile in

<sup>124</sup> «Intraprendere l'impresa di sottoporre il comportamento umano al governo delle regole implica necessariamente assumere l'idea secondo cui l'uomo è, o può diventare, un agente responsabile, in grado di comprendere e rispettare le regole, ed essere responsabile per le sue violazioni»: L.L. FULLER, *La moral del derecho* (1964), Santiago de Chile, 2019, p. 172 ss. (trad. propria).

<sup>125</sup> Ancorché, osserva G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836, p. 869, la connessione con il «problema della libertà» sotteso all'idea del «potere di agire diversamente» sarebbe stata «spezzata», con il superamento della disputa (davvero superata, o solo accantonata?) fra determinismo e indeterminismo e con la normativizzazione dell'idea di «libertà»; analogamente, sul punto, J.P. MAÑALICH RAFFO, *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling*, in *InDret*, 2015/2, 1, p. 15 ss. Eppure, soprattutto negli ultimi anni, la «materialità» della colpevolezza torna allo scoperto, mostrando di continuare ad essere a un tempo il fondamento e il punto debole della colpevolezza, specie di fronte alle sollecitazioni provenienti dall'impatto delle neuroscienze e della genetica nel discorso sulla imputabilità. E ciò spiega la necessità di ricorrere a nozioni compromissorie come quella di «indeterminismo relativo». Cfr. A. URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit., spec. p. 50 ss.; B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, in *InDret*, 2011/2, 1, p. 32, che citerò nel testo chiudendo questa sezione.

<sup>126</sup> Criticamente, A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (1970), Milano, 1972, p. 278 ss.

<sup>127</sup> Ad esempio, M.J. ZIMMERMAN, *Negligence and Moral Responsibility*, cit., p. 205 ss., 206, sostiene che il «control requisite for moral responsibility may be, and often is, anchored in the earlier advertence»; ciò giustificherebbe la responsabilità colposa poiché renderebbe legittimo parlare di *prevedibilità* (*op. ult. cit.*, p. 207 ss.).

quanto l'errore attuale è riconducibile a una specie di peccato originale<sup>128</sup>. Insomma: *la violazione del dovere di diligenza è colpevole perché l'agente avrebbe potuto agire diversamente*. Questa era e resta, secondo molti, la sostanza retributiva della colpevolezza (Capitolo 2, § 1.1)<sup>129</sup>.

Il problema di fondo, però, consiste proprio nel non riconoscere l'incidenza determinante di condizioni soggettive e oggettive (*lato sensu* ambientali) al di là del presunto «dominio» del soggetto agente («be-

---

<sup>128</sup> Impostazione particolarmente evidente in M. RONCO, *op. cit.*, p. 583 ss. Contrario a questa concezione «pura» della responsabilità morale, il *basic argument* di G. STRAWSON, *The Impossibility of Moral Responsibility*, in *Philos. Stud.*, 75, 1-2, 1994, 5, p. 6-7, 12 ss., espresso sinteticamente nei seguenti termini: «When one acts, one acts in the way one does because of the way one is. So to be truly morally responsible for one's actions, one would have to be truly responsible for the way one is: one would have to be causa sui, or the cause of oneself, at least in certain crucial mental respects. But nothing can be causa sui – nothing can be the ultimate cause of itself in any respect. So nothing can be truly morally responsible»: ID., *Free will*, in *Routl. Enc. Phil.*, 1998, recuperando, nella prima parte (corsivo aggiunto), un'idea di A. SCHOPENHAUER, *Prize Essay on the Freedom of the Will*, in D.E. CARTWRIGHT, E.E. ERDMANN (a cura di), *The Two Fundamental Problems of Ethics*, New York, 2010 (1<sup>a</sup> ed., 1841), 33, p. 116: «the human being always does what he wills, and, indeed, he does it necessarily. However, this depends on the fact that *he already is what he wills*: for from that which he is everything that he ever does follows of necessity» (corsivo aggiunto). Pertanto: «*Everything that occurs, from the greatest to the least, occurs necessarily. (...) Our deeds are simply no first beginning, for in them nothing actually new attains existence: rather, thought that which we do, we simply experience what we are*» (*op. ult. cit.*, p. 84, corsivo originale).

<sup>129</sup> Una colpevolezza non ancora laica, legata al «pregiudizio» ereditato dalla tradizione cristiana secondo cui «colpa e responsabilità presuppongono una “volontà libera”»: A. ROSS, *op. cit.*, p. 284-5; e che porta a conservare un «presupposto di carattere mitologico» dal quale il diritto penale contemporaneo non si è ancora emancipato, cioè l'idea che «la pena possa funzionare come *espiazione*», la «stessa funzione che è attribuita alla purificazione in ambito religioso»: U. CURI, *I paradossi della pena (I Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale «Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative» – Prima sessione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 56, 3, 2013, 1073, p. 1079. Fra le prime reazioni dirette a scollegare responsabilità e «possibilità di agire altrimenti» sul presupposto della «libera volontà», H.G. FRANKFURT, *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, in *J. Philos.*, 66, 23, 1969, 829.

yond agents' control») nell'attribuzione di responsabilità<sup>130</sup>: ciò che si definisce *moral luck*<sup>131</sup>.

Si distinguono generalmente quattro forme di *moral luck*: (1) la *circumstantial luck*, relativa al contesto in cui si trova l'agente, il quale può offrire l'opportunità di agire in un determinato modo (ad esempio, il funzionario corrompibile che consente la corruzione); (2) la *constitutive luck*, riferita essenzialmente all'identità biologica dell'agente (incidente sul suo carattere e quindi sulla predisposizione a re-agire in un modo o nell'altro a fronte di determinati impulsi esterni); (3) la *causal luck*, che considera genericamente le circostanze ambientali condizionanti l'azione individuale (ad esempio, l'indigenza che spinge a commettere un furto); (4) la *resultant luck* (o *consequential luck*), relativa alle conseguenze sulle quali l'agente non esercita alcun dominio reale e che, ciò nondimeno, determinano certe premesse per l'attribuzione di responsabilità.

Partendo dall'ultima categoria di ipotesi, si pensi al caso, discusso da Nagel, dei due conducenti che realizzano la stessa condotta imprudente: solo colui il quale investe il pedone che attraversa il suo percorso – una variabile circostanziale che sfugge al dominio dell'agente – viene punito, mentre l'altro viene «premiato» dalla sorte, cioè dal fatto fortuito, parimenti indipendente da qualsivoglia controllo sulla realtà, di non essere incappato in nessuna circostanza concomitante che consentisse la realizzazione del rischio pur astrattamente generato<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Mancato riconoscimento che, tuttavia, appare strumentale, poiché ritenuto incompatibile con il discorso penalistico sulla responsabilità, che si intende mantenere.

<sup>131</sup> «Moral luck occurs when an agent can be correctly treated as an object of moral judgment despite the fact that a significant aspect of what she is assessed for depends on factors beyond her control»: D.K. NELKIN, *Moral Luck*, in E.N. ZALTA (ed.), *Stan. Enc. Phil.*, 2019.

<sup>132</sup> T. NAGEL, *Mortal Questions*, New York, 1979, p. 25. Sulla compatibilità fra responsabilità e *resultant luck*, R.J. HARTMAN, *Accepting moral luck*, in I.M. CHURCH, R.J. HARTMAN (a cura di), *The Routledge Handbook of the Philosophy and Psychology of Luck*, New York, 2019; D. ENOCH, A. MARMOR, *The Case against Moral Luck*, in *Law Philos.*, 26, 4, 2007, 405, p. 408 ss., 417, evidenziando, fra gli altri aspetti, il carattere «allocativo» dell'attribuzione di responsabilità per l'esito infausto di un'attività rischiosa consentita («The question of who should bear the costs of various risky activities is, generally, a question of distributive justice»).



Il carattere intrinsecamente fortuito della responsabilità colposa per l'evento si mostra anche quando il capo d'imputazione cambia nel corso delle indagini da *lesioni* a *omicidio colposo*, in ragione dell'intervenuta morte della vittima. In questi casi, qualora si riconosca l'incidenza di una «colpa del terzo» nella realizzazione o nel mancato impedimento dell'evento, si possono porre questioni di imputazione oggettiva (o di causalità della colpa, che dir si voglia). Ad esempio, nei casi in cui l'operazione chirurgica rappresenta l'intervento salvifico in relazione ad un precedente accadimento, e quindi con riferimento ad un corso causale innescato da una condotta precedente (solitamente, un incidente stradale provocato colposamente), il dubbio che si può porre è se imputare o meno l'evento-morte alla condotta che, nell'immediato, ha provocato – solamente – gravi lesioni (ma non – ancora – la morte). Dunque, si tratta di valutare la rilevanza del contributo colposo del terzo nella causazione dell'evento-finale ai fini di stabilire o escludere la responsabilità del primo agente<sup>133</sup>.

Ricorrendo alla terminologia propria della tradizione fedele ai principi di materialità e offensività, si tratta di esigere un *disvalore d'evento* al fine di poter sanzionare una condotta già connotata da un disvalore proprio (dato il superamento del rischio consentito, che si verifica per la violazione di uno standard cautelare). Del resto, anche la minor sanzio-

---

<sup>133</sup> Si tratta, come già evidenziato in A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 18-9, di uno dei motivi per cui è rilevante distinguere fra condotte commissive ed omissive (*supra*, § 5.4). Infatti, la risposta può dipendere esattamente da come si qualifichi la condotta colposa del medico chiamato a intervenire: nel caso si tratti di *omissione*, l'evento dovrebbe essere ascrivibile all'autore dell'incidente perché rappresenterebbe la "realizzazione del rischio" non consentito innescato dalla sua condotta; in caso contrario, la condotta *commissiva* colposa del medico rappresenterebbe un antecedente – o anello causale intermedio – idoneo a "interrompere" il nesso di rischio tra la condotta del primo autore e l'evento-morte finale. In questa seconda ipotesi, la condotta dell'autore dell'incidente resterebbe materialmente condizionalistica ed anche colposa rispetto allo stesso; ciò che verrebbe a mancare, su di un terzo livello di imputazione (successivo alla causalità materiale e alla violazione del dovere di diligenza), sarebbe la relazione normativa, tra l'inosservanza e l'evento finale, data dal suddetto nesso di rischio. Per ulteriori dettagli su questo specifico dibattito, si rinvia all'indagine di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 595 ss., spec. 601.

ne degli «atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto (...), se l'azione non si compie o l'evento non si verifica» (art. 56 c.p.) rispetto al reato consumato – qualora cioè, per cause *indipendenti dal dominio dell'agente*, l'azione si compia o l'evento si verifichi – è questione aleatoria.

In entrambi i casi – reato colposo d'evento e consumazione dolosa – si accetta l'influenza determinante della *resultant luck* nella definizione della reazione punitiva.

Ma l'incidenza decisiva di condizioni scatenanti al di là dell'apparente dominio dell'agente si mostra anche nelle circostanze, altrettanto casuali, che portano a predisporre in un modo o nell'altro di fronte alle contingenze della vita (*circumstantial* e *causal luck*)<sup>134</sup>. E il riconoscimento della rilevanza decisiva di queste variabili consente di replicare all'argomento di chi propone la depenalizzazione della colpa incosciente in ragione della natura aleatoria – pertanto, si sostiene, non moralmente rimproverabile – della sua attribuzione (Capitolo 3, §§ 3.2 e 3.3). Infatti, qualora si accettino determinate forme di *moral luck*, sarebbe incoerente non accettarle tutte<sup>135</sup>.

La *colpevolezza* è, in questo senso, sempre *eventuale*.

Qualunque sistema penale di ispirazione liberale, ancorché basato per definizione sulla rimproverabilità per il fatto compiuto e non, per l'appunto, sulla pericolosità criminale, presuppone e accetta la *rilevanza decisiva di condizioni aleatorie* (né meriti, né colpe) costitutive quando costruisce il pilastro categoriale senza il quale non potrebbe giustificarsi, cioè l'imputabilità. In altre parole: assume, benché postuli il contrario, la *constitutive luck*: il condizionalismo della volontà in luogo della sua (asserita) libertà.

Ciò viene riconosciuto da chi osserva che, curiosamente, il diritto penale giunge a escludere o a ridurre il grado di «colpevolezza dell'autore affetto da gravi *deficit* psichici (...), poiché vengono considerati

---

<sup>134</sup> A questo proposito, cfr. M.J. ZIMMERMAN, *Taking luck seriously*, in *J. Philos.*, 99, 11, 2002, p. 553 ss.; R.J. HARTMAN, *Moral luck and the unfairness of morality*, in *Philos. Stud.*, vol. 176, 2019, p. 3179 ss.

<sup>135</sup> A proposito delle teorie che accettano determinate forme di *moral luck* e non altre (*asymmetry views*), criticamente, R.J. HARTMAN, *Moral luck and the unfairness of morality*, cit., p. 3188 ss.

cause di non imputabilità», ma a «punire più severamente autori di reati violenti affetti da problemi mentali di notevole importanza verificati empiricamente»<sup>136</sup>. La giurisprudenza giunge così a mitigare la responsabilità dell'agente in base all'incidenza di alcuni genotipi sulla sua «libertà di intendere e di volere». La condotta antiggiuridica è intesa quindi come risultato di un condizionamento, che impedisce che l'agente possa essere considerato *normalmente libero*: ossia, *normalmente condizionato* nell'agire<sup>137</sup>.

Allora, si deve riconoscere che: (1) il diritto assume implicitamente il carattere condizionato del comportamento umano; (2) ma per rimanere fedele al modello liberale (*stricto sensu*, ancorato all'indeterminismo o al determinismo relativo), realizza una distinzione *pragmatica e intuitiva* tra fattori determinanti normali (= imputabilità) e anormali (= non imputabilità o parziale imputabilità) della volontà.

L'agente «libero» (di intendere e di volere) è in realtà normalmente condizionato (nel suo intendere e volere)<sup>138</sup>.

Il carattere eterogeneo e variabile delle eccezioni alla assunzione di normalità in cui, fondamentalmente, si traduce la imputabilità come

<sup>136</sup> E. DEMETRIO CRESPO, *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal*, in ID., *Fragmentos sobre neurociencias y derecho penal*, Montevideo-Buenos-Aires, 2017, 19, p. 40-1 (trad. propria).

<sup>137</sup> Ad esempio, C. App. Trieste, 18 settembre 2009, disponibile nel portale *Biodiritto.org*, e commentata da A. URRUELA MORA, *La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste (Italia) de 18 de septiembre de 2009*, in *RDGH*, 32, 2010, 165. Cfr. il più recente caso commentato da F. BASILE, S. LOMETTI, *Assassini nati? Libero arbitrio, genetica comportamentale e neuroscienze in una recente sentenza di Cassazione*, in *Dir. pen. uomo*, 2019/6, 123. In materia di *behavioral genetics evidence*, con particolare riguardo all'esperienza degli Stati Uniti, D.W. DENNO, *Courts' Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: Results of a Longitudinal Study*, in *Mich. State Law Rev.*, 2011, 967, p. 991 ss.

<sup>138</sup> Necessariamente, dove l'essere necessario è inteso come «to be the consequence of a given ground»: A. SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 56 (volontà è necessità e scaturisce da motivi determinanti); se tutto è determinato, dunque, non siamo liberi, «ma è come se lo fossimo», come mostrano chiaramente le note di M. Planck, da *La conoscenza del mondo fisico* (ed. 1964), citate da G. CASERTANO, *Fisica e filosofia*, Napoli, 1975, p. 144 ss.

condizione di colpevolezza, solleva quindi, non certo da oggi, una questione epistemologica radicale. Come costruire la «normatività della normalità» (*i.e.*, della determinazione normale, degna di colpevolezza)<sup>139</sup>?

La definizione del significato normativo sotteso all'idea di imputabilità, dovendo attingere agli enunciati delle discipline extra-giuridiche, richiede, anche qui, un esercizio di «co-produzione» (§ 4.1). In questo senso, come avverte *Bernardo Feijóo*,

sostenere che la colpevolezza è una costruzione sociale non significa (...) che il giudizio di colpevolezza possa essere incompatibile con la conoscenza empirica (...), ma che tali riferimenti empirici non risolvono direttamente il problema normativo; piuttosto, devono essere elaborati dal sistema penale in base alla sua funzione sociale<sup>140</sup>.

In questo modo, sarà forse possibile riflettere anche sulla rilevanza di condizioni personali anomale – in base ad una determinata costruzione giuridico-funzionale del concetto di «normalità» – idonee a far sì che un soggetto possa essere ritenuto incolpevole, nonostante la sua condotta inosservante precauzioni «tipiche» o «atipiche» altrettanto esigibili (oggettivamente).

Sarà quindi pur sempre necessario chiedersi: avrebbe potuto l'imputato, date le sue capacità mentali e fisiche, adottare quelle precauzioni<sup>141</sup>?

La risposta a tale domanda dovrà essere formulata tenendo a mente che l'agente non avrebbe potuto agire diversamente<sup>142</sup> e che ci si dovrà necessariamente appoggiare a una finzione giuridica: si affermerà positivamente la *possibilità di agire altrimenti* solo nel senso di dichiarare che, nelle circostanze date, «non ci si poteva attendere», cioè «non si

---

<sup>139</sup> Al riguardo, K. GÜNTHER *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, in *KJ*, 39, 2, 2006, p. 116; E. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, p. 40 ss., spec. 55 ss.

<sup>140</sup> B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, cit., p. 32.

<sup>141</sup> «Could the accused, given his mental and physical capacities, have taken those precautions?»: H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 154.

<sup>142</sup> Come, paradossalmente, riconosce J. HALL, *op. cit.*, p. 642-3: «(...) the facts plainly indicate that he did not exhibit that competence» (*supra*, Capitolo 3, § 3.3).

poteva *pretendere*», che egli agisse diversamente da come ha agito<sup>143</sup>. Si tratta quindi di un'aspettativa normativa, incompatibile con una reale personalizzazione del giudizio (che porterebbe all'impossibilità del giudizio stesso: *supra*, § 2.4), ma *condicio sine qua non* dell'imputazione di responsabilità.

---

<sup>143</sup> A. ROSS, *op. cit.*, p. 255 ss., 259, 270 ss., 275 ss. (corsivo originale).



## CAPITOLO OTTAVO

### DEFINIZIONE, APPLICABILITÀ E UTILITÀ DEL MODELLO

#### CONCLUSIONI E SINTESI

**SOMMARIO:** *1. La categoria definita nel corso dell'indagine. 1.1. Fondamento normologico e differenze rispetto ad altri modelli. 1.2. Agire illecito secondo un giudizio ex ante. Sintesi. 2. L'adozione del modello proposto. 2.1. Come modello interpretativo-applicativo (de iure condito). 2.2. Come modello positivo (de iure condendo). 3. La funzione della colpa, oggi. 3.1. Standardizzazione e automazione dei processi decisionali. 3.2. Autonomia, prudenza, responsabilità. Aspirando all'equilibrio. 4. (segue e chiude) Giudizio di colpa e iuris-prudentia.*

#### *1. La categoria definita nel corso dell'indagine*

##### *1.1. Fondamento normologico e differenze rispetto ad altri modelli*

La proposta avanzata in questo studio si basa sulla funzione normologica del principio di affidamento, in quanto criterio capace di spiegare vigenza e validità delle regole cautelari «tipiche» (oggetto, in quanto tali, di aspettative provvisoriamente legittime), al fine di sostenere, adottando un criterio comparativo di gravità, a quali condizioni il mancato adeguamento ad aspettative di diligenza «atipiche» può ritenersi altrettanto esigibile e quindi punibile. Infatti, la responsabilità che discende dall'infrazione di queste ultime si giustifica nella misura in cui il grado di esigibilità sotteso alla loro adozione sia lo stesso riferibile ad una regola «tipica», predeterminata e pertanto a disposizione dell'agente.

Il primo passo ricostruttivo consente di valorizzare la validità normativa intrinseca sottesa alle pratiche di diligenza effettivamente riconosciute come tali dai loro destinatari, cioè dotate di consenso; ovvero,

di nuovo, a quelle prassi, consuetudini cautelari o *leges artis* riconducibili alla categoria delle regole di condotta «tipiche», definite tali in quanto dotate di contenuti e ambiti di protezione predefiniti dall'esperienza, pertanto valide – in linea di principio – in quanto, appunto, riconosciute tali dal destinatario di riferimento (Capitolo 5, § 3).

L'involontaria produzione di un danno penalmente rilevante dovrebbe potersi ritenere illecita, oltre che per l'inosservanza delle regole cautelari appena indicate – esigibili (riconoscibili) proprio perché espresse direttamente dal gruppo o ambito professionale di riferimento –, anche in ipotesi di mancato adeguamento ad aspettative di comportamento «atipiche», nella misura in cui l'interprete possa ritenere *altrettanto esigibile* l'adozione di una condotta ad esse conforme nel caso concreto.

Il giudizio di gravità, quindi, viene a svolgere una funzione di bilanciamento all'interno della struttura del fatto-illecito, limitando sul piano normativo l'ambito di tipicità nei seguenti termini. Un dovere di prevenzione penalmente rilevante incombe sull'agente solo qualora risulti chiara, indubbia ed evidente la riconoscibilità dell'occasione di applicare una disciplina predefinita («tipica») o determinate conoscenze realmente alla sua portata; inoltre, qualora il sapere nomologico disponibile – da ritenersi tale in base al medesimo parametro di esigibilità – non possa definirsi certo (*i.e.* definitivamente corroborato), l'inerzia potrà ritenersi comparativamente grave, e pertanto colposa, nella misura in cui le conseguenze nitidamente rappresentabili siano irreversibili, tenuto conto dell'oggetto giuridico tutelato (vita e integrità psico-fisica).

Questa operazione ricostruttiva permette di ridurre l'interesse della pena per l'*ignoranza* (condotta non accompagnata dal possesso delle idonee conoscenze predittive) e per l'*errore percettivo* (mancato riconoscimento dell'*Anlass*), specie se favorito da criticità organizzative o ambientali<sup>1</sup>, e di sottoporre a più attenta valutazione le ipotesi di *colpa*

---

<sup>1</sup> Si vedano le già citate riflessioni di M. CAPUTO, «Agente modello» e responsabilità per colpa in campo sanitario, cit., p. 7 ss., 105 ss., 126 ss., e L. RISICATO, L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco, cit., p. 15 ss., spec. 22-3, dove opportunamente ci si interroga sul ruolo ancora assegnabile al diritto penale nell'attività di contrasto all'*errore medico* riconducibile a criticità organizzative, obiettivo che, in ipotesi, per le ragioni esposte dagli autori, potrebbe essere meglio per-



*incosciente* – di mera *rappresentabilità* – che più si avvicinano alla rappresentazione vera e propria<sup>2</sup>.

Il criterio orientativo della «esigibilità oggettiva» riflette infatti un compromesso ragionevole fra le istanze liberali volte al riconoscimento di un requisito minimo di partecipazione psicologica e l'esigenza di non escludere *a priori* condotte connotate da pura e semplice antiggiuridicità, ma non per questo, per l'appunto, meno gravi.

Sia chiaro: quanto detto non significa che sia lecito presumere, sulla base di una mera valutazione oggettivistica, un elemento di colpevolezza non dimostrato o non dimostrabile sul piano psicologico<sup>3</sup>. Al contrario, va inteso nel senso garantista di elevare il limite inferiore del «penalmente rilevante», escludendo dall'ambito della tipicità colposa incosciente condotte che, benché offensive, non appaiano normativamente paragonabili ad altre che, invece, data la effettiva (dimostrata) sussistenza di una rappresentazione da parte dell'autore di un possibile esito lesivo, si trovano per ciò solo già al confine con il dolo eventuale.

Il concetto di «gravità» viene a qualificare come *penalmente rilevante* l'ignoranza di quelle informazioni o il mancato riconoscimento di quei dati fattuali che, rispettivamente, per la loro «diffusione» e per la loro «evidenza», possono ragionevolmente considerarsi *come se* fossero effettivamente noti o *come se* fossero stati effettivamente riconosciuti, e in quanto tali *obiettivamente conoscibili*.

seguito adottando un metodo emancipato dalla c.d. *blame culture* e basato sull'istituzione di sistemi di notificazione e registro di eventi avversi (Capitolo 4, § 1.2.3).

<sup>2</sup> Definisce il concetto di «gravità» in termini analoghi B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 363, il quale auspica *de lege ferenda* che si giunga a considerare punibili soltanto i casi di colpa che, dal punto di vista del *disvalore della condotta*, si avvicinano maggiormente al dolo.

<sup>3</sup> In relazione alla tendenza a normativizzare ed oggettivizzare qualunque classe di colpevolezza (o forma di imputazione soggettiva), fondate preoccupazioni sono espresse, fra gli altri, da C.M. ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura del dolo*, Azcapotzalco (Ciudad de México), 2009, p. 12 ss., 55 ss.; A. MELCHIONDA, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea*, cit., spec. p. 194-5; M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 82 ss.; da ultimo, T. VARGAS PINTO, A. PERIN, *op. cit.*, p. 112 ss. Qualunque presunzione sarebbe comunque incompatibile con il dettato dell'art. 43 c.p., che, allo stato attuale, definisce il dolo come «previsione e volontà» dell'evento pericoloso o dannoso.

Se per un verso, quindi, si tratta di *restringere* il campo di rilevanza assegnato alla colpa incosciente, dall'altro – in contesti di «incertezza scientifica» – si teorizza una sua possibile *espansione* rispetto al modello nomologico tradizionale. Da questo punto di vista, la ricostruzione proposta potrebbe pure definirsi *precauzionista*<sup>4</sup>, non aderente al classico paradigma *preventivo*<sup>5</sup>, o persino etichettarsi come sotto-modello di *colpa eventuale*<sup>6</sup>; ma, per altro verso, mira ad evitare il paradosso di sanzionare penalmente il conducente momentaneamente distratto e che non si accorge dell'attraversamento improvviso del pedone, o il datore di lavoro che non interviene tempestivamente alla prima imprudenza del sottoposto – cioè, in entrambi i casi, di fronte a eventi perfettamente prevedibili ed evitabili usando la *massima prudenza possibile*<sup>7</sup> –, lasciando invece impunita la condotta di chi abbia senz'altro tempo e modo di rappresentarsi, quand'anche in termini solo probabilistici e

---

<sup>4</sup> Nel senso di legittimare l'intervento penale in condizioni di *incertezza nomologica* e in relazione a *eventi gravi e irreversibili*, ma nulla più. A parte questo comun dominatore infatti, come noto, si contano tuttora – fra versioni forti (o radicali) e deboli (o moderate) – decine di eterogenee e spesso incompatibili definizioni del principio di precauzione: oltre a quanto già osservato *supra*, Capitolo 3, § 2.4, cfr. F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 236 ss.; D. CASTRO-NUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 18-9; B. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 226 ss.

<sup>5</sup> Tuttavia, in modo condivisibile, M. GÓMEZ TOMILLO, *El principio de precaución en el Derecho penal*, cit., p. 87 ss., revoca in dubbio che alla dicotomia *certo/incerto* dal punto di vista scientifico corrisponda necessariamente la distinzione *prevenzione/precauzione* sul piano giuridico-penale. Cfr. i riferimenti citati nel Capitolo 1, nt. 9.

<sup>6</sup> Cfr. G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio*, cit., *passim*, che con questa locuzione intende qualificare (e respingere) il paradigma iper-normativo di responsabilità per «colpa» esclusivamente incentrato sul rischio. Esso viene riconosciuto in particolar modo nella più recente giurisprudenza in materia di catastrofi naturali, in relazione alla totale rinuncia al connotato classico della prevedibilità dell'evento *hic et nunc*. Tuttavia, come abbiamo visto (Capitolo 7, § 6), nemmeno l'ancoraggio «liberale» del principio di responsabilità ad esigenze psicologiche evita che la colpa possa configurarsi, in un certo senso, come *eventuale* (v. anche *infra*, nel testo).

<sup>7</sup> Quella indotta, come sostenuto in altra sede, dall'adozione del criterio ascrittivo *ex post* della evitabilità: A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., p. 47.

ipotetici, le conseguenze gravi e irreversibili delle proprie azioni e delle proprie decisioni<sup>8</sup>.

Ciò che conta, insomma, non è tanto che un determinato dato empirico possa dirsi scientificamente «certo», ma che, qualora l'enunciato che lo rende disponibile ai consociati lo consenta, la sua mancata traduzione in un comportamento preventivo possa ritenersi giuridicamente «grave».

Rispetto al modello teorico generalizzante prevalente, quindi, i margini di «rischio consentito» tratteggiati riflettono un maggior coefficiente di normativismo, poiché si relativizza il potere definitorio degli enunciati extra-giuridici. Tuttavia, la rinuncia alla *condicio sine qua non* della certezza scientifica deve necessariamente coniugarsi al criterio normativo selettivo di gravità.

Si comprende, quindi, che rispetto ad alcune posizioni «precauzioniste», la differenza sostanziale di questa proposta consiste nell'escludere la punibilità sia nei casi di *dubbio sulla possibilità di riconoscere l'occasione* di attivarsi o astenersi (ad es. per la sussistenza di determinati segnali di pericolo), sia in quelli di *dubbio sulla possibilità di accedere alla conoscenza rilevante*<sup>9</sup>.

Affidando al solo agente-modello (inevitabilmente, *a posteriori*) la risposta alla questione circa il potere e il dovere, *eiusdem condicionis*, di cogliere specifici segnali fattuali di rischio o di reperire determinate informazioni, si finisce col punire più la *distrazione* e l'*ignoranza* che non la mancata attivazione orientata ad impedire un evento chiaramente rappresentabile<sup>10</sup>. Attraverso la soluzione che qui si propone – facendo riferimento anche a fonti istituzionali e accreditate, come ad es. la IARC (Capitolo 7, § 4.1) – si potrebbe invece trovare un ragionevole punto di

---

<sup>8</sup> Analogamente, F.G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial*, in *Rev. pen.*, 25, 2010, 136, p. 144.

<sup>9</sup> La mia posizione diverge quindi da quella assunta da E. CORN, *op. cit.*, p. 171, 176, il quale mette espressamente sullo stesso piano il «dubbio su un dato di realtà, considerato di regola compatibile con il momento rappresentativo della colpa», con il «dubbio sulle conseguenze offensive della propria condotta», cioè sulla sua «astratta attitudine causale (...) a realizzare l'evento».

<sup>10</sup> Ci si riferisce ora, nuovamente, al contributo di C. RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 1758.

equilibrio fra il dovere delle istituzioni pubbliche di farsi carico della gestione del rischio incerto (rendendo disponibili quante più informazioni possibili e promuovendo l'indipendenza della ricerca scientifica dall'influenza degli interessi privati) e quello dei singoli, diretti gestori del rischio e destinatari della norma di diligenza e del dovere preventivo che ne deriva.

Dal punto di vista funzionale, questa impostazione mira ad arginare le più arbitrarie derive deontiche, creando una sorta di zona franca – eventualmente presidiata dal diritto civile – tra *fatto illecito colposo* e c.d. *caso fortuito*, evitando di punire eccessivamente (ancorché ciò appaia in certa misura inevitabile: Capitolo 7, § 6) il fatto di non aver potuto far fronte alle avverse circostanze del caso<sup>11</sup>. Si tratta quindi di predisporre un modello sostanziale coerente con la opportunità di limitare il giudizio repressivo, in favore dell'analisi delle circostanze che favoriscono la realizzazione di eventi avversi, indagando le ragioni strutturali che portano l'individuo ad agire in maniera inadeguata (Capitolo 4, § 1.2.3). In altre parole, l'obiettivo è quello di coniugare la sanzione della condotta individuale con il riconoscimento del fatto che l'errore del singolo è anche prodotto di un contesto di circostanze che lo inducono e ne determinano la sorte.

Il *profilo espansivo* nell'area del sapere incerto, invece, si tradurrebbe in uno strumento residuale. A quest'ultimo riguardo, peraltro, occorre considerare che il reato colposo di danno, richiedendo l'accertamento del nesso di causalità individuale, rappresenta comunque una modalità d'intervento più garantista rispetto a qualunque altra forma anticipata di reazione punitiva (penale o amministrativa che sia).

Una ristrutturazione in questi termini – dal rigidamente nomologico al normativo, dalla certezza scientifica alla gravità dell'inosservanza e dell'offesa (attuale o potenziale) – della categoria d'imputazione soggettiva e del suo rapporto con il rischio consentito non intende certo

---

<sup>11</sup> Come scriveva F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Lucca, 1868 (2<sup>a</sup> ed.), p. 75-6: «Un omicidio commesso per colpa levissima non è niente più che una sventura; e le sventure dimandano lacrime e conforti, non pene».

apparire neutrale<sup>12</sup>. In effetti, essa riflette l'obiettivo di *limitare il ricorso al mezzo penale* e di farne al contempo un *uso equitativo*<sup>13</sup>. Ma al di là dei criteri qui proposti, la differenza che si osserva assistendo all'odierno dibattito è la seguente: mentre chi propende (a torto o a ragione) per una ri-definizione precauzionale della colpa ammette apertamente e con riconosciuta onestà intellettuale la propria scelta in punto di bilanciamento di valori<sup>14</sup>, nel difendere il modello tradizionale – in base al quale *occorre attendere la legge scientifica!* – ci si tende a nascondere dietro a presunte ascendenze illuministiche, dimenticando di rilevare che il matrimonio forzoso fra *legalità giuridica* e *legalità scientifica* è fatto più recente e legittimamente discutibile<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Nessuna ricostruzione categoriale (dogmatica) si spiega se non anche in ragione di specifiche finalità (politico-criminali); in altri termini: nessuno strumento può essere concepito come neutrale rispetto al fine, proprio in quanto strumento per un fine determinato, definibile anche in senso negativo (si pensi, ad esempio, alla già cennata opportunità di *non* incentivare la medicina difensiva, coniugando autonomia – libertà di metodo e trattamento – e responsabilità individuale).

<sup>13</sup> Anche a M. GÓMEZ TOMILLO, *El principio de precaución en el Derecho penal*, cit., p. 88, «appare sorprendente che si possa accettare che un furto di modesta entità debba essere fatto oggetto di repressione da parte della *ultima ratio* dello Stato e non si possa dire lo stesso di fronte ai grandi rischi posti dalle società contemporanee, rispetto alle quali, secondo alcuni, il diritto penale dovrebbe fare un passo indietro e lasciar fare ad altri settori dell'ordinamento giuridico» (trad. propria) Si pensi, in Italia, alle tesi di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., spec. p. 185 ss., 385 ss., 419 ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., *passim*.

<sup>14</sup> Lo evidenzia G. FORNASARI, *El principio de precaución*, cit., p. 172; cfr. G. FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo»*, cit., p. 594.

<sup>15</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., sul caso del petrolchimico di Porto Marghera (Capitolo 4, § 2.2.1); L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 80 ss., dove il tentativo di mettere in discussione l'immutabilità delle categorie classiche facendo valere ragioni funzionali viene espressamente definito «ingenuo e demagogico»; M. ALONSO ÁLAMO, *¿Riesgos no permitidos?*, cit., p. 69-72, dove la difesa del paradigma colposo basato sulla certezza scientifica non pare poggiare su argomenti capaci di spiegare, andando oltre le petizioni di principio, perché «la estrema normativizzazione del rischio – conseguente, secondo l'autrice, all'accoglimento del principio di precauzione – non può essere accettata». Qualche osservazione critica nei confronti di questo atteggiamento già in A. PERIN, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., spec. p. 1404 ss.

L'inadeguatezza del modello epistemologico neopositivistico (novecentesco), riconosciuta in relazione al metodo di accertamento del rapporto di causalità (con l'abbandono del modello inferenziale nomologico-deduttivo), si ripercuote inevitabilmente sul versante predittivo del giudizio di tipicità<sup>16</sup>, dove il vuoto di tassatività lasciato dalla incapacità definitoria e discretiva delle scienze empiriche porta a riconsiderare l'adozione di criteri di rilevanza e adeguatezza propriamente normativi.

### 1.2. *Agire illecito secondo un giudizio ex ante. Sintesi*

Il giudizio di colpa consiste in una valutazione circa il mancato adeguamento ad un'*aspettativa di comportamento* che spetta all'interprete individuare (qualora siano disponibili regole «tipiche» adeguate al caso concreto) o certificare come tale (qualora risultino esigibili aspettative di comportamento «atipiche»).

In sede di concretizzazione del dovere, l'appello fideistico alle presunte *certezze della scienza* per rimediare alle fisiologiche *incertezze del diritto*<sup>17</sup> mette in luce la difficoltà – sintetizzabile, popperianamente, in termini di «demarcazione»<sup>18</sup> – di determinare il confine fra sapere scientifico corroborato e «mere congetture», per di più *ex ante*, cioè collocando il parametro di diligenza *nel suo tempo*. Pertanto, nulla impedisce di ritenere doverosa un'attivazione (o un'astensione, intesa anch'essa come regola modale) anche a fronte di segnali d'allarme scientificamente dubbi e/o provvisori, o della insufficienza del sapere disponibile, quando ciò corrisponda ad un'*aspettativa di comportamento* socialmente apprezzabile e normativamente traducibile, in ragione della natura del bene giuridico minacciato e dell'entità della minaccia (quan-

---

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 1373 ss. (sul metodo di accertamento del rapporto di causalità), 1383 ss. (sul giudizio ipotetico-predittivo sotteso all'imputazione colposa).

<sup>17</sup> Istruttivo, ancorché in materia di imputabilità, il saggio di M. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 539 ss., la quale puntualizza con chiarezza che «se fino a qualche decennio fa la società moderna, la società del rischio si era illusa di trovare nelle scienze risposte certe, in particolare sulle cause e sulle responsabilità di eventuali gravi danni sociali, attualmente sono gli stessi scienziati, ma anche i giudici che a quelle scienze si appellano, che devono essere consapevoli della mutabilità e della precarietà del sapere scientifico. In breve, oggi non si può non avere la consapevolezza dell'incertezza scientifica».

<sup>18</sup> K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., *passim*.

do, cioè, sarebbe intollerabile e ingiustificabile *attendere la legge scientifica*).

D'altro canto, al tentativo di limitare in via generale la responsabilità colposa alle sole violazioni delle cautele codificate o degli «usi», si oppongono l'impossibilità di procedimentalizzare la vita di relazione e l'opportunità di tenere conto – non solo in senso favorevole all'agente – delle peculiari circostanze del caso concreto.

Quando a venire in causa sia l'inosservanza di una regola prudenziale «tipica», occorrerà comunque chiedersi se l'occasione di ricorrere a quella norma di condotta fosse chiaramente riconoscibile e, comunque, se fosse prevedibile l'evento, pena una paradossale ricaduta nella logica del *versari in re illicita*.

Quando invece si ritenga che l'agente avrebbe dovuto conformarsi ad una condotta parametrata ad una *Maßfigur* (perciò «atipica»), bisognerà ricercare criteri di valutazione adeguati all'individuazione delle condotte punibili, elaborando un modello teorico compatibile con le istanze di legalità e colpevolezza (di riconoscibilità *ex ante* del confine fra lecito e illecito) e rispondente alle esigenze di equità di giudizio (per cui l'indisponibilità di consuetudini cautelari o l'inadeguatezza delle prassi adottate non può sempre tradursi in un alibi).

Il punto di partenza del modello ricostruttivo proposto consiste nel valorizzare l'eterogeneità strutturale della *colpa per mancato adeguamento ad aspettative di condotta parametrata su un agente ideale*, rispetto alla *colpa per violazione di regole «tipiche»* (scritte e non: protocolli, usi, consuetudini comportamentali, ecc.).

L'inosservanza di una regola cautelare giuridicamente predeterminata (positivizzata) o socialmente prestabilita (usi e consuetudini cautelari; *leges artis*) – ovvero «tipica», sotto il duplice profilo sociologico e teleologico, poiché dotata di indubbio consenso e di un ambito di protezione predefinito dall'esperienza – può integrare una condotta penalmente colposa quando, sussistendo gli ulteriori requisiti della fattispecie, l'occasione di applicarla sia concretamente riconoscibile e l'evento (o quantomeno il tipo di evento, nel senso chiarito) sia comunque prevedibile.

La valutazione in ordine al carattere colposo della condotta dannosa, qualora la violazione ipotizzabile riguardi un dovere di diligenza con-

cretizzabile in sede di giudizio, deve rispondere a un criterio di *gravità comparativa*. Si tratta dei casi in cui l'aspettativa di condotta, pur necessariamente prefigurabile ed esigibile *ex ante*, viene ad essere riconosciuta e confermata dal giudice alla luce delle peculiarità fattuali rilevanti nel caso concreto. Ad esempio, ogniqualevolta si ipotizzi l'inosservanza di un dovere di diligenza «relazionale», cioè avente ad oggetto la condotta di un terzo; o quando entrino in gioco conoscenze scientifiche o esperienziali non ancora fatte proprie da modelli di prevenzione pre-stabiliti.

L'inosservanza di una regola cautelare «atipica» può essere ritenuta *comparativamente così grave* da meritare la *stessa rilevanza* assegnata alla violazione di *regole modali «tipiche»* solo se l'adeguamento all'aspettativa di condotta può ritenersi *altrettanto esigibile*. Il *parametro obiettivo* non è più un astratto agente-modello, bensì il *grado di esigibilità* sotteso a ciascuna regola di *diligenza «tipica»*.

Pertanto, per quanto riguarda l'*occasione di attivarsi*, può ritenersi grave, *i.e.* penalmente rilevante, il mancato riconoscimento di segnali fattuali così evidenti, palesi o reiterati da poter essere considerati come noti all'agente, ovvero riconoscibili da chiunque.

Lo stesso criterio deve essere adottato in sede di definizione della *base conoscitiva doverosa*. L'idea di «esigibilità oggettiva» implica che le informazioni destinate a sostenere il dovere di prevenzione siano (i) senz'altro alla portata dell'agente, nonché (ii) tali da fornire a chi ne avrebbe potuto e dovuto disporre la chiara (benché ipotetica) rappresentazione di un'offesa a beni giuridici penalmente tutelati.

Anche un sapere non corroborato (incerto sul piano del *grado di conferma* dell'ipotesi) può costituire il presupposto conoscitivo di un dovere di attivazione o astensione con fine preventivo (o, se si preferisce, precauzionale). Ciò, come detto, a patto che il tenore dell'enunciato sia tale da fornire la rappresentazione di un rischio definibile e cretizzabile in un tipo di evento grave e irreversibile, cioè in un'offesa intollerabile, qualora si realizzi, a beni giuridici primari. Il rischio ipotizzato non può assumere contorni così sfumati da renderlo irriducibile ad uno specifico tipo di evento, poiché ciò impedirebbe di riconoscere i presupposti fattuali del dovere e, di conseguenza, di agire orientando la condotta al conseguimento di un fine preventivo.



L'effettiva rappresentazione dell'evento non indica necessariamente un maggior grado di responsabilità, potendo talune ipotesi di *colpa incosciente* risultare, a seconda delle circostanze, comparativamente più gravi di altre inquadrabili nella *colpa cosciente*<sup>19</sup>.

## 2. L'adozione del modello proposto

### 2.1. Come modello interpretativo-applicativo (de iure condito)

L'adozione del metodo indicato consente di trovare un punto di equilibrio fra la necessità di impedire che il giudice diventi libero artefice della politica criminale e l'esigenza di evitare che l'esercizio della sua funzione «discrezionale» (Capitolo 1, § 1) venga *de facto* delegata al perito di turno. Attraverso il contributo del perito e dei consulenti tecnici di parte, l'interprete dovrebbe unicamente stabilire quali fossero le *leges artis* e le conoscenze astrattamente utilizzabili di fronte agli accadimenti che si stanno valutando, senza però che la formulazione dei quesiti sia tale da affidare al tecnico l'individuazione della regola cautelare che avrebbe dovuto essere applicata nel caso di specie<sup>20</sup>.

Una volta individuate le tecniche o, più in generale, le regole modali disponibili, sarà poi il giudice a stabilire se una o alcune di esse siano idonee a fornire direttrici cautelari («tipiche»), in quanto tali obiettivamente esigibili, o se il mancato adeguamento ad un'aspettativa di ulteriore o differente diligenza («atipica») possa ritenersi tanto grave da rilevare penalmente integrando un fatto-illecito colposo, alla luce delle informazioni disponibili, delle concrete circostanze di fatto e dei beni giuridici in gioco.

---

<sup>19</sup> Essendo l'agente consapevole della portata cautelare delle regole violate, di elementi del fatto che consentano la rappresentazione del rischio o perfino dell'evento come probabile conseguenza della condotta tenuta. Ipotesi comunque distinguibili, come già ricordato, secondo S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 23 ss., 79 ss., 202 ss., 308 ss.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., p. 297.

Pertanto, il riconoscimento del valore solo propedeutico e strumentale della *conoscenza empirica* rispetto al *compito valutativo* del giudice dovrebbe tradursi in un rapporto fra questi e il perito, caratterizzato da una decrescente sudditanza del primo nei confronti del secondo e, di conseguenza, in un accresciuto onere di motivazione – in ordine al parametro della «gravità» – a carico di chi è chiamato a concretizzare i contorni della norma.

Neppure la più persuasiva elaborazione dogmatica potrà sollevare la giurisprudenza dal compito interpretativo che le spetta. Per questo, se da un lato il necessario «collegamento “epistemologico” del diritto (sostanziale) col sapere scientifico comporta l’esigenza che nelle istituzioni del *law enforcement* filtri una cultura adeguata a comprendere il discorso scientifico che interessa il diritto»<sup>21</sup>, dall’altro, solo un adeguato ed effettivo adempimento dell’obbligo di motivazione da parte del giudice può far sì che i criteri e i principi orientativi che reggono la decisione diventino via via più *comprensibili e prevedibili* da parte dei destinatari del precetto legale. A tutto vantaggio della possibilità di comprenderne e discuterne le «condizioni di legittimità»<sup>22</sup> e, quindi, del diritto di difesa<sup>23</sup>.

Il pieno esercizio di tale diritto fondamentale implica peraltro che l’onere di determinazione della modalità colposa, sia essa «tipica» o «atipica», caratterizzante il fatto contestato e rilevante fino all’esito del processo, spetti anzitutto al pubblico ministero (secondo le regole di formulazione ed eventuale riformulazione dell’accusa stabilite dagli artt. 516 ss., c.p.p.). Sul giudice, nei limiti di un potere «discrezionale» orientato da criteri generali di giudizio, incombe la responsabilità di

---

<sup>21</sup> D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 876.

<sup>22</sup> D. CANALE, *op. cit.*, p. 3 ss.

<sup>23</sup> Il cui esercizio, a propria volta, innescando una virtuosa spirale dialettica (il contraddittorio), dovrebbe consentire a ciascun giudice di trovare – se non «il miglior mezzo per vedere dinanzi a sé, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt’intera» (P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, cit., 618, p. 682) – quantomeno *buoni argomenti* per giustificare le proprie decisioni (invece che ripetere pedissequamente stanche formule retoriche).

giudicare (i) la rispondenza ai fatti provati e (ii) la dignità di «colpa penale» dell'ipotesi di imprudenza o negligenza contestata.

Si comprende dunque che il riconoscimento della possibilità, da parte di quest'ultimo, di sanzionare un'aspettativa di diligenza ulteriore a quella suggerita dal protocollo/regolamento/altra disciplina – cioè «atipica» – non significa affatto avallare il disinvolto orientamento giurisprudenziale secondo il quale, a seconda dei casi: ad un addebito di colpa generica può seguire una condanna per un profilo particolare di colpa specifica; oppure, al contrario, ad addebiti iniziali di colpa specifica possono seguire imputazioni per altra negligenza/imprudenza, pur specifica, ma diversa o a contenuto più ampio, o persino per colpa generica (in qualunque caso, per un *fatto-tipico colposo* mai contestato e, quindi, in violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza)<sup>24</sup>.

## 2.2. Come modello positivo (de iure condendo)

Questo modello criteriologico è concepito inoltre allo scopo di superare alcune incongruenze caratterizzanti la disciplina più recente, con

---

<sup>24</sup> In argomento, per approfondite considerazioni critiche, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 198 ss., spec. p. 202 ss. (citando all'uopo precisi passi di *Franco Cordero*), il quale ha cura di sottolineare che neppure «la migliore definizione successiva della regola», talvolta possibile solo all'esito delle indagini dei periti e dei consulenti tecnici, «(...) può giustificare – ai fini della *ratio* garantista del diritto di difesa sottesa al principio di correlazione tra accusa e sentenza – una contestazione del profilo normativo della colpa (cioè: della condotta che il soggetto avrebbe dovuto tenere) soltanto *in extremis*, ovvero in sede di requisitoria; o, peggio, in sede di motivazione della sentenza di condanna» (*op. ult. cit.*, p. 205-6). Ciò anche a conferma del fatto che «il riconoscimento della dimensione ermeneutica e, insieme, del necessario apporto del giudice alla “concretizzazione” della tipicità colposa non significa ammettere una attenuazione del diritto di difesa (...); né che la ricostruzione ermeneutica della fattispecie nel processo (...) possa o debba prescindere dall'apporto dialettico delle parti (...)». Invero, il profilo “normativo” della colpa (la regola di comportamento cautelare), contribuendo in misura significativa alla descrizione della condotta tipica, giocherà un ruolo importante nella costruzione del “prodotto ermeneutico” finale» (*op. ult. cit.*, p. 208). Cfr., *supra*, coerentemente, quanto anticipato nel Capitolo 1, § 1, in ordine al rapporto di compatibilità fra «discrezionalità» e concretizzazione normativa della fattispecie; e il Capitolo 7, § 1.

particolare riguardo alla riformulazione della colpa medica. A mio giudizio, un buon modello di riferimento, applicato in generale, per ogni attività, accanto all'art. 43 c.p., continuerebbe ad essere quello disegnato dalla riforma *Balduzzi*, il cui limite principale riguardava, però, come già osservato, la previsione favorevole della non punibilità della colpa lieve limitata ai soli casi in cui il professionista si fosse erroneamente attenuto a linee-guida o a buone pratiche; soluzione tuttavia inappagante, dato che le *più gravi difficoltà decisionali e operative* sorgono proprio quando si sia costretti ad *agire senza l'ausilio di regole modali consolidate o di parametri orientativi predefiniti* per la tipologia di caso clinico o ambito di rischio (così, estesamente, Capitolo 4, § 1.3.2).

Per la stessa ragione, appare persino paradossale la soluzione interpretativa della riforma *Gelli-Bianco* offerta dalla Sezioni Unite, secondo cui, quando non esistano linee-guida o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve (Cap. 4, § 1.3.3). Una soluzione la cui inadeguatezza si mostra ancor più chiaramente nel contesto dell'emergenza sanitaria scatenata dalla pandemia certificata dalla Organizzazione Mondiale della Sanità a partire dall'11 marzo 2020<sup>25</sup>.

A questo riguardo, nonostante le voci favorevoli a più o meno radicali limitazioni/esclusioni della colpa medica, condivido l'opinione di chi: (i) invita alla cautela prima di avanzare ulteriori proposte di riforma della colpa professionale; (ii) sottolinea che, quando si tratti di "scelte tragiche" (imposte, per ipotesi, dalla necessità/inevitabilità di adottare criteri di priorità per l'insufficienza o l'indisponibilità delle risorse sanitarie), la responsabilità sarebbe da escludersi, eventualmente, sul piano delle scriminanti (e si tratterebbe, comunque, di responsabilità dolosa); (iii) sottolinea l'esigenza di agire non solo sul piano sostanziale, ma anche e forse soprattutto su quello processuale, qualora il fine sia quello di evitare/ridurre fenomeni di criminalizzazioni (e relative pratiche di medicina difensiva)<sup>26</sup>.

Comunque sia, per quanto concerne il piano strettamente sostanziale, evocare in un momento di emergenza nuove riforme è a mio giudizio

---

<sup>25</sup> Lo rileva, nel contesto dell'emergenza pandemica, anche G. LOSAPPIO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>26</sup> In questo senso, ancora G. LOSAPPIO, *op. cit.*, p. 8 ss.

inopportuno per due ordini di ragioni: (1) in primo luogo, perché così facendo si inviterebbe a manipolare le categorie generali *in funzione di situazioni contingenti*, invece di predisporle per far fronte correttamente *anche alle situazioni di emergenza* (in particolare, escludendo l'imputazione di colpa stante situazioni di *oggettiva inesigibilità*); (2) istanze garantiste analoghe a quelle sottostanti la discussione in materia di colpa medica vengono manifestate, legittimamente, anche in altri settori (come ad es. la responsabilità datoriale per infortuni e malattie professionali<sup>27</sup>, o la colpa stradale).

L'auspicata *riduzione della colpa penale dell'esercente le professioni sanitarie* dovrebbe passare invece, anzitutto, per una rinnovata sensibilità (interpretativa-applicativa) circa la necessità di *concretizzare* il giudizio di attribuzione, tenendo conto delle circostanze – eventualmente, emergenziali ed eccezionali – in cui l'agente si trovi ad operare ed escludendo in questo modo la punibilità di colpe *non gravi*, specie qualora si tratti di aspettative di diligenza «atipiche».

Salvo auspicare comunque un futuro superamento del modello *Gelli-Bianco*, ulteriori tentativi definitivi, basati su nozioni sintetiche, generali e astratte di «colpa penale» (chiamate eventualmente a sostituire l'art. 43 c.p.), potrebbero invece rivelarsi di dubbia utilità<sup>28</sup>, se non ad-

---

<sup>27</sup> Anche a questo riguardo, in merito al dibattito sul rischio di criminalizzazione a cui sarebbero esposti i datori di lavoro, obbligati ad adottare misure di protezione anti-Covid-19, a fronte di contagi avvenuti nei luoghi di lavoro, non si pone nessun problema nuovo rispetto a quelli già discussi. Al di là delle difficoltà connesse alla prova del nesso causale (Capitolo 4, § 2.3.1; sottolineate anche da A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020/4, 441, p. 450), qualora il garante della sicurezza applichi dette misure «tipiche» (in particolare, quelle indicate nei protocolli via via concordati dalle parti sociali per consentire la riapertura delle attività economiche, che definiscono dunque, *in linea di principio*, la misura del «rischio consentito») e non sussistano margini di palese prevedibilità *residuale* (che giustificerebbe un giudizio di *esigibilità oggettiva* di diligenze «atipiche»), la responsabilità per colpa *grave* (nel senso argomentato in questo studio e basato nella distinzione appena rievocata) andrebbe comunque esclusa, nonostante la realizzazione di un evento-infortunio: v. infatti quanto osservato *supra*, Capitolo 5, § 2.1, Capitolo 7, § 5, spec. 5.4, e la sintesi offerta in questo capitolo (§ 1.2).

<sup>28</sup> Priva di una portata definitiva effettiva appare ad es. la proposta del Centro Studi Federico Stella: art. 2 del «Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico», per

dirittura più problematici di quanto non lo sia l'affidamento al confronto evolutivo fra dottrina e giurisprudenza<sup>29</sup>.

Va ricordato che la concezione normativa della colpa non fu assunta e sistematizzata a partire da un particolare dato codicistico, ma cercando nei codici vigenti elementi idonei a giustificare una soluzione oggetto di progressivo consenso in dottrina, qui e altrove, per ragioni sia concettuali che pratiche (l'impossibilità di ricondurre dolo e colpa ad un unico *genus* e di intendere la colpa incosciente in termini volontaristici; la necessità di disporre di criteri di giudizio applicabili a condotte e non a presunti stati psichici o vizi di volontà)<sup>30</sup>.

un nuovo art. 590-ter, co. 2, c.p., in G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, p. 199 (Capitolo 4, § 1.3.1). Per l'esperienza tedesca, cfr. l'ampia panoramica sui tentativi definitivi della *Leichtfertigkeit* nello studio di F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 556 ss.

<sup>29</sup> Manifestando la propria contrarietà ad una ridefinizione legislativa della colpa, sottolinea il rischio che un eccesso di formule definitorie possa avere «l'effetto di rendere il codice più caduco del necessario e di soffocare (...) la dinamica della produzione "normativa" che si opera attraverso la dialettica della cultura giuridica che viene via via cristallizzandosi nei successivi sistemi dogmatici» U. PIOLETTI, *Ridefinire colpa e dolo? A proposito delle definizioni contenute nel terzo comma dell'art. 43 del codice penale e nell'art. 12 dello schema di legge delega*, in A. CADOPPI (coord.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 467, p. 487 ss. Sulla questione definitoria, in relazione agli istituti di parte generale, A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, *ivi*, 391, p. 408 ss., mostra chiaramente, già sul piano meta-dottrinale, la difficoltà di conciliare l'esigenza (tipicamente espressa dalla scienza penale tedesca) di «evitare che il legislatore possa essere chiamato ad operare scelte di tipo unilaterale, laddove, in particolare, il corrispondente dibattito scientifico non abbia ancora raggiunto un sufficiente livello di precisione ed omogeneità dogmatica», con quella, sospinta da una «dichiarata aspirazione ad una maggior tassatività sostanziale del sistema di parte generale» (specie da parte della dottrina italiana), di indurre il legislatore a «più univoche indicazioni di disciplina» (*op. ult. cit.*, p. 413-4).

<sup>30</sup> Questo aspetto metodologico appare evidente nell'opera di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73 ss., dove l'autore sostiene la concezione normativa e, come visto, la sistemazione della colpa (welzelianamente) all'interno del fatto-tipico, mostrando la coerenza di questa soluzione con il dettato dell'art. 43 c.p., ma assumendo una prospettiva dogmatica basata a sua volta su considerazioni di diritto positivo tedesco. Come già osservato, a dato positivo invariato, lo stesso Marinucci (ID., *La responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss.) si riferisce espressamente al ruolo deter-

Da lì, la discussione intorno alla colpa, intesa essenzialmente come inosservanza del dovere di diligenza, si è fatta sempre più complessa a partire da questioni poste sul piano della prassi giudiziale (Capitoli 4 e 6, § 3).

Tuttavia, vi è almeno un aspetto che potrebbe essere oggetto di riforma senza cadere nella trappola definitoria: la rilevanza aggravante del coefficiente psicologico effettivo (di un elemento intellettuale o rappresentativo) incompatibile col dolo<sup>31</sup>.

Al riguardo, si è detto che alcune manifestazioni di *colpa incosciente* possono esprimere un disvalore comparabile, se non addirittura superiore, a talune forme di *colpa cosciente* o *con previsione dell'evento* (ipotesi, queste ultime, di fatto coincidenti quando si tratta di colpa per inosservanza di aspettative costruite in base a parametri generalizzanti: la previsione/prevedibilità dell'evento è ciò che fa sorgere il dovere di attivarsi a scopo preventivo).

Questa assunzione supera la gerarchia tra gradi di colpevolezza di tradizione classica otto e inizio-novecentesca, che vede nel gradino più basso (e già di discussa inclusione nel diritto penale, come visto) la colpa solo normativa, qualunque ne sia l'entità; e su di un livello intermedio, ai confini con il dolo, la colpa dotata di un elemento cognitivo (la colpa come rappresentazione). Per contro, da una parte, appare lecito dedurre la gravità della mancata conformazione a un'aspettativa di diligenza dalla indubbia conoscibilità di un dato nomologico e dalla chiara riconoscibilità di un segnale di pericolo; dall'altra, l'effettiva previsione/rappresentazione del risultato lesivo giustifica la rilevanza penale del fatto, quand'anche «lieve» sul piano strettamente normativo-cautelare<sup>32</sup>.

---

minante del finalismo nello svuotamento della colpevolezza colposa del contenuto che le spetterebbe, manifestando così la necessità di restituire la colpa all'elemento soggettivo del reato e tornando ad assumere un'impostazione sistematica omogenea a quella sostenuta dal maestro *Delitala* (Capitolo 2, § 2.3; Capitolo 7, § 2.3).

<sup>31</sup> Sul confine colpa/dolo, v. la dottrina citata *supra*, nt. 3, e Capitolo 7, nt. 7 e 23.

<sup>32</sup> Nella stessa linea, la soluzione proposta dalla *Commissione Pisapia* all'art. 16 della bozza del Progetto di riforma del codice penale (articolato), laddove si prevede che «la colpa sia grave quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, è particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili». La previsione della figura della colpa grave – leggiamo nella *Relazione* –

Pertanto, oltre a escludere la depenalizzazione della colpa incosciente *tout court*, definendone però i limiti in base ad un criterio normativo di gravità, quanto detto induce a rinunciare a soluzioni che comportino aggravamenti della pena analoghi a quello previsto dall'art. 61, n. 3, c.p., per «avere, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento».

Si mantiene, quindi, la punibilità della colpa cosciente e della colpa incosciente «comparativamente» grave (nel senso qui indicato)<sup>33</sup>.

Infine, mi sembra legittimo considerare l'eliminazione dell'art. 41 cpv., c.p., motivo di confusioni concettuali diacroniche che forzano la giurisprudenza ad escludere la rilevanza interruttiva della condotta colposa della vittima in relazione al cd. (impropriamente) «nesso causale», legittimando però indirettamente modelli presuntivi di colpa (*culpa in re ipsa*). Questa impostazione, retaggio del passato<sup>34</sup>, è ormai priva di significato, in quanto non compatibile (*i*) con l'assunzione di una no-

si accompagnerebbe al «conseguente abbandono della c.d. colpa cosciente come ipotesi aggravata di colpa. In proposito si è constatato come la colpa cosciente (o con previsione) non rappresenta necessariamente una forma più grave di colpa, potendo la colpa incosciente risultare, a seconda delle circostanze, comparativamente più grave della colpa cosciente (è ben plausibile infatti considerare più grave il fatto di chi, per sconsideratezza, negligenza o indifferenza, ignora le più elementari cautele in una situazione di evidente pericolosità, rispetto a quello di chi si rappresenta una remota possibilità di verifica di un evento lesivo). Si è dunque incentrato il nucleo della maggior gravità della colpa nella “particolare rilevanza” dell'inosservanza delle regole cautelari o della pericolosità della condotta (sul presupposto di una sua misurabilità): dati che, nella loro evidenza, si sono riflessi nella sfera dell'agente e che, comunque, costui avrebbe dovuto agevolmente percepire, sicché è elevato anche il grado di colpevolezza».

<sup>33</sup> Analoga la proposta di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 555-6, 560, il quale propone la «depenalizzazione della colpa incosciente in generale, salvo incriminare comunque (anche in caso di colpa incosciente) le condotte gravemente colpose, o dovute a colpa grossolana», tratteggiando il concetto di «colpa grave» nei termini indicati nel Capitolo 7, § 2.2.

<sup>34</sup> Cioè di un contesto in cui, proprio in virtù dei modelli presuntivi riconducibili al paradigma della «*culpa in re ipsa*», vige una «cultura della responsabilità oggettiva»: cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 83, oltre a quanto già osservato in sede ricostruttiva (spec. Capitolo 2, § 1.3) e di analisi comparativa (Capitolo 6, spec. § 3.3).



zione condizionalistica (non normativa) del nesso di causalità (che, in quanto tale, è solo commissivo<sup>35</sup>) e (ii) con la riconosciuta rilevanza del contributo del terzo (eventualmente, della vittima) già sul piano della colpa, in sede di concretizzazione *ex ante* del dovere di diligenza «relazionale».

Legata invece all'esigenza espressa con terminologia causale dall'art. 41 cpv., ma anche dall'art. 43 (evento imputabile per colpa solo se si verifica «a causa», cioè *in ragione*, dell'inosservanza), è l'ulteriore valutazione da compiersi sul piano della interruzione del nesso di imputazione normativa, non causale, dell'evento<sup>36</sup>. Su questo piano (il terzo della struttura tripartita indicata nel Capitolo 2, § 3), possono rilevare aspetti quali la «accettazione del rischio da parte della vittima» (ma senza dimenticarne la previa rilevanza *ex ante*); oppure, in altri casi, la qualificazione commissiva od omissiva del contributo concorrente (Capitolo 7, § 5.4).

### 3. La funzione della colpa, oggi

#### 3.1. Standardizzazione e automazione dei processi decisionali

La *ratio* sottesa alla costruzione proposta in questo studio è duplice e compromissoria: (i) tutelare il *legittimo affidamento* dell'agente, sia nella vigenza delle indicazioni «tipiche» che gli competono direttamente, sia in quelle riferibili ai consociati con i quali interagisce (*funzione liberale*); (ii) ma senza giustificare in modo aprioristico l'inosservanza

---

<sup>35</sup> Infatti, la c.d. «causalità omissiva» importa in giudizio di imputazione – dell'evento alla condotta inosservante – attinente al «nesso di rischio» e ai relativi criteri ascrittivi. Oltre a quanto cennato nel Capitolo 2, § 2.5, e nel Capitolo 7, § 5.4, mi permetto di rinviare nuovamente, sul punto, alle più ampie considerazioni svolte e ai riferimenti indicati in A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., spec. p. 24 ss., 37 ss.

<sup>36</sup> Non essendo quindi necessario ricorrere a letture aggiornate dell'art. 41 cpv. (cfr. di nuovo M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 88), poiché l'art. 43 può essere interpretato nel senso di richiedere qualunque requisito di imputazione riconducibile al «nesso di rischio» (abbandonando opportunamente l'espressione desueta e foriera di equivoci «causalità della colpa»).

di doveri «atipici», benché l'agente possa fare riferimento a indicazioni «tipiche», qualora queste risultino affette da inadeguatezza sopravvenuta; o qualora non siano disponibili (*funzione deontica*).

Ma se la colpa penale non è più *retributiva* (Capitolo 7, § 6), come si giustifica la sanzione penale che ne deriva? A che funzione sociale risponde l'attribuzione di colpevolezza per il fatto *non voluto* ma *inoservante standard minimi di diligenza*? Come superare qualunque forma di agnosticismo penale<sup>37</sup>, dando ragione finalistica – utilitarista – alla imputazione di responsabilità per colpa?

La colpevolezza (Capitolo 7, § 6) non abbisogna dell'ancoraggio alla responsabilità morale, come invece ritenuto necessario dall'incompatibilismo<sup>38</sup>. Una concezione «deterministica» dell'essere umano «è tutt'altro che inconciliabile con l'idea di colpa (in senso lato) e responsabilità». Del resto, «se le decisioni non fossero determinate da cause che operano secondo leggi psicologiche, non avrebbe neppure senso pretendere di influenzare la condotta mediante le minacce penali»<sup>39</sup>; così come non avrebbe senso escludere la sanzione quando quell'induzione non sia più esercitabile in considerazione del fatto che, per qualche ragione permanente o transitoria, l'agente non è (più) *imputabile*, nel senso di *normalmente condizionato* e *condizionabile* nell'agire (Capitolo 7, § 6).

L'imputazione può invece giustificarsi solo in virtù del significato funzionale – esso stesso *condizionante* l'agire dei consociati – attribuibile al principio di responsabilità individuale e alla sua riaffermazione giudiziale. Pertanto, solo l'espreso accoglimento di un'opzione politico-criminale come ragione giustificativa<sup>40</sup> consente di perseguire se-

---

<sup>37</sup> Come la «teoria negativa» di E.R. ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 41 ss. (compito della scienza penale sarebbe contenere il potere punitivo, inteso come fatto politico, non legittimarlo).

<sup>38</sup> A. ROSS, *op. cit.*, p. 278 ss.

<sup>39</sup> G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p. 869. Lo aveva chiarito benissimo già A. SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 118-20, rilevando al contempo il ruolo centrale e decisivo dell'educazione per una società, precisamente per il suo potere condizionante le azioni future dei consociati.

<sup>40</sup> Cioè di una «dottrina giustificazionistica» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, p. 239 ss.). Sulla funzione del diritto penale nei moderni ordinamenti giuridici, F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel*

riamente (e onestamente) l'obiettivo di indicare i margini normativi di questa classe di responsabilità<sup>41</sup>. Ciò equivale, per essere espliciti, a concepire il diritto come strumento e a far coincidere il discorso sul fondamento dello *ius puniendi* (e della sua estensione per mezzo della costruzione dogmatica delle categorie) con quello sulla funzione della pena<sup>42</sup>.

---

*diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 123, p. 125, in opposizione alle opinioni orientate a riconoscere alla pena un senso meramente retributivo, sottolinea come il compito di un «diritto penale secolarizzato» non stia nel «retribuire singole colpevolezze, bensì nel prevenire la lesione di beni giuridici»: l'assunto sarebbe (oltretutto) dimostrato in maniera decisiva dal fatto che, nella «maggioranza degli ordinamenti vigenti» la pena sarebbe derogabile «proprio per il fatto di perseguire l'utile sociale e non un astratto senso di giustizia»; cfr., su altro versante, E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, cit., 237, p. 274, spec. 296-7.

<sup>41</sup> Ha quindi certamente ragione G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., p. 866, quando, pur polemicamente, afferma che la funzione antagonistica o limitativa del requisito dato dal «potere di agire diversamente» «diminuisce (...) nella misura in cui i parametri utilizzati per ricostruirlo facciano concessioni sempre più ampie alle esigenze general-preventive».

<sup>42</sup> *Contra*, J.L. GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Napoli, 2015, p. 79 ss., 183 ss. Quel «vincolo incosciente fra reato e pena» in cui, secondo l'autore, affonderebbe il «senso retributivo della pena moderna» (che egli sembra ritrovare nella sua variante riparatoria) sarebbe in realtà facilmente eliminabile se si abbandonasse quel «pregiudizio» ereditato dalla tradizione cristiana secondo cui «colpa e responsabilità presuppongono una "volontà libera"»: A. ROSS, *op. cit.*, p. 284-5. Per questo, come scriveva A. SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 84, rendersi conto del fatto che «tutto ciò che accade, accade per necessità», e che la volontà non è altro che la percezione soggettiva dell'oggettiva necessità, è «the most abundant source of comfort and peace of mind». Tra l'altro, questa consapevolezza consente di abbandonare impulsi vendicativi e di ragionare piuttosto sulle ragioni (le cause) del comportamento (*in primis*, ma non solo, l'educazione). Ma non esclude che possa assegnarsi alla pena anche una funzione riparatoria, qualora provvista a sua volta di efficacia comunicativa (*infra*, nel testo), e non di un senso vetero-retributivo.

Per quanto riguarda poi l'argomento kantiano secondo cui «l'uomo non può mai essere utilizzato come un mezzo per il raggiungimento di propositi altrui...», obiezione che «nessuna teoria preventiva ha potuto e potrà superare» (J.L. GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, p. 197-8), viene da chiedersi: quando mai e in quale società il singolo non è stato trattato (anche) come mezzo per il raggiungimento di utilità generali?

Ciò nonostante, si tratta anche di evitare che la delegittimazione definitiva dell'idea classica di «rimproverabilità retributiva» favorisca fatalmente un ritorno a concezioni ultra-utilitariste (neo-lisztiane) dell'intervento punitivo, inteso allora come strumento di correzione e neutralizzazione del condannato basato sul pronostico di pericolosità o sul «rischio delittivo»<sup>43</sup>.

Accantonate quindi la retribuzione e la general-prevenzione negativa (in questa materia, come abbiamo visto, l'intimidazione genera incentivi perversi proprio in ottica preventiva, giustificando tutt'al più un arretramento dell'intervento punitivo), l'ipotesi è che stabilire i contorni della responsabilità colposa nei termini proposti possa assolvere una *funzione comunicativa* – slegata quindi dalla necessità di una pena afflittiva –<sup>44</sup>, idonea a garantire margini ragionevoli alla medesima «libertà di azione» presidiata dal principio di affidamento (Capitolo 6, § 2).

La «validità» del modello proposto si può apprezzare infatti, oltre che sul piano normologico, anche in ragione della sua capacità di coniugare autonomia e responsabilità individuale nel più ampio contesto contemporaneo dato dalla progressiva standardizzazione e automazione dei processi decisionali.

---

<sup>43</sup> Avverte chiaramente la fragilità del sistema liberale e, in particolare, dell'idea di pena basata sulla *colpevolezza previa* dell'autore del fatto illecito, già rilevabile in alcuni sistemi sanzionatori nazionali, C.M. ROMEO CASABONA, *¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal?*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, cit., p. 23 ss.

<sup>44</sup> Cfr., in argomento, L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, p. 114 ss., 128 ss.; e in particolare S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, p. 237 ss., spec. 240-1, sulla legittimità di una general-prevenzione positiva capace di «trovare gli anticorpi per costringersi entro un *sicuro alveo costituzionale* (formato dalle idee-guida di sussidiarietà, meritevolezza di pena, offensività ed effettività, oltre che (...) legalità e (...) colpevolezza». Concretamente, scrive Bonini, «la previsione e l'applicazione di sanzioni penali potrebbe fungere da *enforcement* sul versante “valoriale” rispetto alla (...) prevenzione generale/deterrenza; e questo nella triplice chiave della *rassicurazione* circa la vigenza della norma, della manifestazione della *rilevanza* che l'ordinamento assegna a un particolare *bene giuridico*, e persino di un vero e proprio *orientamento culturale* e ideologico (con il *caveat*, a quest'ultimo riguardo, intorno al *necessario coinvolgimento* di una variegata schiera di *corpi sociali intermedi* come *prima ratio educativa*, o promozionale)» (corsivo dell'autore).

Nel corso dell'indagine, ho dato conto di questo fenomeno considerando la dottrina prasseologica e quella della «migliore scienza ed esperienza» (Capitolo 3, § 2.2 e 2.3), in quanto entrambe tendenti a delegare integralmente la definizione del contenuto della norma al sapere esterno delle scienze e conoscenze extra-giuridiche; istanza fatta propria dal legislatore attraverso la previsione di criteri legali per determinare quali fonti tecniche (linee-guida) possano etero-integrare il dovere di diligenza del professionista sanitario, nella più recente riforma *Gelli-Bianco* (Capitolo 4, § 1.3.3).

Ma la medesima tendenza a «esternalizzare» il processo decisionale, deresponsabilizzando chi esegue la condotta<sup>45</sup>, si impone anche nello scenario attuale dato dalla adozione di sistemi di intelligenza artificiale (IA) nei medesimi settori di responsabilità considerati (circolazione stradale, attività produttive, medicina diagnostico-terapeutica e sperimentazione clinica).

Si pone quindi, nella discussione attuale, una questione fondamentale: se la IA affianca e non sostituisce l'uomo (ad esempio, nello svolgimento della funzione diagnostica del medico), fino a che punto e a quali condizioni questi dovrebbe rispondere per aver assunto e adottato una decisione ipoteticamente erronea indicata da un sistema?<sup>46</sup>

Si pensi al caso di un sistema diagnostico hackerato: i tumori che dovrebbero apparire scompaiono dall'immagine che il medico riceve dal sistema. Il medico assume l'indicazione e giunge ad una diagnosi errata, da cui deriva la morte del paziente.

Ammesso (ma non concesso) che il principio di responsabilità – legato ad una reazione sanzionatoria – possa riferirsi solo all'essere umano<sup>47</sup>, si può considerare come questa questione configuri una relazione

---

<sup>45</sup> Su questo problema generale, benché con esplicito riferimento ad altri contesti e scenari, L. MAGNANI, *Morality in a Technological World. Knowledge as Duty*, Cambridge, 2007, p. 128 ss.

<sup>46</sup> A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica*, cit., p. 227 ss.

<sup>47</sup> L'adozione di una prospettiva «compatibilista» e «conseguenzialista» in materia di responsabilità morale (oltre ai riferimenti indicati nel Capitolo 7, § 6, v. M. MCKENNA, D.J. COATES, *Compatibilism*, in E.N. ZALTA (ed.), *Stan. Enc. Phil.*, cit.) potrebbe infatti giustificare la conclusione contraria: cfr. L. FLORIDI, J.W. SANDERS, *On the Morality of Artificial Agents*, in *Minds & Mach.*, 14, 2004, 349; C. MULLIGAN, *Revenge against Robots*, in *S.C.L. Rev.*, 69, 2018, 579, spec. p. 589 ss., 593 ss. Ciò nonostante,

analoga a quella per così dire «dialettica» fra il medico e il protocollo. Anche qui, infatti, si tratta di misurare i limiti della responsabilità imputabile all'agente, quando la sua autonomia viene ridotta o comunque condizionata dalla indicazione proveniente da un altro «centro decisionale».

Dunque: fino a che punto sarà legittimo fidarsi dell'indicazione esterna (quanto alla sua affidabilità e adeguatezza intrinseca)? E quando sarà esigibile il dovere di procedere oltre (di agire diversamente) in virtù dei principi di autonomia e responsabilità?

Di nuovo, come visto in materia di affidamento (Capitolo 6), ci chiediamo quando la «regola» (la legittima aspettativa di adeguatezza) debba cedere di fronte alla «eccezione» data dalla particolarità del caso; ciò che, in una prospettiva deontico-moderata come quella assunta in questo studio, può legittimare l'insorgere di doveri relazionali aventi ad oggetto la condotta del «terzo» (del sistema di IA, in questo caso: cioè di un «agente» relativamente affidabile, ancorché – *solo* in ipotesi – non imputabile<sup>48</sup>).

A proposito della standardizzazione delle regole cautelari, la soluzione proposta è la seguente: occorre tutelare il legittimo affidamento dell'agente nell'indicazione protocollare «tipica» (qualora disponibile, definita e adeguata al caso clinico), salvo che l'esigenza di discostarsi dalla stessa risulti particolarmente qualificata (e quindi sia «grave» la sua inosservanza: Capitolo 7).

---

secondo il parere espresso dal EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (U.E.), *Artificial Intelligence, Robotics and «Autonomous» Systems*, Brussels-Luxembourg, 2018, p. 9-10: «no smart artefact or system – however advanced and sophisticated – can in and by itself be called “autonomous” in the original ethical sense (...). The ability and willingness to take and attribute moral responsibility is an integral part of the conception of the person on which all our moral, social and legal institutions are based. Moral responsibility is here construed in the broad sense in which it may refer to several aspects of human agency, e.g. causality, accountability (obligation to provide an account), liability (obligation to compensate damages), reactive attitudes such as praise and blame (appropriateness of a range of moral emotions), and duties associated with social roles. Moral responsibility, in whatever sense, cannot be allocated or shifted to “autonomous” technology».

<sup>48</sup> Cfr. *supra*, nt. precedente.

L'ipotesi ulteriore, quindi, è che lo stesso criterio di giudizio e di concretizzazione del dovere di diligenza potrà adattarsi a disciplinare il rapporto fra l'uomo e la IA: (i) legittimando l'aspettativa del primo nei confronti del corretto responso della seconda, fino a quando sia possibile sostenere la riconoscibilità della necessità di disattendere l'indicazione; (ii) rispondendo, qualora l'agente non si renda conto dell'errore, soltanto in ipotesi di colpa grave, cioè di chiara ed inequivoca riconoscibilità/prevedibilità dell'errore o dell'inadeguatezza dell'indicazione<sup>49</sup>.

Si tratta di criteri di giudizio che, al contempo, riflettono l'esigenza, *simbolicamente* ma *sussidiariamente* assunta dal diritto penale, di assicurarci che il professionista non diventi una sorta di esecutore materiale di sistemi e protocolli; garantendogli quindi quella autonomia decisionale il cui corrispettivo indispensabile nella vita di relazione è dato dal principio di responsabilità, che urge pertanto riaffermare<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Questa soluzione implica però poter affermare l'affidabilità dell'IA come *regola* (appunto, come aspettativa legittima, oltre che vantaggiosa ai fini del corretto esercizio dell'attività); conclusione, allo stato tecnologico attuale, per certi versi prematura. Ancor più prudenti, infatti, sul punto, C.M. ROMEO CASABONA, G. LAZCOZ MORATINOS, *Inteligencia Artificial aplicada a la salud: ¿Qué marco jurídico?*, in J. SÁNCHEZ CARO, F. ABELLÁN (a cura di), *E-Salud y cambio del modelo sanitario*, Madrid, 2020, 60, p. 83 ss., 87, i quali sottolineano che, «affinché il soggetto umano possa valutare l'indizio di errore, deve procedere controllando, esaminando e valutando la conclusione o proposta decisionale del sistema, altrimenti tali indizi non potrebbero essere colti né motivare l'agente a prendere decisioni indipendenti» (trad. propria). Si esprime così, almeno per ora, un'esigenza di «maggior prudenza» analoga a quella sottostante la previsione di misure di *Doppelsicherung* (Capitolo 6, § 3.2.4, spec. nt. 123-4).

<sup>50</sup> Anche per garantire, nel settore medico, i diritti fondamentali dei pazienti. Tale riaffermazione appare infatti coerente con la necessità di garantire l'esercizio del «right to explanation» che appare riconosciuto dal General Data Protection Regulation (GDPR) della Unione europea (2016) nell'art. 22(1): «L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». L'interpretazione autentica fornita dal Article 29 Working Party (WP29), in *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 22 agosto de 2018, p. 9, chiarisce la necessità che qualsiasi decisione sulla diagnosi o sul trattamento di un paziente grazie all'intervento di un sistema di intelligenza artificiale debba contare su una qualche forma di intervento umano. Inoltre, la revisione dovrebbe essere eseguita da

### 3.2. Autonomia, prudenza, responsabilità. Aspirando all'equilibrio<sup>51</sup>

Benché ispirate da legittime esigenze di prevedibilità della norma, la standardizzazione e l'automazione dei processi decisionali tendono a restringere i margini di autonomia individuale, riducendo pertanto anche gli spazi di pluralismo. E la relazione tra *autonomia* e *responsabilità* può risolversi in un'antinomia.

Ciò appare evidente se si pensa, di nuovo, al settore della responsabilità medica. L'intimidazione (della pena) condiziona la libertà di azione del professionista, che si sente minacciato e pensa a proteggere sé stesso, più che al bene del paziente. Così, l'esigenza sempre più pressante (e fatta propria dalla classe medica) di predefinire l'aspettativa di diligenza idonea a giustificare l'imputazione di responsabilità porta (nella più recente riforma in materia, ma in dottrina già da prima) ad affidare il potere definitorio della regola giuridica alle «presunte certezze della scienza», inficiando proprio l'autonomia che il singolo professionista legittimamente rivendica per sé<sup>52</sup>. Una eterogenesi dei fini.

Per questo, la sfida consiste nel saper cogliere gli oggettivi vantaggi in termini di sicurezza e legalità che derivano dalla standardizzazione<sup>53</sup>

qualcuno dotato di capacità idonee ad analizzare non solo i dati utilizzati per ottenere indicazioni dal sistema, ma anche qualsiasi altro dato che possa fornire ulteriori informazioni. Tale riconoscimento impedisce quindi l'adozione di decisioni automatizzate che non possano essere spiegate o disattese in modo adeguatamente giustificabile (come avviene qualora si ricorra a *machine learning* che siano *black boxes*). Infatti, «affinché un professionista possa convalidare un determinato risultato o assumere una decisione applicabile ai suoi pazienti, egli deve conoscere gli elementi essenziali su cui si è basata la conclusione del sistema di IA»: C.M. ROMEO CASABONA, G. LAZCOZ MORA-TINOS, *op. cit.*, p. 80.

<sup>51</sup> Le riflessioni di questo paragrafo, riponderate, si basano sugli spunti conclusivi presentati in A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica*, cit., p. 233-5.

<sup>52</sup> Cfr. considerazioni e riferimenti nel Capitolo 5, § 2.1.

<sup>53</sup> Cfr. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 177; M. FRAKES, *The Impact of Medical Liability Standards on Regional Variations in Physician Behavior: Evidence from the Adoption of National-Standard Rules*, in *AER*, 103, 1, 2013, p. 257 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *et alii*, *Medico-legal notes for a new set of standards in the assessment of penal liability in psychiatry*, cit., p. 16 ss.; W. ROGERS, K. HUTCHISON, *Evidence-based*



e dall'automazione<sup>54</sup> dei processi decisionali e di gestione del rischio; riconoscendo, però, che in certi contesti e situazioni particolari, ciascuno deve essere in grado – e, ancor prima, messo in condizione – di poter valutare in autonomia le circostanze concrete in cui è chiamato ad agire.

L'ordinamento, nel definire i margini applicativi del principio di responsabilità, deve incentivare (o perlomeno non disincentivare) nel destinatario della norma un atteggiamento di *prudenza*. Ma non dovrà trattarsi della «massima prudenza possibile» (assolutamente indeterminata) e nemmeno della misura rispondente alla rappresentazione della «peggiore delle ipotesi possibili» (come si legge in talune sentenze).

La cautela esigibile al singolo potrebbe essere intesa come qualcosa di più simile alla «saggezza pratica» (*phronesis*)<sup>55</sup>; ossia come quella capacità che,

pur essendo ancorata nell'universale, ovvero in un patrimonio di fini che preesistono all'azione, e la orientano, è tuttavia creativa ed inventiva, capace, cioè, di innovare ed ampliare quel patrimonio stesso, arricchendolo e precisandolo.

La *phronesis* fungerebbe, perciò, da

mediatrice tra la *traditio*, il bagaglio già costituito dell'esperienza individuale e comunitaria, e l'*inventio*, l'irripetibile attività creativa del singolo (...). Vi è dunque un *traditum*, un già dato, dal quale l'agente parte, ovvero una concezione generica del fine, a cui egli è anche affettivamente orientato, e che va precisando attraverso l'esperienza di atti virtuosi accompagnati da riflessione; la vista della *phronesis* arricchisce

---

*medicine in theory and practice: Epistemological and normative issues*, in T. SCHRAMME, S. EDWARDS (a cura di), *Handbook of the Philosophy of Medicine*, Dordrecht, 2015, 1, p. 8.

<sup>54</sup> M. TADDEO, L. FLORIDI, *How AI can be a force for good. An ethical framework will help to harness the potential of AI while keeping humans in control*, in *Science*, 361, 6404, 2018, p. 751.

<sup>55</sup> E. BERTI, *Filosofia pratica e Phronesis*, in *Tópicos*, 43, 2012, p. 9 ss.; A.J. CELANO, *Aristotle's ethics and medieval philosophy: Moral goodness and practical Wisdom*, Cambridge, 2016, p. 30-9; E.A. KINSELLA, A. PITMAN, *Phronesis as professional knowledge: Practical wisdom in the professions*, Rotterdam, 2012, p. 2-10.

e delinea la sua concezione del bene, e va a completare un quadro sempre più chiaro e definito, configurandosi come capacità inventiva<sup>56</sup>.

Tale concezione sintetica di saggezza e virtù – «la capacità di deliberare bene, ovvero di trovare i mezzi più efficaci, di individuare le azioni più idonee, a realizzare un fine che è il bene per se stessi, per la propria famiglia e per la propria città»<sup>57</sup> –, se condotta dalla sfera dell'etica e della politica (la *phronesis* è la virtù che ci si aspetta dai governanti) a quella del diritto e della *responsabilità individuale* – nella quale, dunque, incide innegabilmente il principio di *sussidiarietà penale* –, può essere chiamata, *mutatis mutandis*, a informare anche il nostro concetto di «prudenza».

Alla luce di quanto detto sin qui, essa può intendersi come *capacità di attenersi alle prassi, quando necessario, ma anche di svincolarsi dagli schemi e dalle aspettative generali, agendo adeguatamente sulla base del principio di non maleficenza, quando tale adeguatezza, per quanto atipica, e quindi nuova e particolare* – qui rileva il nostro principio di *sussidiarietà* –, *sia esigibile a chiunque*.

Il minimo di prudenza necessaria, come abbiamo visto, non sempre si trova racchiuso negli usi. Può pertanto essere *imprudente* fare ciecamente affidamento solo sulle cautele adottate con successo nel passato<sup>58</sup>; *gravemente imprudente*, e penalmente rilevante (tipicamente colposo, qualora si accerti l'integrazione degli ulteriori requisiti della fattispecie), quando il riconoscimento dell'inadeguatezza della vecchia strategia risulti ragionevolmente esigibile a chiunque, entro margini accettabili di «normalità» (imputabilità colposa).

---

<sup>56</sup> M.S. VACCAREZZA, *La phronesis-prudentia fra traditio ed inventio*, in *Philos. News*, 2012/5, p. 242 ss. Sottolinea il fatto che «la *phronesis*, essendo in grado d'identificare gli uomini saggi dotati pure di competenze specifiche, permette di meglio districarsi nell'intricato campo delle specializzazioni e di fondare la fiducia negli esperti su basi salde», A. CAMPODONICO, *Il ruolo sintetico della saggezza pratica*, in *Acta Phil.*, 27, 2, 2018, p. 263 ss., 264, al quale si rinvia anche per altri riferimenti a proposito delle oscillazioni che contraddistinguono il rapporto fra scienza e *prudenza* nel pensiero filosofico e sul nesso con la *abduzione* di C. S. Peirce.

<sup>57</sup> E. BERTI, *op. cit.*, p. 14 (sull'interpretazione della nozione in Aristotele, *Etica Nicomachea*, VI 5, 1140 a 24-b 11).

<sup>58</sup> Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Bari-Roma, 2008, VII.

La necessità di predeterminare e standardizzare i comportamenti – a fini preventivi e di prevedibilità *ex ante* del confine fra agire lecito e non, ma talvolta anche come strumento di controllo e di limitazione indebita della libertà di azione<sup>59</sup> –, incontra quindi un ostacolo insuperabile non solo nei limiti intrinseci di qualunque generalizzazione normativa in quanto tale<sup>60</sup>, ma anche nella difesa del pluralismo (ad esempio, il pluralismo terapeutico)<sup>61</sup>, dell'autonomia decisionale<sup>62</sup> e dell'etica della responsabilità.

La legittima riaffermazione di tali valori mediante il potere simbolico-comunicativo della sanzione penale<sup>63</sup> resta un'ipotesi di studio; ipotesi di studio che dovrebbe includere la definizione concreta del tipo di sanzione (abbandonando il modello afflittivo di matrice general-preventiva). Ma un punto può essere ribadito: non è vero che la pena come «correttivo pedagogico» è legata necessariamente ad una nozione vaga di «responsabilità», a sua volta legata ad un'idea altrettanto vaga di «libertà»<sup>64</sup>. Anzi, fuori dall'incompatibilismo, anche nel diritto penale la responsabilità può basarsi, al contrario, proprio sull'assunzione della «causale determinatezza della volontà» (Capitolo 7, § 6).

Il messaggio è allora il seguente: solo un affidamento *relativo, attento, vigile, sensibile* (prudente) sull'adeguatezza dell'indicazione predeterminata, del protocollo, della linea-guida, o perfino del suggerimen-

---

<sup>59</sup> Si pensi ai rischi, in termini di «libertà terapeutica», già evidenziati a fronte della tendenza segnata, in particolare, dalla riforma *Gelli-Bianco*. In generale, si veda J.H. GROSSMAN, *Standardization (Standardisation)*, in *Critic. Inq.*, 44, 2018, p. 447 ss.

<sup>60</sup> «(...) recognizing the necessity of occasionally revising our rules is a useful reminder of the fact that rules necessarily prescribe for the future, of the way in which any estimation of future consequences or applications is beset by uncertainty, and of the conclusion that rules thus contain the conditions of their own obsolescence»: F. SCHAUER, *Profiles, probabilities, and stereotypes*, Cambridge, 2006, p. 31.

<sup>61</sup> Sottolinea l'importanza del pluralismo come «pluralità delle opinioni e dei livelli (politico, legislativo, giurisdizionale, etico, deontologico, scientifico)», quale connotato dei processi di *decision-making*, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 185 ss., 187-8.

<sup>62</sup> Cfr. M. TADDEO, L. FLORIDI, *op. cit.*, p. 752, i quali pongono il problema riferendosi al rischio di erosione della «autodeterminazione umana».

<sup>63</sup> Con tutti gli accorgimenti indicati da S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 237 ss.

<sup>64</sup> Come sembra invece sostenere U. CURI, *op. cit.*, p. 1083.

to di un sistema di IA (ad ogni modo, del centro decisionale esterno a chi agisce), concede uno spazio ragionevole alla valutazione e alla correzione dell'essere umano<sup>65</sup>. Altrimenti, garantendo all'agente la protezione incondizionata della prassi rassicurante e dell'ordine precostituito, finiremmo con il legittimare azioni puramente esecutive di modelli comportamentali e decisionali la cui *ratio decidendi* risulterebbe il più delle volte sconosciuta non solo a chi li esegue e a chi li ha concepiti, ma anche, naturalmente, a chi ne patisce le conseguenze<sup>66</sup>. Si aprirebbe quindi uno scenario imponderabile, in cui l'imperativo tecno-scientifico eliminerebbe ogni residuo margine di autonomia, escludendo qualunque spazio di libertà e responsabilità, e conducendo l'uomo alla «anchilosità dei sensi, (al)l'atrofia dell'intelletto, (al)l'incapacità, insomma, di cogliere la realtà»<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Sia concesso il riferimento storico ma un po' prosaico al caso del tenente colonnello dell'Armata rossa, Stanislav Petrov, il quale nel 1983, in piena Guerra Fredda, di fronte al segnale (inequivocabile, da regolamento) di un attacco di missili nucleari americani, evitò lo scoppio di una guerra nucleare catastrofica disobbedendo al protocollo militare (storia raccontata anche nel libro di R. GIACOBBO, *L'uomo che fermò l'apocalisse. La vera storia del soldato che ha impedito la terza guerra mondiale*, Torino, 2017). Analogamente, nel contesto della pandemia innescata dalla propagazione del Covid-19, la prima diagnosi di positività è stata resa possibile da una intuizione in violazione dei protocolli: *La Repubblica*, in <https://bit.ly/3ejKk5r>.

<sup>66</sup> A questo riguardo, si pensi al dibattito sull'adozione di algoritmi per determinare il rischio di recidiva e la pericolosità sociale. In particolare, il caso *Wisconsin v. Loomis* (2013-2016), sul quale K. FREEMAN, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *NC JOLT*, 18, 2016, p. 75 ss.

<sup>67</sup> S. MALETTA, *Il totalitarismo come forma di pensiero*, in *Nuova Europa*, 1999/6, p. 81, a proposito dell'opera *1984* di *George Orwell*. Si tratta, come pure suggerisce l'autore, di quella «atrofia di giudizio» (laddove il «giudizio parte dai particolari, dalle situazioni concrete e cerca di valutarle alla luce di esempi paradigmatici, di modelli che incarnano i valori di riferimento e che sono in genere condivisi all'interno di comunità omogenee»: *op. cit.*, p. 83) che *Hannah Arendt* scoprì durante il processo ad Adolf Eichmann. Cfr. le riflessioni di U. GALIMBERTI, *Man in the age of technology*, in *JAP*, 54, 1, 2009, p. 3 ss., sulla distinzione etica tra «acting», che presuppone un'assunzione di responsabilità per l'azione realizzata, e «mere doing», «che concerne unicamente l'esecuzione di un "lavoro", senza preoccuparsi delle sue conseguenze» (trad. propria); e ancora L. MAGNANI, *op. cit.*, p. 128 ss.

4. (segue e chiude) *Giudizio di colpa e Iuris-prudentia*

Ciò nondimeno, al modello prasseologico-positivistico va attribuito il merito di aver evidenziato e difeso la centralità, nel discorso sulla colpa penale, delle regole cautelari predeterminate («tipiche», secondo l'opzione terminologica adottata in questo studio)<sup>68</sup>. Sullo sfondo, un'idea di legalità informata ad una concezione genuinamente liberale del diritto penale (ne abbiamo visti degli esempi). Tuttavia, le ragioni poc'anzi sintetizzate (ma esaminate più attentamente nel corso dello studio) ci portano a riconoscere la opportunità di accettare moderati margini per l'esercizio della «discrezionalità» decisionale, anche per la definizione giudiziale della tipicità colposa.

Anche l'azione decisoria richiede un esercizio di prudenza pratica (*giurisprudenza*)<sup>69</sup>. Per questo, compito dello studioso che intenda dialogare con il giudice, e che ne abbia il privilegio, dovrebbe essere quello di proporre criteri idonei a *suggerire e orientare* (senza poter *predeterminare astrattamente*) il «procedimento applicativo della legge». L'obiettivo resta quello di evitare che il giudice diventi «libero artefice della politica criminale»<sup>70</sup>, certamente, ma anche che, vedendosi disorientato, sia indotto a rinunciare alla propria responsabilità decisionale, delegandola al perito di turno o al sistema di intelligenza artificiale.

Per questo, oltre che per le ragioni già esposte e relative alla storia recente della categoria sul piano della prassi, in questo studio non ho voluto proporre una *definizione astratta* di colpa penale. Ho cercato invece di delineare *indicazioni criteriologiche* generali (linee-guida, da

---

<sup>68</sup> Anche se, come visto, il concetto di regola cautelare «tipica», giustificato valorizzando il valore normologico del principio di affidamento (Capitolo 6), appare già implicito nell'opera di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 193 ss., dove l'autore si riferisce ai «tipi di diligenza» che riflettono la «esattezza» del medesimo principio, la cui funzione consiste nell'indicazione degli standard comportamentali propri di ciascun «circolo di rapporti» utili a definire la portata della diligenza di ciascuno nella vita di relazione (*op. ult. cit.*, p. 199 ss.). Ciò a conferma della distanza talvolta relativa fra i modelli dottrinali esaminati, concedendo forse uno spazio al tentativo di compromesso «deontico-liberale» compiuto in questo studio.

<sup>69</sup> Condividendo le condizioni di legittimità con la precomprensione, quale premessa alla risoluzione interpretativa.

<sup>70</sup> F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale*, cit., p. 84.

concretizzare), idealmente a beneficio dell'interprete, elaborate in base a un'esigenza etica fondamentale (esplicita): quella di prefigurare un *agente-modello* al quale incomba il dovere di *discernere*, pur potendo contare su regolamenti autorizzativi, guide standardizzate e modelli automatizzati, garantendo così all'*agente-reale* un'autonomia decisionale disciplinata dal principio di responsabilità individuale.

## BIBLIOGRAFIA

- ABRALDES, Sandro F., *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, 2010
- ABRALDES, Sandro F., *Principio de confianza: la discusión actual sobre su naturaleza jurídico-penal y sus posibles aplicaciones*, in C.M. ROMEO CASABONA, F.G. SÁNCHEZ LÁZARO (a cura di), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, 2010, 245
- ACCINNI, Giovanni Paolo, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 49, 2006, 928
- ÁLAMO MORANTE, Juan José, *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, Barcelona, 2012
- ALBERTAZZI, Liliana, *Il problema dell'imputazione nella teoria del diritto*, in *QCSFM*, III, 1989, 5
- ALDROVANDI, Paolo, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999
- ALIMENA, Francesco, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia, 2014, 123
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia, 2014, 51
- ALTOPIEDI, Rosalba, PANELLI, Sara, *Il grande processo*, in *Quaderno di storia contemporanea (Dossier Eternit)*, 51, 2012, 17
- AMARA, Giuseppe, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 2795
- AMATO, Alessandro, CERASE, Andrea, GALADINI, Fabrizio (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, Milano, 2015
- AMATO, Alessandro, GALADINI, Fabrizio, *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla «Commissione Grandi Rischi»*, in *Analysis*, 2013/3-4, 6

- ANGIONI, Francesco, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1279
- ANTOLISEI, Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934
- ANTOLISEI, Francesco, *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 323 (1<sup>a</sup> ed., 1948)
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1975 (7<sup>a</sup> ed.)
- ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981
- ATTILI, Valeria, *L'agente modello «nell'era della complessità»: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240
- BAR, Carl Ludwig (von), *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Aalen, 1971 (1<sup>a</sup> ed., 1871)
- BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963
- BARON, Marcia, *The Standard of the Reasonable Person in the Criminal Law*, in R.A. DUFF, L. FARMER, S.E. MARSHALL, M. RENZO, V. TADROS (a cura di), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford, 2011, 11
- BARTOLI, Roberto, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010
- BARTOLI, Roberto, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107
- BARTOLI, Roberto, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2011
- BARTOLI, Roberto, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, in *Cass. pen.*, 5, 2011, 1712
- BARTOLI, Roberto, *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014
- BARTOLI, Roberto, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/5, 233
- BASILE, Fabio, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005
- BASILE, Fabio, *L'alternativa fra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 699



- BASILE, Fabio, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012
- BASILE, Fabio, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/2, 159
- BASILE, Fabio, LOMETTI, Stefano, *Assassini nati? Libero arbitrio, genetica comportamentale e neuroscienze in una recente sentenza di Cassazione*, in *Dir. pen. uomo*, 2019/6, 123
- BAUMAN, Zygmunt, *Vita liquida*, Bari-Roma, 2008
- BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986
- BECK, Ulrich, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari-Roma, 2011
- BELING, Ernst (von), *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906
- BELL, Alexander, *Amianto e non solo: le motivazioni della sentenza di primo grado del maxi-processo a carico degli ex dirigenti Montedison del Petrochimico di Mantova*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2015
- BELLINA, Matteo, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cass. pen.*, 2008, 1013
- BERGEL, Salvador D., *Aspectos éticos y jurídicos de la edición genética humana*, in *RDGH*, 46, 2017, 15
- BERNARDI, Alessandro, *Il diritto penale alla prova del COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020/4, 441
- BERTI, Enrico, *Filosofia pratica e Phronesis*, in *Tópicos*, 43, 2012, 9
- BERTOLINO, Marta, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006/2, 539
- BISACCI, Maria Chiara, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Indice pen.*, 2009, 195
- BLAIOTTA, Rocco, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010/3, 1265
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDAÑO (a cura di), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2009, 281
- BONINI, Sergio, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016
- BONINI, Sergio, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018

- BOURG, Dominique, SCHLEGEL, Jean-Louis, *Parer aux Risques de Demain. Le Principe de Précaution*, Paris, 2001
- BRICOLA, Franco, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960
- BRICOLA, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965
- BRICOLA, Franco, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 67
- BRINKMANN, Bernhard, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlin, 1996
- BRUSCO, Carlo, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012
- BRUSCO, Carlo, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013/4, 51
- BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974
- BURI, Maximilian (von), *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860
- BURI, Maximilian (von), *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El delito culposo*, Santiago de Chile, 1995
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Significación social y tipicidad*, in *EPC*, 1980-1981/5, 9
- CÁCERES RUIZ, Luis, *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico*, Valencia, 2013
- CADOPPI, Alberto, *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, vol. 7, Torino, 1993, 618
- CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007
- CADOPPI, Alberto, *Omissione, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Milano, 2011, 1311
- CAFAGGI, Fabrizio, *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996
- CALAMANDREI, Piero, *Il giudice e lo storico*, in *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, 393
- CALAMANDREI, Piero, *Processo e democrazia*, in *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, 618
- CALETTI, Gian Marco, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015/1, 170

- CALETTI, Gian Marco, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019/4, 1
- CALETTI, Gian Marco, MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra «nuovi» spazi di graduazione dell'imperizia e «antiche» incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/4, 25
- CAMPAGNA, Ilaria, *Autoria e complicità nel reato collettivo. Studio storico e comparato su un'integrazione tra modelli di concorso*, Trento, 2016
- CAMPAGNA, Ilaria, *Autoria e complicità: un problema di de-finizione*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni del diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Trento, 2016, 179
- CAMPAGNA, Ilaria, *Meccanismi di imputazione nel Machtapparat: l'esempio della Operación Cóndor*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 361
- CAMPODONICO, Angelo, *Il ruolo sintetico della saggezza pratica*, in *Acta Phil.*, 27, 2, 2018, 263
- CANALE, Damiano, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Etica & Pol.*, VIII, 2006, 1
- CANCIO MELIÀ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001 (2ª ed.)
- CANEPA, Andrea, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011
- CANESTRARI, Stefano, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999
- CANESTRARI, Stefano, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Indice pen.*, 2012, 21
- CANZIO, Giovanni, *La causalità tra diritto e processo penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 111
- CAPPELLINI, Alberto, *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, in *Parola alla difesa*, 2017/6, 643
- CAPUTO, Matteo, *«Agente modello» e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012
- CAPUTO, Matteo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017
- CAPUTO, Matteo, *«Promossa con riserva». La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene «rimandata a settembre» per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713

BIBLIOGRAFIA

- CARDENAL MOTRAVETA, Sergi, *El tipo penal en Beling y los Neokantianos*, Barcelona, 2002
- CARMINATI, Arianna, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018
- CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 1, Lucca, 1868 (2<sup>a</sup> ed.)
- CARRARO, Luca, *Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019/3, 241
- CASERTANO, Giovanni, *Fisica e filosofia*, Napoli, 1975
- CASONATO, Carlo, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012
- CASSON, Felice, *La fabbrica dei veleni. Storie e segreti di Porto Marghera*, Milano, 2007
- CASTALDO, Andrea, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881
- CASTALDO, Andrea, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989
- CASTALDO, Andrea, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, LVII-LVIII, 1988-89/1989-90, 5
- CASTAÑEIRA PALOU, M. Teresa, LLOBET ANGLÍ, Mariona, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales*, in *InDret*, 2005, 1
- CASTRONUOVO, Donato, *La tutela della sicurezza del lavoro in Francia, Germania e Spagna*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 115
- CASTRONUOVO, Donato, *La colpa penale*, Milano, 2009
- CASTRONUOVO, Donato, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012
- CASTRONUOVO, Donato, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, 1
- CATALANO, Elena Maria, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014/4, 132
- CAVALLINI, Stefano, PONZONI, Luca, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, in *Indice pen.*, 2013/1, 143
- CELANO, Anthony J., *Aristotle's ethics and medieval philosophy: Moral goodness and practical Wisdom*, Cambridge, 2016

- CENTONZE, Francesco, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289
- CENTONZE, Francesco, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004
- CEREZO MIR, José, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, in *ADPCP*, 1961, 55
- CEREZO MIR, José, *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, in *ADPCP*, 1983, 471
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2004 (6ª ed.)
- CEREZO MIR, José, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*, in *ZIS*, 5, 2009, 200 (anche in *ADPCP*, LXII, 2009, 67)
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, in *CDJ*, 2002/3, 135
- CIVELLO, Gabriele, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Arch. pen. (web)*, 2011, 2, 1
- CIVELLO, Gabriele, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, Torino, 2013
- CIVELLO, Gabriele, *Quaestio disputata. Sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59, 3, 2016, 1318
- COGGIOLA, Nadia, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, 2011
- COGNETTA, Gigliola, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 63
- COLACURCI, Marco, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione «correttiva» della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, XXXIX, 3, 2017, 1155
- CONTI, Carlotta, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in P. TONINI (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008/6 (supplemento), 29
- CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, *Productos defectuosos y Derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*, Santiago de Chile, 2018

BIBLIOGRAFIA

- CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro, *Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones*, in *Pol. Crim.*, 13, 25, 2018, 387
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2009, 359
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Prólogo a la segunda edición*, in EAD., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Montevideo-Buenos Aires, 2013, XIX (2ª ed.)
- CÓRDOBA RODA, Joan, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, in *DS*, 4, 1, 1996, 141
- CORN, Emanuele, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013
- CORNACCHIA, Luigi, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009
- CORNACCHIA, Luigi, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004
- CORTINA, Adela, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, 3
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990
- CUPELLI, Cristiano, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013
- CUPELLI, Cristiano, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 1, 2014, 225
- CUPELLI, Cristiano, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/6, 280
- CUPELLI, Cristiano, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017/4, 202
- CUPELLI, Cristiano, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/11, 250

- CUPELLI, Cristiano, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/3, 246
- CURI, Umberto, *I paradossi della pena (I Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale «Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative» – Prima sessione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 56, 3, 2013, 1073
- D'ALESSANDRO, Francesco, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, 2406
- D'ALESSANDRO, Francesco, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4831
- D'ALESSANDRO, Francesco, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014/3, 927
- DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 275
- DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, *Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de la «responsabilidad penal por el producto»*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 825
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Barcelona, 2013
- DEL RE, Michele Claudio, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *Indice pen.*, 1985, 31
- DELITALA, Giacomo, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 3 (1ª ed., 1930)
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal*, in ID., *Fragments sobre neurociencias y derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, 19
- DEMURO, Gian Paolo, *Il dolo: l'accertamento*, Milano, 2010
- DENNO, Deborah W., *Courts' Increasing Consideration of Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: Results of a Longitudinal Study*, in *Mich. State Law Rev.*, 2011, 967
- DI GIOVINE, Ombretta, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003

- DI GIOVINE, Ombretta, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013/1, 159
- DI GIOVINE, Ombretta, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 1, 2014, 3
- DI GIOVINE, Ombretta, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale*, in *L.P.*, 13 maggio 2019
- DI GIOVINE, Ombretta, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 45, 2002, 2, 634
- DI GIOVINE, Ombretta, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151
- DI LANDRO, Andrea R., *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della «gravità» ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Indice pen.*, 2004, 733
- DI LANDRO, Andrea R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012
- DI LANDRO, Andrea R., *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen. (web)*, 2018/2, 1
- DOLCINI, Emilio, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 755
- DONDI, Angelo, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 261
- DONINI, Massimo, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 e 1114
- DONINI, Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991
- DONINI, Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996
- DONINI, Massimo, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 42, 1999, 32
- DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI, Massimo, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006



- DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011
- DONINI, Massimo, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 56, 1, 2013, 124
- DONINI, Massimo, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014/1, 70
- DONINI, Massimo, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016/3, 13
- DONNA, Edgardo Alberto, *Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa (Prólogo)*, in J. GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Montevideo-Buenos Aires, 2002, 11
- DONNA, Edgardo Alberto, *La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, I, Madrid, 2008, 863
- DUESBERG, Peter, *AIDS. Il virus inventato*, Milano, 1998 (1ª ed., 1996)
- DUFF, Robin Antony, *Intention, Agency and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990
- DUFF, Robin Antony, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford-Portland, 2007
- DUFF, Robin Antony, *Legal and Moral Responsibility*, in *Phil. Comp.*, 2009, 978
- DUNI, Mario, *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui (in margine all'XI Convegno delle Commissioni giuridiche dell'ACI)*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, 317
- DUTTGE, Gunnar, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen, 2001
- ELKANA, Yehuda, *Boltzmann's Scientific Research Program and Its Alternatives*, in ID. (a cura di), *The Interaction Between Science and Philosophy*, New York, 1974, 243
- ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931
- ENGISCH, Karl, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, 1944, 141
- ENGISCH, Karl, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965 (1ª ed., 1950)
- ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen, 1995 (1ª ed., 1930)
- ENOCH, David, MARMOR, Andrei, *The Case against Moral Luck*, in *Law Philos.*, 26, 4, 2007, 405

- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, *Bioteología (Jurídico)*, in C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enc. Biod. Bioét.*, Bilbao-Madrid, 2011. <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/50>
- ESTEVE PARDO, José, *El Desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las Incertidumbres de las Ciencia*, Barcelona, 2009
- EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (U.E.), *Artificial Intelligence, Robotics and «Autonomous» Systems*, Brussels-Luxembourg, 2018
- EUSEBI, Luciano, *Comitati etici per la sperimentazione: profili penali*, in *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, 737
- EUSEBI, Luciano, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 963
- EUSEBI, Luciano, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 33, 5, 2011, 1085
- EWALD, François, *The return of Descartes' Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution*, in T. BAKER, J. SIMON (a cura di), *Embracing risk. The changing culture of insurance and responsibility*, Chicago, 2002, 273 (trad. S. Utz)
- EXNER, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine Strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig-Wien, 1910
- EXNER, Franz, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in A. HEGLER (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, 569
- FALCINELLI, Daniela, *Per una cultura penale dell'errore umano*, in *Arch. pen.* (web), 2019/2, 1
- FALCIONI, Laura, *et alii*, *Report of final results regarding brain and heart tumors in Sprague-Dawley rats exposed from prenatal life until natural death to mobile phone radiofrequency field representative of a 1.8 GHz GSM base station environmental emission*, in *Environ. Res.*, 165, 2018, 496
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)*, in *Cuad. Polít. Crim.*, 62, 1997, 303
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, in *RDPC*, 2000/1 (número extraordinario), 93
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona, 2001

- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, in *InDret*, 2011/2, 1
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible*, in *RJUAM*, 27, 2013, 143
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990
- FERRER SAMA, Antonio, *El error en Derecho penal*, Murcia, 1941
- FIANDACA, Giovanni, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836
- FIANDACA, Giovanni, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *D&Q*, 5, 2005
- FIANDACA, Giovanni, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 945
- FIANDACA, Giovanni, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007 (5<sup>a</sup> ed.)
- FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019 (8<sup>a</sup> ed.)
- FIORE, Carlo, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 380
- FIORITTO, Alfredo, *Science, scientist and judges: Can judges try science?*, in *EJRR*, 5, 2014, 133
- FLETCHER, George P., *The Theory of Criminal Negligence. A Comparative Analysis*, in *Univ. Pa. Law Rev.*, 119, 3, 1971, 401
- FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000 (1<sup>a</sup> ed., 1978)
- FLORIDI, Luciano, SANDERS, J.W., *On the Morality of Artificial Agents*, in *Minds & Mach.*, 14, 2004, 349
- FODERÀ, Giovanni Samuele, *Cenni sulla responsabilità per colpa medica tra passato e presente: dal codice civile, alla legge Balduzzi alla legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen. (web)*, 2018/1, 1
- FORNARI, Luigi, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso casuale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 719
- FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990
- FORNASARI, Gabriele, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 155
- FORNASARI, Gabriele, voce *Colpevolezza (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 966

- FORNASARI, Gabriele, *El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italianas. Aspectos de parte general*, in M. GÓMEZ TOMILLO (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia, 2014, 149
- FORNASARI, Gabriele, *Inesigibilità*, in R. SACCO (dir.), *Dig. disc. pen.*, Milano, 2018, 362 (Aggiornamento X)
- FORNASARI, Gabriele, INSOLERA, Gaetano, *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in A. AMATO, A. CERASE, F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla «Commissione Grandi Rischi»*, Milano, 2015, 7
- FORTI, Gabrio, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559
- FORTI, Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990
- FORTI, Gabrio, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002, 67
- FORTI, Gabrio, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo». Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. 1, Napoli, 2007, 573
- FORTI, Gabrio, CATINO, Maurizio, D'ALESSANDRO, Francesco, MAZZUCATO, Claudia, VARRASO, Gianluca, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010
- FRAKES, Michael, *The Impact of Medical Liability Standards on Regional Variations in Physician Behavior: Evidence from the Adoption of National-Standard Rules*, in *AER*, 103, 1, 2013, 257
- FRANK, Reinhard (von), *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen, 1907 (anche in *JZG*, 2, 2009, Berlin)
- FRANKFURT, Harry G., *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, in *J. Philos.*, 66, 23, 1969, 829
- FREEMAN, Katherine, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *NC JOLT*, 18, 2016, 75
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid-Barcelona, 2004

- FRISCH, Wolfgang, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*, in W. FRISCH, R. ROBLES PLANAS (a cura di), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 1
- FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Santiago de Chile, 2019 (1ª ed., 1964)
- GALIMBERTI, Umberto, *Man in the age of technology*, in *JAP*, 54, 1, 2009, 3
- GALLO, Marcello, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 624
- GALLO, Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001
- GALLUCCIO, Alessandra, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza «Grandi Rischi»*, in *Dir. pen. cont.*, 25 novembre 2013
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Delitos contra la seguridad en el trabajo (Estructura típica, bien jurídico y concurso de delitos)*, in *Cuadernos de derecho judicial – Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, Consejo general del Poder judicial, 2005, XV, 229
- GENTILE, Gianluca, *La Cassazione delimita (ma non troppo) gli obblighi prevenzionistici del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, XXXV, 1, 2016, 170
- GIACOBBO, Roberto, *L'uomo che fermò l'apocalisse. La vera storia del soldato che ha impedito la terza guerra mondiale*, Torino, 2017
- GIL GIL, Alicia, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en lo delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, Hamburg, 1962
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts*, in *ZStW*, 80, 1968, 915
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Que es la imputación objetiva?*, in *EPC*, 1985-6, 167
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990 (1ª ed., 1966)
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 431
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, Buenos Aires, 2017

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, in *ADPCP*, LVIII, 2005, 733
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, in *ADPCP*, LXVIII, 2015, 21
- GIOVAGNOLI, Roberto, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 990
- GIUNTA, Fausto, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993
- GIUNTA, Fausto, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998/6, 667
- GIUNTA, Fausto, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86
- GIUNTA, Fausto, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 63
- GIUNTA, Fausto, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pubbl.*, 2002/2, 623
- GIUNTA, Fausto, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 123
- GIUNTA, Fausto, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227
- GIUNTA, Fausto, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149
- GIUNTA, Fausto, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, 829
- GIZZI, Lucia, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 753
- GOLDSCHMIDT, James, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in *ÖZStR*, 1913, 224
- GOLDSCHMIDT, James, *Normativer Schuldbegriff*, in A. HEGLER (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, 428
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Normativismo y normologismo en Derecho penal y en Derecho internacional privado*, in *ADPCP*, 1951, 509
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, in *ADPCP*, 1984, 103
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2008
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *El principio de precaución en el Derecho penal. Contribución político-criminal a los delitos de riesgo normativo*, in ID. (a

BIBLIOGRAFIA

- cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia, 2014, 81
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *La imprudencia en la actividad judicial*, in *Cuad. Der. Jud.*, 2002/3, 101
- GONZÁLEZ LILLO, Diego, *(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia «inconsciente»*, in *InDret*, 2019/2, 1
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1947 (1ª ed., 1936)
- GRANDE, Elisabetta, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Politica dir.*, XXVII, 3, 1996, 469
- GRASSO, Giovanni, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983
- GRECO, Monica, *What is the DSM? Diagnostic manual, cultural icon, political battleground: an overview with suggestions for a critical research agenda*, in *Psychol. & Sex.*, 7, 1, 2016, 22
- GREENBERG, Morris, *Biological effects of asbestos: New York Academy of Sciences 1964*, in *Am. J. Ind. Med.*, 43, 5, 2003, 543
- GROSSMAN, Jonathan H., *Standardization (Standardisation)*, in *Critic. Inq.*, 44, 2018, 447
- GROTTO, Marco, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011/3, 561
- GROTTO, Marco, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2012
- GROTTO, Marco, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012
- GUERRA, Giorgia, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Pol. san.*, 14, 4, 2013, 221
- GUIDI, Dario, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 209
- GÜLDE, Hermann, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, in *JW*, 1938, 2785
- GÜNTHER, Klaus, *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, in *KJ*, 39, 2, 2006, 116
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Napoli, 2015
- HACKING, Ian, *Introductory Essay*, in T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago-London, 2012, vii

BIBLIOGRAFIA

- HALL, Jerome, *Negligent Behavior should be excluded from Penal Liability*, in *CLR*, 63, 4, 1963, 632
- HANNES, Miriam, *Der Vertrauensgrundsatz bei arbeitsteiligem Verhalten*, Aachen, 2002
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, Oxford, 1994 (1ª ed., 1961)
- HARTMAN, Robert J., *Accepting moral luck*, in I.M. CHURCH, R.J. HARTMAN (a cura di), *The Routledge Handbook of the Philosophy and Psychology of Luck*, New York, 2019
- HARTMAN, Robert J., *Moral luck and the unfairness of morality*, in *Philos. Stud.*, 176, 2019, 3179
- HASKEL, Michael A., *A proposal for addressing the effects of hindsight and positive outcome biases in medical malpractice cases*, in *Tort Trial Insur. Pract. Law J.*, 42, 3, 2007, 895
- HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002
- HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Valencia, 2001
- HEMPEL, Carl G., *The Function of General Law in History*, in *J. Philos.*, 39, 2, 1942, 35
- HEMPEL, Carl G., OPPENHEIM, Paul, *Studies in the Logic of Explanation*, in *Philos. Sci.*, 15, 2, 1948, 135
- HENKEL, Heinrich, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München-Berlin, 1954, XXX
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática*, in I. DE LA MAZA GAZMURI (a cura di), *Responsabilidad médica*, Santiago de Chile, 2010, 167
- HIPPEL, Robert (von), *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlin, 1908
- HOLMES, Oliver Wendell Jr., *The Common Law*, Toronto, 2011 (1ª ed., 1881)
- HONIG, Richard M., *Kausalität und objektive Zurechnung*, in A. HEGLER (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, 174
- HONORÉ, Tony, *Responsibility and Fault*, Oxford, 1999
- IADECOLA, Gianfranco, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. pen.*, 2007, 151



- IADECOLA, Gianfranco, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/6, 53
- JANN, Vasco, *Amianto nello stabilimento Ilva di Taranto: le motivazioni della sentenza di appello del processo a carico di ventisette ex dirigenti della società*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/12, 161
- JASANOFF, Sheila, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, 1995
- JASANOFF, Sheila, *The idiom of co-production*, in EAD. (a cura di), *State of Knowledge. The co-production of science and social order*, London-New York, 2004, 1
- JASANOFF, Sheila, *Beni incalcolabili. Reimmaginare il nostro futuro tecnologico*, in S. JASANOFF, A. BENESSIA, S. FUNTOWICZ (a cura di), *L'innovazione tra utopia e storia*, Torino, 2013, 3
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1997 (1ª ed., 1958)
- JORGE-BARREIRO, Agustín, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, in *EPC*, 14, 1989-90, 137
- JORGE-BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990
- KALICHMAN, Seth C., *Denying AIDS: Conspiracy Theories, Pseudoscience, and Human Tragedy*, New York, 2009
- KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961
- KESSLER, Daniel P., *Evaluating the Medical Malpractice System and Options for Reform*, in *JEP*, 25, 2, 2011, 93
- KINSELLA, Elizabeth Anne, PITMAN, Allan, *Phronesis as professional knowledge: Practical wisdom in the professions*, Rotterdam, 2012
- KIRSCHBAUM, Klaus, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Berlin, 1980
- KRIES, Johannes (von), *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *ZStW*, 9, 1889, 528
- KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago-London, 2012 (1ª ed., 1962)
- LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Aalen, 1970 (1ª ed., 1927)
- LEE, Royce J., *Mistrustful and Misunderstood: a Review of Paranoid Personality Disorder*, in *Curr. Behav. Neurosci. Rep.*, 2017, 4, 151

BIBLIOGRAFIA

- LEONCINI, Isabella, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 107
- LICCI, Giorgio, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 87
- LICCI, Giorgio, *Modelli di diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006
- LICCI, Giorgio, *Immagini di conoscenza giuridica*, Padova, 2011
- LICCI, Giorgio, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011
- LISZT (von), Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1902 (11<sup>a</sup> ed.)
- LOSAPPIO, Giuseppe, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giur. pen. (web)*, 2020/4, 1
- LUZÓN DOMINGO, Manuel, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, I-II, Barcelona, 1960
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1996
- LUZZATO, Giuseppe Ignazio, voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 614
- MAGNANI, Lorenzo, *Morality in a Technological World. Knowledge as Duty*, Cambridge, 2007
- MAIWALD, Manfred, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999
- MAIWALD, Manfred, *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1 (trad. a cura di G. Fornasari, S. Paiusco)
- MALETTA, Sante, *Il totalitarismo come forma di pensiero*, in *Nuova Europa*, 1999/6, 78
- MANNA, Adelmo, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984
- MANNA, Adelmo, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 3, 2014, 1176
- MANNA, Adelmo, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014
- MANNHEIM, Hermann, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, Breslau, 1912
- MANTOVANI, Ferrando, voce *Colpa*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, 299
- MANTOVANI, Ferrando, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 536

- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011
- MANTOVANI, Marco, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1043
- MANTOVANI, Marco, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997
- MANTOVANI, Marco, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal d.lgs. n. 626 del 1994 e principio di affidamento*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 291
- MANTOVANI, Marco, *Colpa e preterintenzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 198
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *La imprudencia como estructura de imputación*, in *Rev. cien. penales*, XLII, 3, 2015, 13
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling*, in *InDret*, 2015/2, 1
- MARANDO, Giuseppe, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, 2006
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009
- MARINUCCI, Giorgio, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965
- MARINUCCI, Giorgio, *Il reato come «azione». Critica di un dogma*, Milano, 1971
- MARINUCCI, Giorgio, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 34, 1991, 3
- MARINUCCI, Giorgio, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29
- MARINUCCI, Giorgio, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 54, 1, 2011, 1
- MARINUCCI, Giorgio, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012 (4ª ed.)
- MARINUCCI, Giorgio, MARRUBINI Gilberto, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, 217

- MARRA, Giuseppe, *La rilevanza della condotta colposa del lavoratore negli infortuni sul lavoro*, in *Penalista* (web), 11 aprile 2016
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, in E. GIMBERNAT ORDEIG, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (a cura di), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, 103
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *Sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo. Comentario de la jurisprudencia del TS al hilo de la Instrucción 1/2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral*, in *RECPC*, 2002, 1
- MASERA, Luca, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007
- MASSARO, Antonella, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009/12, 4699
- MASSARO, Antonella, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017/3, 1
- MASSARO, Antonella, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *L.P.*, 8 maggio 2020, 1
- MASULLO, Maria Novella, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012
- MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida, *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019/4, 65
- MAZZA, Leonardo, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, in *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 817
- MCKENNA, Michael, COATES, D. Justin, *Compatibilism*, in E.N. ZALTA (ed.), *Stan. Enc. Phil.*, 2019. <https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/>
- MELCHIONDA, Alessandro, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in A. CADOPPI (coord.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 391
- MELCHIONDA, Alessandro, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000

BIBLIOGRAFIA

- MELCHIONDA, Alessandro, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un nuovo codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 185
- MELENDO PARDOS, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, 435
- MENGHINI, Antonia, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Trento, 2016
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1935 (trad. a cura di J.A. Rodríguez Muñoz)
- MEZGER, Edmund, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, Valencia, 2000 (trad. a cura di F. Muñoz Conde)
- MICHELETTI, Dario, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 247
- MICHELETTI, Dario, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 207
- MICHELETTI, Dario, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 323
- MICHELETTI, Dario, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *disCrimen*, 8 maggio 2019
- MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988
- MILL, John Stuart, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive*, in *The collected Works of John Stuart Mill*, VII, Toronto, 1843
- MIR PUIG, Santiago, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*, in *RECPC*, 2003, 1
- MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo en Derecho penal*, in *RECPC*, 2005 (anche in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 455)
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2011 (9ª ed.)
- MOCCIA, Sergio, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

- MONTANARI VERGALLO, Gianluca, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008
- MONTANARI VERGALLO, Gianluca, *La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento: analisi de iure condito e proposte di riforma*, Milano, 2016
- MONTANARI VERGALLO, Gianluca, *et alii*, *Medico-legal notes for a new set of standards in the assessment of penal liability in psychiatry*, in *Riv. Psichiatr.*, 52, 1, 2017, 16
- MONTUSCHI, Luigi, *I principi generali del d.lgs. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in ID. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 37
- MONTUSCHI, Luigi, INSOLERA, Gaetano, *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bologna, 2006
- MORSELLI, Elio, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 237
- MUCCIARELLI, Francesco, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *D&Q*, 10, 2010, 137
- MULLIGAN, Christina, *Revenge against Robots*, in *S.C.L. Rev.*, 69, 2018, 579
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010 (8ª ed.)
- NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, New York, 1979
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, I, Santiago de Chile, 2015 (2ª ed.)
- NELKIN, Dana K., *Moral Luck*, in E.N. ZALTA (ed.), *Stan. Enc. Phil.*, 2019. <https://plato.stanford.edu/entries/moral-luck/>
- NIESE, Werner, *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in *Jus*, II (Nuova Serie), I, 1951, 256
- NOTARO, Domenico, *Scientists and Earthquake Risk Prediction: «Ordinary» Liability in an Extraordinary Case?*, in *EJRR*, 5, 2014, 159
- NOTARO, Domenico, *Nesso di causalità e colpa alla prova delle dinamiche «incerte». Osservazioni a margine del processo sul terremoto dell'Aquila*, in *L.P.*, 29 gennaio 2016, 1
- NUÑEZ BARBERO, Ruperto, *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Salamanca, 1975
- OEBERST, Aileen, GOECKENJAN, Ingke, *When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments*, in *Psychol. Public Pol. L.*, 22, 3, 2016, 271
- PADOVANI, Tullio, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819
- PADOVANI, Tullio, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554

- PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, Milano, 2012
- PAGLIARO, Antonio, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779
- PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003 (8<sup>a</sup> ed.)
- PAGLIARO, Antonio, *Bozza di osservazioni sulla sentenza «Grandi rischi»*, in *Cass. pen.*, 2013/5, 1818
- PALAZZO, Francesco, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio «fondamentale»*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2007, 1279
- PALAZZO, Francesco, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010/3, 1229
- PALAZZO, Francesco, *Morti da amianto e colpa penale (commento a Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010 – 4 novembre 2010, n. 38991)*, in *Dir. pen. proc.*, 2011/1, 185
- PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013
- PARDY, Bruce, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, in *Cah. droit*, 43, 1, 2002, 63
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995
- PASCALI, Vincenzo, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995*, in *RDPC*, 2000/1 (n.e.), 139
- PERIN, Andrea, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012/2, 105
- PERIN, Andrea, *La crisi del «modello nomologico» fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 57, 3, 2014, 1371
- PERIN, Andrea, *Spunti di riflessione in materia di colpa del garante per gli infortuni nei luoghi di lavoro. Garanzie processuali, contributo della vittima, causalità e imputazione dell'evento in una recente (e succinta) sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2015
- PERIN, Andrea, *La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales*, in *RECPC*, 18, 2016, 1

- PERIN, Andrea, *La inferencia causal, el problema de la demarcación y el uso del análisis filogenético en el proceso penal: ¿Hacia una nueva figura de juez? (A propósito de la Sentencia de la Corte de Casación italiana en el caso Grandi Rischi y sobre la responsabilidad penal por contagio de agentes infecciosos)*, in *RDGH*, 44, 2016, 65
- PERIN, Andrea, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Pol. Crim.*, 12, 23, 2017, 207
- PERIN, Andrea, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in *Arch. pen.* (web), 2018/2, 1
- PERIN, Andrea, *La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada*, in *Pol. Crim.*, 13, 26, 2018, 858
- PERIN, Andrea, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *BLJ*, 2019/1, 207
- PERIN, Andrea, *When Risk Management Systems «Fail»: On Criminal Negligence and the Limits of Scientists' Responsibility*, in D. O'MATHÚNA, I. DE MIGUEL BERIAIN (a cura di), *Ethics and Law for Chemical, Biological, Radiological, Nuclear & Explosive (CBRNE) Crises*, Cham, 2019, 211
- PERIN, Andrea, VARGAS PINTO, Tatiana, *Incendio agravado. SCA de Santiago, 14/07/2017, Rol No. 1878-2017*, in T. VARGAS PINTO (a cura di), *Casos destacados. Derecho penal, Parte especial*, Santiago de Chile, 2018, 703
- PERINI, Chiara, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010
- PETERS, Philip G. Jr., *The Role of Jury in Modern Malpractice Law*, in *Iowa Law Rev.*, 87, 2002, 909
- PETRINI, Davide, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1576
- PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954
- PICIOCCHI, Cinzia, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006
- PIERGALLINI, Carlo, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1473
- PIERGALLINI, Carlo, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004
- PIERGALLINI, Carlo, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670



- PIERGALLINI, Carlo, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 50, 2007, 593
- PIOLETTI, Ugo, *Ridefinire colpa e dolo? A proposito delle definizioni contenute nel terzo comma dell'art. 43 del codice penale e nell'art. 12 dello schema di legge delega*, in A. CADOPPI (coord.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 467
- PIRAS, Paolo, *In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e responsabilità medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012
- PIRAS, Paolo, LUBINU, Giovanni Pietro, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 301
- PIZZI, Claudio, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, 234
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean-Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago de Chile, 2004 (2ª ed.)
- POPPER, Karl, *The Open Society and Its Enemies*, Princeton-Oxford, 1994 (1ª ed., 1945)
- POPPER, Karl, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1970 (1ª ed., 1934)
- POPPER, Karl, *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica, I, Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, 2009 (1ª ed., 1956)
- PREZIOSI, Stefano, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1985
- PULITANÒ, Domenico, *Diritto Penale*, Torino, 2005
- PULITANÒ, Domenico, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Scritti per Federico Stella, I*, Napoli, 2007, 851
- PULITANÒ, Domenico, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008/5, 647
- PULITANÒ, Domenico, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231
- PULITANÒ, Domenico, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2013, 73
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958

BIBLIOGRAFIA

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Elcano, 2002 (3ª ed.)
- RABIN, Robert L., *Reliance on Scientific Evidence in Tort Litigation: the U.S. Experience*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 125
- RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, 1904
- RAVETZ, Jerome R., *The post-normal science of precaution*, in *Futures*, 36, 3, 2004, 347
- RAZ, Joseph, *Responsibility and the Negligent Standard*, in *Ox. J. Leg. Stud.*, 30, 1, 2010, 1
- RISICATO, Lucia, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013
- RISICATO, Lucia, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017/10, 2201
- RISINGER, Michael, *The irrelevance, and central relevance, of the boundary between science and non-science in the evaluation of expert witness reliability*, in *Villanova Law Rev.*, 52, 4, 2007, 679
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, in W. FRISCH, R. ROBLES PLANAS (a cura di), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 61
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Blanca, *¿Cuánta ignorancia? El principio de precaución y la falta de certeza absoluta*, in *Azafea. Rev. filos.*, 15, 2013, 221
- RODRÍGUEZ MORO, Luis, *La configuración de la imprudencia «grave» y «menos grave» en los delitos de homicidio y lesiones de los arts. 142 y 152 CP tras la reforma del Código por la Ley Orgánica 1/2015: especial referencia a su conceptualización en el ámbito vial*, in *RDPC*, 20, 2018, 131
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, in *ADPCP*, VI, 2, 1953, 207
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, in *AUV*, XXVII, 1953-4, 5
- RODRÍGUEZ SANZ-DE-GALDEANO, Beatriz, *Hacia un concepto único de seguridad y diligencia debida en la determinación de las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (a cura di), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el*

- trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2009, 3
- ROETS, Damien, *Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*, in *RSC*, 2007/2, 251
- ROGERS, Wendy, HUTCHISON, Katrina, *Evidence-based medicine in theory and practice: Epistemological and normative issues*, in T. SCHRAMME, S. EDWARDS (a cura di), *Handbook of the Philosophy of Medicine*, Dordrecht, 2015, 1
- ROIATI, Alessandro, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012
- ROIATI, Alessandro, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013/2, 216
- ROIATI, Alessandro, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018/2, 1
- ROMANO, Bartolomeo, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018
- ROMANO, Mario, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 891
- ROMANO, Mario, D'ALESSANDRO, Francesco, *Nesso causale ed esposizioni ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59, 3, 2016, 1129
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *La experimentación humana en psiquiatría: reflexiones jurídicas*, in *DS*, 3, 1, 1995, 193
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, in ID. (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, 385
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, in ID., *Las Transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, vol. I, Arequipa, 2004, 67
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, in *Rev. juríd. Castilla León*, 13, 2007, 211
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Bogotá, 2009

BIBLIOGRAFIA

- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Sobre la estructura del dolo*, Azcapotzalco (Ciudad de México), 2009
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, in C.M. ROMEO CASABONA, F. SÁNCHEZ LÁZARO (a cura di), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, 2010, 117
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Santa Fe, 2011
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, II, Vol. 1, *Los problemas penales actuales de la Biomedicina*, Santa Fe, 2011
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El tipo del delito de acción imprudente*, in C.M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE, M.A. BOLDOVA PASAMAR (a cura di), *Derecho penal. Parte general. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Granada, 2016, 133 (2ª ed.)
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal?*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 23
- ROMEO CASABONA, Carlos María, LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, *Inteligencia Artificial aplicada a la salud: ¿Qué marco jurídico?*, in J. SÁNCHEZ CARO, F. ABELLÁN (a cura di), *E-Salud y cambio del modelo sanitario*, Madrid, 2020, 60
- ROMEO CASABONA, Carlos María, PERIN, Andrea (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: Legitimidad y límites de la intervención penal*, Bilbao-Granada, 2020
- ROMEO CASABONA, Carlos María, URRUELA MORA, Asier, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, Granada, 2010
- RONCO, Mauro, *La colpa in particolare*, in *Commentario sistematico al Codice penale*, vol. II, 1, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, 533
- RONCO, Mauro, *Il reato come rischio sociale*, in *Arch. pen.* (web), 2015/2, 1
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002
- ROSS, Alf, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972 (1ª ed., 1970. Edizione a cura di B. Bendixen, P.L. Lucchini)
- ROXIN, Claus, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 74, 1962, 411
- ROXIN, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW*, 74, 1962, 515
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963

BIBLIOGRAFIA

- ROXIN, Claus, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 132
- ROXIN, Claus, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, in *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, 181 (trad. a cura di D.M. Luzón Peña)
- ROXIN, Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986 (trad. a cura di S. Moccia)
- ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1994 (2ª ed.)
- ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1997 (3ª ed.)
- ROXIN, Claus, *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho penal*, in *www.uam.es*, 2012
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, 549
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, in *InDret*, 2009/4, 1
- RUGA RIVA, Carlo, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1743
- RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Bogotá, 2011
- RUSSO, Roberta, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *Cass. pen.*, 2010/9, 3201
- SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, *¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial*, in *RDS*, 33, 2006, 9
- SÁINZ CANTERO, José Antonio, *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»*, in *ADPCP*, 1960/3, 419
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2004
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial*, in *Rev. pen.*, 25, 2010, 136
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación e incumbencias en Derecho penal*, in *Pol. Crim.*, 12, 24, 2017, 1211
- SANTAMARIA, Dario, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 646
- SCHAUER, Frederick, *Profiles, probabilities, and stereotypes*, Cambridge, 2006

BIBLIOGRAFIA

- SCHOPENHAUER, Arthur, *Prize Essay on the Freedom of the Will*, in D.E. CARTWRIGHT, E.E. ERDMANN (a cura di), *The Two Fundamental Problems of Ethics*, New York, 2010, 33 (1ª ed., 1841)
- SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *JA*, 1975, 435
- SCIACCA, Fabrizio, *Kelsen su causalità e giustizia*, in *Filosofia politica*, 2008/2, 189
- SCLAR, David, HOUSMAN, Michael, *Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives to Defensive Medicine*, in *HHPR*, 4, 1, 2003, 75
- SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis, *Sobre la consideración de los «conocimientos especiales» del sujeto en el juicio objetivo de peligro*, in *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, Buenos Aires, 2011, 627
- SEVERINO DI BENEDETTO, Paola, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988
- SUGUBBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a propósito de la STS 8 de julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)*, in *ADPCP*, XL, II, 1987, 451
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Prólogo*, in W. FRISCH, R. ROBLES PLANAS (a cura di), *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, XII
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2011 (3ª ed.)
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Mandato de determinación e imprudencia*, in *InDret*, 2012/2, 1
- SILVELA, Luis, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903
- SIMESTER, Andrew P., SPENCER, John R., STARK, Findlay, SULLIVAN, Graham, VIRGO, G.J., *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford-Portland, 2016

- SIMONCINI, Marta, *When Science Meets Responsibility: The Major Risks Commission and the L'Aquila Earthquake*, in *EJRR*, 5, 2014, 146
- SMITH, Holly M., *Culpable ignorance*, in *Philos. Rev.*, 92, 4, 1983, 543
- SOLA RECHE, Esteban, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, in *ADPCP*, XLVII, 1, 1994, 167
- SOLA RECHE, Esteban, *Principio de precaución y tipicidad penal*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao-Granada, 2004, 475
- STELLA, Federico, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217
- STELLA, Federico, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000 (2<sup>a</sup> ed.)
- STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002 (2<sup>a</sup> ed.)
- STEPHEN, James Fitzjames, *A History of the Criminal Law in England*, London, 1883
- STOPPATO, Alessandro, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 1898
- STORTONI, Luigi, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 47, 2004, 71
- STRATENWERTH, Günther, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltpflicht*, in P. BOCKELMANN, W. GALLAS (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, 383
- STRATENWERTH, Günther, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 29, 3, 1986, 635
- STRAWSON, Galen, *The Impossibility of Moral Responsibility*, in *Philos. Stud.*, 75, 1-2, 1994 (n.e. *Free Will, Determinism, and Moral Responsibility*), 5
- STRAWSON, Galen, *Free will*, in *Rout. Enc. Phil.*, 1998, doi:10.4324/9780415249126-V014-1
- STRUENSEE, Eberhard, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 53
- SUMMERER, Kolis, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013
- TADDEO, Mariarosa, FLORIDI, Luciano, *How AI can be a force for good: An ethical framework will help to harness the potential of AI while keeping humans in control*, in *Science*, 361, 6404, 2018, 751
- TALLACCHINI, Mariachiara, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMANDÉ, G. PON-

- ZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 339
- TARUFFO, Michele, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 219
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas*, in *Cuad. Der. Jud.*, XV, 2005, 415
- TERRAGNI, Marco Antonio, *El delito culposo*, Buenos Aires, 1997
- TERRIZZI, Laura Anna, *Linee guida e saperi scientifici «interferenti»: la Casazione continua a non applicare la Legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/7, 93
- TOMASELLO, Francesca, *Processo «Olivetti amianto»: la Corte d'appello di Torino riforma la sentenza di primo grado del Tribunale di Ivrea e assolve tutti gli imputati dai reati di omicidio colposo e lesioni colpose aggravate «perché il fatto non sussiste»*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2018
- TOMASI, Marta, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BLJ*, 2016/1, 81
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, in *ADPCP*, 1974, 25
- TUZET, Giovanni, *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006
- U.S. CONGRESS – OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, Washington D.C., 1994
- UBERTIS, Giulio, *La ricostruzione del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006/3, 1206
- ULSENHEIMER, Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965
- URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Bilbao-Granada, 2004
- URRUELA MORA, Asier, *La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste (Italia) de 18 de septiembre de 2009*, in *RDGH*, 32, 2010, 165
- URRUELA MORA, Asier, LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria desde la perspectiva procesal penal. Particular análisis del modelo español (SiNASP)*, in C.M. ROMEO CASABONA, A. PERIN (a cura di), *Derecho y medicina defensiva: Legitimidad y límites de la intervención penal*, Bilbao-Granada, 2020, 93



- URRUELA MORA, Asier, ROMEO MALADA, Sergio, *Tendencias actuales de la jurisprudencia española sobre derecho penal médico*, in C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, II, *Los problemas penales actuales de la Biomedicina*, Santa Fe, 2011, 579
- VACCAREZZA, Maria Silvia, *La phronesis-prudentia fra traditio ed inventio*, in *Philos. News*, 2012/5, 242
- VALBONESI, Cecilia, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 56, 1, 2013, 250
- VALBONESI, Cecilia, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giust. pen.*, 2013/6, 403
- VALBONESI, Cecilia, *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del crimine culposum*, Firenze, 2014
- VALLINI, Antonio, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 145
- VALLINI, Antonio, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario «diacronicamente plurisoggettivo»*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 469
- VALLINI, Antonio, *L'art. 3 del «Decreto Balduzzi» tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, 735
- VALLINI, Antonio, *Paternalismo medico, rigorismo penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 35, 1, 2013, 1
- VALLINI, Antonio, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari» un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies c.p.*, in *L.P.*, 7 dicembre 2017, 1
- VAN WEEZEL, Alex, *Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes*, in *RCHD*, 26, 2, 1999, 323
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Responsabilidad penal por imprudencia médica*, Santiago de Chile, 2017
- VARGAS PINTO, Tatiana, *La progresiva «objetivación» de la responsabilidad penal a raíz de recientes modificaciones a la ley del tránsito*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 489
- VARGAS PINTO, Tatiana, PERIN, Andrea, *La «vidente» imputación imprudente. Peligrosidad de la conducta y consciencia del riesgo en la definición del dolo y la imprudencia*, in *Pol. Crim.*, 15, 29, 2020, 111
- VENEZIANI, Paolo, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: profili attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 493

BIBLIOGRAFIA

- VENEZIANI, Paolo, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003
- VENEZIANI, Paolo, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1969
- VENEZIANI, Paolo, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224
- VERRICO, Alessandro, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cass. pen.*, 2011, 101
- VIGANÒ, Francesco, *Riflessioni sulla cd. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679
- VIGANÒ, Francesco, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013/3, 380
- VILLA, Vittorio, *Legal Theory and Value Judgments*, in *Law Philos.*, 16, 4, 1997, 447
- VILLA, Vittorio, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, 1984
- VILLA, Vittorio, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *D&Q*, 5, 2005, 31
- VINCIERI, Martina, *Rassegna della giurisprudenza (di legittimità e di merito)*, in L. MONTUSCHI, G. INSOLERA (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bologna, 2006, 129
- VINEIS, Paolo, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Milano, 1990
- VITELLI, Stefano, *La tematica causale con particolare riguardo ai rapporti fra amianto e carcinoma polmonare in lavoratori fumatori*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/4, 75
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 1113
- VOLPE, Gian Paolo, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 101
- WELZEL, Hans, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 51, 1931, 703
- WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935
- WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, 1949 (2<sup>a</sup> ed.)

- WELZEL, Hans, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 1
- WELZEL, Hans, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961
- WELZEL, Hans, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964
- WELZEL, Hans, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965 (1<sup>a</sup> ed., 1951. Trad. a cura di G. De Stefano)
- WELZEL, Hans, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, in *ADPCP*, 1968/2, 221 (trad. a cura di J. Cerezo Mir)
- WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969 (11<sup>a</sup> ed.)
- WENIN, Roberto, *La categoria della «Leichtfertigkeit» nell'esperienza tedesca ed europea*, in *Indice pen.*, 8, 1, 2005, 239
- WRIGHT, George H., *Spiegazione e comprensione*, Bologna, 1977
- WYDE, Michael, *et alii, Report of Partial findings from the National Toxicology Program Carcinogenesis Studies of Cell Phone Radiofrequency Radiation in Hsd: Sprague Dawley® SD rats (Whole Body Exposure)*, in *bioRxiv*, 2018, <https://doi.org/10.1101/055699>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000
- ZAMBON, Giampaolo, *La storia di Davit: fare il medico senza catene e senza paura*, in *Quotidiano Sanità*, 8 luglio 2018
- ZIMMERMAN, Michael J., *Negligence and Moral Responsibility*, in *Noûs*, 20, 2, 1986, 199
- ZIMMERMAN, Michael J., *Taking luck seriously*, in *J. Philos.*, 99, 11, 2002, 553
- ZIRULIA, Stefano, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle «morti da amianto»*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012
- ZIRULIA, Stefano, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis, sulla scia del precedente «Cozzini»*, in *Dir. pen. cont.*, 2017/5, 372
- ZIRULIA, Stefano, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018
- ZIRULIA, Stefano, *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della «scienza nuova»*, in *Sist. Pen.*, 13 febbraio 2020
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, in *ADPCP*, 1984/2, 321



## COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

### UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)

2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)

3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)

4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)

5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quaglioni* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)

6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)

7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)

8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)

11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)

12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)

13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)

14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)

15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)

16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)

17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)

18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)

19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)

20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)

21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)

22. *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità* - MARTA TOMASI (2019)

23. *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata* - FRANCESCA PESCE (2019)
24. *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu pubblico* - ALVISE SCHIAVON (2019)
25. *Vestire a modo altrui. Dal sumptus medioevale al luxus d'età moderna tra diritto e morale* - CECILIA NATALINI (2020)
26. *La transazione amministrativa* - ANTONIO CASSATELLA (2020)
27. *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* - STEFANIA ROSSI (2020)
28. *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata* - DAVIDE STRAZZARI (2020)
29. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio* - ANDREA PERIN (2020)

