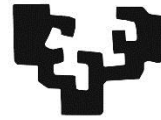




UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko
Unibertsitatea

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei
in cotutela con il Dottorato in Sociedad Democrática, Estado y Derecho
della Universidad del País Vasco / EHU**

XXVII ciclo

Tesi di Dottorato

**Il fatto colposo: la crisi del modello nomologico,
l'aspettativa di diligenza e la condotta
penalmente rilevante**

Uno studio di diritto comparato sulla definizione
della colpa punibile

Relatori

Prof. Alessandro Melchionda

Prof. Carlos María Romeo Casabona

Dottorando

Andrea Perin

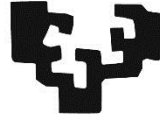
anno accademico 2014-2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

Candidato: Andrea Perin

**Il fatto colposo:
la crisi del modello nomologico,
l'aspettativa di diligenza
e la condotta penalmente rilevante**

Uno studio di diritto comparato
sulla definizione della colpa punibile

Relatori:

Prof. Alessandro Melchionda

Prof. Carlos María Romeo Casabona

Anno Accademico 2014-2015

**Curriculum di
Diritto e procedura penale e filosofia del Diritto**

XXVII ciclo

Esame finale: 05/03/2015

Commissione esaminatrice:

Prof. Fausto Biagio Giunta, Università degli Studi di Firenze

Prof. Francesco Viganò, Università degli Studi di Milano

Prof. Marco Pelissero, Università degli Studi di Genova

Prof. José Luis González Cussac, Universitat de València

Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo, Universitat de Barcelona

*Sono enormemente grato a due persone senza le quali
non avrei raggiunto questo pur modesto risultato.
A chi mi ha permesso di scoprire e di imboccare questa strada
senza mai farmi mancare la sua fiducia e il suo prezioso consiglio,
al prof. Alessandro Melchionda,
e a chi mi ha accolto con tanta sorprendente e generosa umanità,
al prof. Carlos Romeo.*

*Grazie al prof. Gabriele Fornasari
per avermi sempre coinvolto e così fatto sentire parte.
Grazie a tutti gli altri studiosi di Trento e Bilbao
che hanno voluto o accettato di dialogare con me;
grazie in particolare a chi, negli ultimi giorni di travaglio,
mi ha salvato sull'orlo del naufragio.*

*Grazie alla mia famiglia,
dalla quale viene tutta la forza di volontà di cui sono capace,
anche per aver saputo capire e capirmi nei momenti più importanti.*

*Grazie agli amici lontani,
per la compagnia nei momenti di solitudine,
e grazie a chi ha saputo dare colore ai periodi più difficili.*

A te, Ilaria, per esserci ancora e per sapermi dare tanto.

INDICE

ABSTRACT.....	9
CAPITOLO PRIMO	13
PREMESSE A UN’INDAGINE SULLA RESPONSABILITÀ COLPOSA ATTRAVERSO UNA COMPARAZIONE CON L’ESPERIENZA SPAGNOLA	13
1. Due considerazioni per iniziare. Il “problema colposo” e le nuove fenomenologie di rischio.....	13
2. Oggetto dell’indagine.	15
3. Il contesto. L’interesse comparatistico per l’esperienza spagnola.	16
3.1. Vicende dogmatiche.	16
3.2. Diritto positivo.	21
3.3. Diritto vivente.	22
CAPITOLO SECONDO	25
L’ILLECITO COLPOSO NELLA DOTTRINA ITALIANA E SPAGNOLA. LINEAMENTI DOGMATICI E COMPARATIVI	25
1. Introduzione metodologica.	25
2. Tendenze evolutive della colpa penale nella dogmatica continentale. Il punto di vista della dottrina italiana e di quella in lingua spagnola.	27
2.1. La colpa come specie e come forma di colpevolezza: dalla relazione psichico-causale con il fatto materiale alla violazione del dovere di diligenza.	27
2.2. La teoria finalista dell’azione (il disvalore della condotta).	37
2.3. La crisi del “dogma causale” e la normativizzazione del fatto tipico. Le teorie della “causalità giuridica”.	43
3. Costruzioni normative dell’illecito colposo: teoria della colpa e <i>objektive</i> <i>Zurechnungslehre</i>	51
3.1. La ricerca del “nesso di anti-giuridicità” fra condotta ed evento.....	51
3.2. Dall’adeguatezza come “probabilità” alla diligenza come “norma”.	51
3.3. La fattispecie colposa.	54
3.4. Lo «scopo di protezione» della norma e il superamento delle teorie causali.	56
3.4.1. La teoria della colpa (nella dottrina italiana).	56

3.4.2. L'imputazione obiettiva dell'evento (nella dottrina tedesca e spagnola).	59
3.5. Il comportamento alternativo conforme a diligenza (fra causalità, colpa e imputazione obiettiva).	63
 CAPITOLO TERZO	 69
LA STRUTTURA DELLE FATTISPECIE COLPOSE CAUSALMENTE ORIENTATE. IL RAPPORTO DI CAUSALITÀ FRA SPIEGAZIONE E IMPUTAZIONE DELL'EVENTO	69
1. Concezioni naturalistiche e normativistiche del "rapporto di causalità".	69
1.1. Introduzione: causalità e diritto penale.	69
1.2. Agire e omettere di agire.	73
1.3. Il nesso normativo fra omissione colposa ed evento.	82
1.4. La rilevanza del "comportamento alternativo lecito" nella struttura delle fattispecie colpose causalmente orientate.	87
2. Il modello della «sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura»: le Sezioni Unite <i>Franzese</i> e il superamento dello schema inferenziale nomologico-deduttivo.	92
3. Metodo di accertamento: questioni attuali.	99
3.1. Il controverso ricorso alle «leggi scientifiche».	100
3.2. (segue) L'attendibilità dell'ipotesi scientifica al vaglio del giudice di merito.	102
3.3. La prova della "causalità individuale" fra generalizzazioni (ipotesi) esplicative ed esclusione dei decorsi causali alternativi. Conclusioni.	111
4. L'accertamento della "causalità omissiva". Ovvero l'imputazione dell'evento per colpa nei reati omissivi impropri: evitabilità e diminuzione di <i>chances</i>	117
 CAPITOLO QUARTO	 129
DOVERE DI DILIGENZA ED EVOLUZIONE SCIENTIFICO-TECNOLOGICA	129
1. La "misura oggettiva" della colpa. Specificazione del campo d'indagine.	129
2. Teorie normative: la colpa come inosservanza del dovere di diligenza.	130
2.1. Il modello ricostruttivo prevalente. Dal dovere di diligenza alla regola cautelare obiettivamente esigibile. Colpa generica e colpa specifica.	130
2.2. L'indeterminatezza della fattispecie colposa. Orientamenti alternativi.	135
2.3. L'insufficienza funzionale del modello tradizionale del reato colposo di evento. Il "principio di precauzione".	137
3. Responsabilità colposa e gestione dei rischi sanitari, professionali e ambientali: paradigmi giurisprudenziali.	144
3.1. La colpa del personale sanitario fra disposizioni regolamentarie e dovere di diligenza.	145

3.1.1. Il caso delle trasfusioni di sangue infetto nell'ospedale catalano <i>Príncipes de España</i>	145
3.1.2. La violazione del dovere di diligenza nonostante l'osservanza della prassi. Prime riflessioni.....	147
3.2. Colpa e prevedibilità di un grave danno alla salute.....	150
3.2.1. La giurisprudenza italiana in materia di malattie professionali (dal petrolchimico di Porto Marghera allo stabilimento Eternit Sicilia).	150
3.2.2. Dalla prevedibilità dell'evento <i>hic et nunc</i> alla prevedibilità del tipo di evento: ragioni per un prudente ripensamento.....	156
3.3. Il dovere di evitare la peggiore delle ipotesi possibili.....	162
3.3.1 Le sentenze sul disastro di Sarno e sul terremoto di L'Aquila.	162
3.3.2. Breve osservazione sulla sentenza di primo grado del processo 'Grandi Rischi'.	164
4. Teorie normative e conoscenze tecnico-scientifiche.....	167
4.1. Colpa, dovere di conoscenza, dovere di diligenza. Osservazioni preliminari ad un esame critico delle attuali teorie normative.	167
4.2. L'indirizzo "prasseologico-positivistico" e la colpa medica.....	171
4.2.1. Legalità della colpa ed equità di giudizio. Verso un possibile bilanciamento di valori.	171
4.2.2. Prime osservazioni sulla riforma Balduzzi.....	173
4.2.3. <i>Lex artis</i> e dovere di diligenza in ambito medico. Regole cautelari "tipiche" (predeterminate) e "atipiche" (definibili solo in sede di giudizio).	178
4.2.4. Colpa per imperizia e colpa professionale vs. colpa comune?	183
4.2.5. Prime indicazioni ricostruttive e conseguenze applicative.....	188
4.3. Gli indirizzi deontici e la definizione della base nomologica di giudizio. Ulteriori riflessioni in materia di malattie professionali.	190
4.3.1. Introduzione.....	190
4.3.2. La tesi della «migliore scienza ed esperienza».	190
4.3.3. La base nomologica di giudizio e le conoscenze "disponibili" all'agente modello. Osservazioni sulla genesi delle regole cautelari "atipiche" (definibili in sede giudiziale).	196
5. Sintesi e conclusioni provvisorie.....	199
 CAPITOLO QUINTO.....	 203
LA DIMENSIONE RELAZIONALE DELLA COLPA.....	203
1. Il parametro di diligenza e la ricerca di un criterio regolativo del tipo colposo. Il principio di affidamento?	203
2. Il "principio di affidamento" nella teoria del reato colposo.	206

2.1. L'ambigua emersione del criterio dell'affidamento nell'esperienza tedesca.....	206
2.2. (segue) Sul fondamento assiologico-dogmatico del principio nella dottrina contemporanea.	210
2.3. La configurazione dottrinale del "principio di affidamento": definizione, operatività, limiti.....	215
3. Il progressivo accoglimento del "principio" da parte della giurisprudenza spagnola e italiana.....	220
3.1. La disciplina della circolazione stradale e il difficile abbandono del paradigma della <i>culpa in re ipsa</i>	220
3.2. L'attività medica di <i>équipe</i> tra legittimo affidamento e obblighi di controllo reciproco.	228
3.2.1. Introduzione.....	228
3.2.2. Relazione orizzontali (o paritarie).	229
3.2.3. Relazioni gerarchiche.	231
3.2.4. Alcune valutazioni su affidamento e colpa nel settore medico-chirurgico.	234
4. Il "contributo della vittima" nel delitto colposo del datore di lavoro.	237
4.1. Introduzione.	237
4.2. L'esperienza italiana.....	239
4.2.1. La distribuzione del "dovere generale di sicurezza" nella vigente disciplina italiana sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.	239
4.2.2. L'orientamento giurisprudenziale dominante: "eccezionalità", "abnormità" o "assoluta imprevedibilità" della condotta imprudente della vittima e interruzione del "nesso causale".....	241
4.2.3. Isolati riconoscimenti della rilevanza del "contributo della vittima": esclusione e degradazione della colpa datoriale.....	244
4.3. L'esperienza spagnola.	246
4.3.1. Il "doppio binario" sanzionatorio previsto dal <i>Código penal</i> e la disciplina sulla <i>Prevención de Riesgos Laborales</i>	246
4.3.2. Il " <i>concurso de culpas</i> ": la diminuzione del grado della colpa del responsabile della sicurezza.	250
4.3.3. " <i>Principio de desconfianza</i> " e " <i>autopuesta en peligro</i> " della vittima: l'interruzione del nesso di imputazione (obiettiva dell'evento).	251
4.3.4. Il " <i>principio de confianza</i> ": colpa del " <i>legalmente obligado</i> " e concreta prevedibilità dell'evento.	255
4.4. Lo stato della giurisprudenza in Italia e Spagna. Sintesi.....	256
4.5. Disvalore della condotta (<i>ex ante</i>) vs. imputazione oggettiva dell'evento (<i>ex post</i>): matrici dottrinali degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro. Osservazioni critiche e indicazioni ricostruttive.	257
4.5.1. Eccezionalità della condotta / autoesposizione al pericolo della vittima e responsabilità del datore di lavoro.	257

4.5.2. (segue) La responsabilità del garante fra doveri primari di formazione e informazione e dovere secondario e relazionale di vigilanza nei confronti del lavoratore.	263
4.5.3. Conclusione.	267
5. La funzione regolativa del principio di affidamento: l'aspettativa di diligenza come limite normativo "tipico" alla responsabilità colposa e il dovere di diligenza "relazionale" come regolare cautelare "atipica" (di formazione giudiziale).	268
CAPITOLO SESTO.....	275
LA CONDOTTA COLPOSA: UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA.....	275
1. La normatività della colpa.	275
2. Il "problema colposo" fra liberalismo e normativismo. La punibilità della colpa incosciente grave.....	277
3. La gravità della colpa.	281
3.1. Ipotesi: la funzione ricostruttiva e limitativa del criterio normativo di "gravità".....	281
3.2. La gravità della colpa nella dottrina italiana fra commisurazione della pena, giudizio di colpevolezza e teoria della "doppia misura".....	282
3.3. Colpa grave e colpa lieve nel diritto penale spagnolo.	286
4. La condotta colposa penalmente rilevante (grave): criteri di valutazione.	294
4.1. Gravità della misura oggettiva della colpa: argomenti pro e contro.	294
4.2. Regole cautelari "tipiche" (predeterminate) o "atipiche" (giurisprudenziali) e gravità della colpa.	297
4.3. La rilevanza penale dell'inosservanza di aspettative di comportamento "atipiche": un criterio normativo-comparativo di "gravità".....	299
4.4. La riconoscibilità dell'occasione di attivarsi.....	300
4.5. La selezione della potenziale base nomologica: preambolo alla costruzione della "colpa" ricorrendo al sapere scientifico.	301
4.6. (segue) L'idoneità delle conoscenze disponibili a generare un dovere di prevenzione.	305
5. Il fatto tipico colposo tratteggiato nell'indagine (fra naturalismo, liberalismo e normativismo).	313
6. Valutazioni conclusive sulla "scelta di campo". Note di sintesi sul percorso compiuto e indicazioni su quello (idealmente) ancora da compiere. Cenni <i>de iure condendo</i>	320
SINTESI E CONCLUSIONI.....	329
<i>SÍNTESIS Y CONCLUSIONES</i>	341
BIBLIOGRAFIA	355

ABSTRACT

A quali condizioni – o in base a quali criteri di valutazione – 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?

Il lavoro che si presenta prende le mosse da una questione, come si vede, di enorme portata. Essa, in termini “dogmatici”, porta ad interrogarsi sui caratteri delle categorie concettuali afferenti all'elemento oggettivo del reato colposo (il relativo “fatto tipico”), sul metodo di concretizzazione del “dovere di diligenza” (che di tale elemento costituisce il cuore normativo) e sui criteri di giudizio in base ai quali esso può ritenersi inosservato.

Il metodo di indagine prescelto consiste nella comparazione di due esperienze, quella italiana e quella spagnola, omogenee sul piano teorico – cioè accomunate dall'utilizzo del medesimo linguaggio – ma attualmente caratterizzate – quantomeno nella materia in esame – da tendenze evolutive notevolmente differenti anche in ragione della diversa influenza esercitata nei loro confronti dalla dogmatica tedesca.

Oltre che sul dibattito teorico sviluppatosi in questa due aree culturali, lo studio si occupa dell'esperienza applicativa maturata in entrambi i Paesi nei settori della responsabilità medica e della prevenzione dei rischi professionali (della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), contesti nei quali si fa particolarmente evidente l'attuale “crisi” del cd. “modello nomologico”, cioè del metodo di spiegazione causale d'impronta neopositivista e del criterio ricostruttivo delle norme cautelari fondati su “leggi scientifiche”.

In entrambi i casi, in entrambe le dimensioni del giudizio sulla tipicità del fatto, l'offuscamento dell'immagine di scienza su cui venne edificata la teoria del reato colposo nel corso del Novecento ha già indotto il diritto penale contemporaneo a rivalutare il proprio peculiare approccio argomentativo e valutativo abbandonando lo schema inferenziale dimostrativo nomologico-deduttivo ed interrogandosi sul metodo attraverso cui definire i concreti margini del “rischio consentito”.

È in questa direzione, quella di una rinnovata riflessione sui limiti della libertà di azione di ciascuno nella vita di relazione di fronte alla minaccia della sanzione penale, che ci si muove nelle pagine del presente lavoro.

CAPITOLO PRIMO

PREMESSE A UN'INDAGINE SULLA RESPONSABILITÀ COLPOSA
ATTRAVERSO UNA COMPARAZIONE CON L'ESPERIENZA
SPAGNOLA

1. Due considerazioni per iniziare. Il “problema colposo” e le nuove fenomenologie di rischio.

A conferma di alcune intuizioni rinvenibili nella letteratura penalistica della prima metà del secolo scorso¹, il “problema colposo” sembra aver assunto, negli ultimi decenni, soprattutto sembianze fenomenologiche. Il dato dell’espansione delle criminalità colposa campeggia infatti, ormai da parecchio tempo, fra le premesse di qualsiasi studio in materia². Iniziamo, dunque, con alcune brevi considerazioni al riguardo.

Se nei *fatti* si registra un notevole incremento di incidenti stradali, di interventi sanitari non risolutivi, di infortuni sul lavoro e di patologie provocate dalla diffusione di sostanze e di prodotti pericolosi, ciò che alimenta il repertorio di sentenze penali di condanna è la *valutazione* di tali accadimenti come *conseguenze di condotte rimproverabili*: cioè come *eventi colposi*. Potrà sembrare un’osservazione banale, ovvia e in quanto tale del tutto superflua. Ma non va dimenticato che la concezione della colpa come un *quid* normativo concettualmente distinto dalla relazione causale e da un *deficit* psicologico più presumibile che realmente verificabile è acquisizione teorica abbastanza

¹ V. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 40-1, il quale sottolinea come già Engisch, nelle sue *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlin, 1930) – nonostante la famosa osservazione sulla «relativa rarità dei delitti colposi» –, avesse in realtà già colto la fisionomia del reato colposo nella realtà contemporanea, «descrivendo una nuova casistica problematica (...) che, legata all’avvento del “macchinismo” nella vita sociale, diventerà poi (...) la “regola” stessa» di questo tipo di criminalità.

² Cfr. ad es., in Italia, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 1, e in Spagna, R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Salamanca, 1975, p. 9.

recente e, come vedremo, non ancora del tutto metabolizzata da parte della giurisprudenza³.

La responsabilità è il risultato di un giudizio, non già di una mera constatazione naturalistica, causale o statistica. È il processo di ascrizione che qualifica un intervento medico inefficace come un *grave ed ingiustificabile errore* e un infortunio sul lavoro o un incidente stradale come un *omicidio*. Non consideriamo solo fatti ed eventi lesivi, quindi, ma illeciti colposi.

Merita allora una seconda considerazione preliminare il rapporto fra complessità del problema colposo sotto un profilo teorico-giuridico e *nuove fenomenologie di rischio*, quelle legate al concetto sociologico di *Risikogesellschaft*⁴. L'idea dominante in letteratura 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»⁵, le istanze di tutela emergenti dalle nuove fonti di rischio non possono da sole legittimare una revisione delle categorie dogmatiche tradizionali⁶. Questa conclusione, in sé plausibile e sostenuta dalle esigenze di garanzia tipiche del diritto penale, non deve però impedire che lo *chock* provocato dalla consapevolezza dell'incapacità della scienza di fornire strumenti idonei a controllare i pericoli da essa stessa generati⁷ permetta di riflettere maggiormente sulla reale adeguatezza del repertorio concettuale utilizzato fino ad oggi dalla dogmatica penalistica.

Di fronte all'incertezza, e all'incertezza scientifica in particolare, il dibattito contemporaneo mostra una contrapposizione netta fra difensori del modello “ortodosso” di colpa (dottrina prevalente), legato indissolubilmente al concetto di legalità scientifica⁸, e aperture (dottrinali e giurisprudenziali) a modelli di responsabilità per lo più ispirati al cd. “principio di precauzione”. Come vedremo in seguito, se queste ultime e più recenti

³ Denuncia un diffuso «mescolamento del piano della causalità con quello della colpa» nella più recente giurisprudenza di legittimità G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *RIDPP*, 2012, 1, p. 8-9.

⁴ Espressione coniata, come noto, da U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986, p. 25 ss.

⁵ U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma – Bari, 2011, p. 48-9.

⁶ Così, ad esempio, L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *RIDPP*, 2004, 71, p. 74.

⁷ «Non di rado – scrive G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 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».

⁸ V. fra i tanti G. P. ACINNI, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziari*, in *RIDPP*, 2006, p. 928 ss.

tendenze risultano per certi versi discutibili e talvolta pericolose, nemmeno la difesa “a spada tratta” del paradigma tradizionale (nomologico) sembra la strada più proficua dal punto di vista speculativo, perché impedisce di cogliere i limiti logici ed epistemologici delle sue più recenti riformulazioni e di valutare senza preconcetti il complesso rapporto fra componente naturalistica e normativa del concetto penalistico di “colpa”.

Con queste prime, brevissime osservazioni avremmo già raggiunto il cuore del problema colposo: il suo carattere «eminentemente normativo» ed il rapporto fra categoria concettuale, giudizio e «vincoli di realtà»⁹. Prima di procedere occorre però definire i limiti dell'indagine e il metodo di ricerca che si intende adottare.

2. Oggetto dell'indagine.

Una ricerca in materia di colpa penale può considerarsi, oggi, opera particolarmente complessa per una serie di motivi.

Il primo consiste nella virtuale disponibilità di una bibliografia sterminata, dato che conferma ulteriormente il notevole interesse scientifico caratteristico degli ultimi anni¹⁰. A questo, come già accennato, si lega un incremento del volume di giurisprudenza in materia che sarebbe tuttavia fuorviante spiegare soltanto con l'avvento del «macchinismo», come si faceva un tempo, e con quello della «società del rischio», come si tende a fare oggi. La “colpa”, per quanto complessa possa apparire la sua costruzione dogmatica, rappresenta il risultato di un giudizio basato non soltanto sulle esperienze e sulle conoscenze umane (profilo già di per sé solo apparentemente neutro), ma anche sulle aspettative della società nei confronti dei suoi stessi membri, attese di matrice pre-giuridica che chi giudica fa proprie ricavandone norme giuridiche. È chiaro quindi che il suo studio dovrebbe spingere chi lo affronta ad abbattere gli steccati culturali che separano talvolta il mondo del diritto e delle norme da quello della politica, delle scienze empiriche e della filosofia.

Cercando di attenersi per quanto possibile al menzionato ideale indirizzo metodologico, il baricentro di questa ricerca è rappresentato dal concetto di *dovere di*

⁹ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, I, 851, *passim*.

¹⁰ La colpa penale rappresenta indubbiamente un *Modethema*.

diligenza, elemento su cui si basa l'attuale concezione normativa della colpa penale. Esso verrà studiato in astratto, come componente delle costruzioni dogmatiche dell'illecito colposo, ed altresì in concreto, affrontando alcune questioni emergenti dall'esperienza applicativa nei settori paradigmatici della responsabilità medica, della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro¹¹.

3. Il contesto. L'interesse comparatistico per l'esperienza spagnola.

3.1. Vicende dogmatiche.

La letteratura penalistica italiana, come si sa, trova nella tradizione dogmatica tedesca l'interlocutore privilegiato ed il principale modello di riferimento, di ispirazione e di confronto. Si tratta di un'attenzione che, benché non sempre adeguatamente corrisposta¹², influenza notevolmente il dibattito scientifico interno contemporaneo.

In termini analoghi può essere sommariamente descritto il rapporto fra la dottrina d'oltralpe e quella in lingua spagnola¹³. Tuttavia, come suggerisce anche l'imponente opera di traduzione dal tedesco compiuta dai penalisti iberici e latinoamericani, l'influsso del modello concettuale tedesco in quella cultura penalistica appare più evidente ed incisivo, soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso.

¹¹ Ci si occuperà, non soltanto ma prevalentemente, della colpa medica e di quella datoriale (per infortuni e malattie professionali). L'esercizio della professione medica e dell'attività d'impresa individuano ambiti di responsabilità per molti versi analoghi. In entrambi i settori, ad esempio, si assiste ormai da parecchi anni ad un vertiginoso aumento della "responsabilizzazione", fenomeno preoccupante non soltanto dal punto di vista delle garanzie individuali, ma anche perché rappresenta esso stesso un fattore criminogeno (si pensi al noto fenomeno della «medicina difensiva»: cfr. ad esempio L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *RIML*, 4-5, 2011, 1085; N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»: una especie a extinguir*, in *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, 369, p. 370). Non a caso, si tratta anche di contesti in cui si fa particolarmente evidente la "crisi" del concetto tradizionale di colpa basato sulla "prevedibilità" degli eventi e sulla "certezza" delle conoscenze (fra i moltissimi contributi, per la loro notevole diversità di prospettiva, cfr.: C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *RIDPP*, 2005, 1670; C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005, spec. p. 63 ss., 89 ss.).

¹² Cfr. ad esempio le osservazioni di G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP*, 1991, 3, p. 11 ss, e quelle più recenti di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 42.

¹³ Un rapporto suggerito da numerosi rapporti maestro-allievo fra penalisti tedeschi e spagnoli. Fra gli autori che verranno considerati, si pensi ad esempio a Jiménez de Asúa e v. Liszt; Cerezo Mir e Welzel; Sáinz Cantero e Mezger; Gimbernat Ordeig, Henkel e Roxin.

Fra le più importanti opere del Novecento spagnolo in materia di colpa, incontriamo la monografia pubblicata nel 1958 da Antonio QUINTANO RIPOLLÉS¹⁴. Lo studio illustra la concezione normativa di una colpa intesa quale forma di colpevolezza muovendo dall'evoluzione anti-naturalista culminata negli studi di Frank e nell'opera di «depurazione concettuale» compiuta di Engisch. Il lavoro, al di là della collocazione sistematica del criterio di imputazione, appartiene chiaramente al tratto più recente dell'evoluzione dogmatica della colpa, assumendo un'importanza paragonabile a quella generalmente attribuita in Italia, fra gli altri, ai contributi di Marcello Gallo¹⁵ e di Giorgio Marinucci¹⁶.

L'autore dell'indagine mostra di conoscere tanto l'opera dei penalisti tedeschi quanto quella del Carrara e di alcuni importanti studiosi italiani dell'epoca¹⁷. Questi ultimi, in quest'opera come in altri studi di quegli anni¹⁸ (ma anche in alcuni importanti più recenti contributi¹⁹), rappresentano un riferimento fondamentale al pari della dottrina d'oltralpe.

Nel 1966, Enrique GIMBERNAT ORDEIG pubblica un'importante monografia²⁰ dedicata ai “delitti aggravati dall'evento” previsti dall'allora vigente codice penale spagnolo. Rielaborazione della tesi dottorale presentata in Germania appena quattro anni prima sotto la direzione di Heinrich Henkel²¹, il contributo è diffusamente considerato, insieme all'opera di Roxin, l'avvio definitivo del processo culturale culminato, in Spagna, nell'imposizione della *objektive Zurechnungslehre* quale modello teorico dominante. L'indirizzo metodologico è chiaro: la dottrina italiana non è mai considerata dall'autore di questo lavoro.

¹⁴ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958.

¹⁵ M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *ED*, VII, Milano, 1960, 624.

¹⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., *passim*.

¹⁷ Nell'opera si considerano tra gli altri i contributi di Stoppato, Ranieri, Carnelutti, Pettoello-Mantovani, Alimena, Delitala e Antolisei.

¹⁸ Cfr. ad esempio: J. CERESO MIR, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal. (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)*, in *ADPCP*, 1959, 561; J. A. SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de “no exhibidad”*, in *ADPCP*, 1960, 3, 509; M. LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960; più tardi, R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Salamanca, 1975.

¹⁹ Cfr. C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal* (1981), Santa Fe, 2011; A. JORGE-BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990.

²⁰ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.

²¹ 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.

Questa tendenza si conferma – benché mai così netta come in quell'opera – nei decenni successivi. Infatti, soprattutto dall'inizio degli anni '90, il reato colposo sarà trattato dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnola prevalentemente all'interno del sistema concettuale elaborato dai sostenitori della *objektive Zurechnung*²². Nel frattempo, la dottrina italiana, relativamente meno influenzata da quest'impostazione rispetto a quella spagnola, riduce sensibilmente la propria incidenza nella letteratura penalistica iberica.

Tuttavia, come vedremo meglio nei prossimi capitoli, ciò non si deve soltanto ad una certa fascinazione della dogmatica spagnola per quella tedesca (fascinazione da cui quella italiana non può certo dirsi immune!), ma anche al fatto che le teorie normative elaborate nel solco tracciato dagli studi di Larenz e Honig apparvero idonee ad attenuare *de iure condito*²³ il «*versarismo*» imperante nel codice penale spagnolo prima della storica riforma del 1983²⁴.

I contributi in materia di colpa pubblicati in Italia e Spagna negli ultimi trent'anni mostrano un'attenzione puntuale e costante per la dogmatica tedesca e un interesse reciproco generalmente superficiale o meramente ricognitivo. Per questa ragione, le dispute teoriche sorte in Germania hanno fatto ingresso nei due Paesi in maniera tendenzialmente autonoma, sviluppandosi parallelamente e trovando nei due contesti culturali soluzioni o compromessi talvolta molto differenti.

Ciò, ad esempio, si nota osservando gli sviluppi del confronto storico fra ontologismo e normativismo incarnato dalle figure di Welzel e Roxin, maestri il cui pensiero ha fatto prepotentemente irruzione nel panorama scientifico italiano, spagnolo e latinoamericano, influenzandone profondamente natura e direzioni. Tuttavia, mentre in Italia, almeno attualmente, il finalismo “sopravvive” più che altro nell'eredità lasciata alle più recenti concezioni sistematiche²⁵, in Spagna, dove la teoria della *imputación objetiva del resultado* può comunque dirsi dottrina dominante, sono ancora consistenti i tentativi

²² Fra i più importanti contributi monografici, cfr. M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, e 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* (1998), Barcelona, 2001.

²³ Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 105 ss., 171 ss.

²⁴ J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988, p. 24 e 83 ss.

²⁵ C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *RIDPP*, 2003, p. 380 ss.

di elaborare teoriche dell'illecito colposo in chiave neo-finalista. Questo dato, che può forse apparire sorprendente al penalista italiano dell'era del "normativismo", non deve però indurre ad una sbrigativa conferma del luogo comune secondo cui la dottrina spagnola si sarebbe sostanzialmente rimessa al *verbo* dell'autorità scientifica tedesca.

Benché l'opera di Hans Welzel goda tuttora presso la dottrina spagnola di un seguito rilevante, proprio quest'ultima ebbe un ruolo assai significativo nell'evidenziare aporie e contraddizioni della teoria finalista dell'azione in relazione al delitto colposo, rafforzando il movimento di opposizione che indusse il padre del finalismo a numerose repliche e ad affannose riformulazioni²⁶.

Indicativa, in questo senso, è anche la disputa tutta interna al normativismo fra sostenitori e detrattori della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. Il confronto, come noto, ha assunto in Italia toni piuttosto accesi anche in anni abbastanza recenti, sviando (chissà) l'attenzione da problemi sostanziali più urgenti e rilevanti di alcune (talvolta) sterili rivendicazioni "territoriali". Che vi sia una certa "sovrapposizione" fra teoria normativa della colpa e teoria dell'imputazione obiettiva è ampiamente riconosciuto da entrambi i partiti²⁷. Tuttavia, mentre alcuni autori hanno dimostrato un interesse relativo per la disputa, concentrando le proprie riflessioni sulle questioni materiali sottese alle diverse denominazioni categoriali, altri hanno intrapreso una ricerca di ragioni storiche e sistematiche che consentissero di conquistare terreno nella dogmatica del reato colposo cercando di eliminare quella «infeconda», «dannosa» e perfino «imbarazzante» duplicazione concettuale²⁸.

Anche da questo punto di vista, un'attenzione meno superficiale verso l'esperienza spagnola può essere istruttiva, consentendo forse di storicizzare e così relativizzare alcune ormai risalenti questioni.

Nella citata monografia dedicata ai «delitos cualificados por el resultado», GIMBERNAT si propone di introdurre nel dibattito scientifico spagnolo il criterio del «fin de protección de la norma», partendo dal presupposto secondo cui «las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino

²⁶ *Infra*, Cap. 2, par. 2.2.

²⁷ Cfr.: G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 26,33s; A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *RIDPP*, 1992, 779, p. 795-6; H.-J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione obiettiva dell'evento*, in *RIDPP*, 1999, 745, p. 752 ss.; J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, p. 36 ss.

²⁸ Fra tutti, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., *passim*.

uno bien determinado»²⁹. Risultato meritorio della sua impostazione è l'esclusione dell'imputazione in tutta una serie di casi in cui la logica del *versari in re illicita* (logica che, come già ricordato, imperversava nel codice penale di allora, nonostante il principio di colpevolezza fosse già da tempo un pilastro della cultura penalistica spagnola³⁰) avrebbe invece consentito la condanna. Lo studioso, tornato in Spagna dopo aver conseguito il dottorato presso l'Università di Amburgo, sottolinea la novità rappresentata da detto criterio di imputazione nel panorama dottrinale del proprio Paese, avendo cura di dichiararsi a conoscenza di un solo altro studio, opera di un allievo di Welzel, Klaus Ulsenheimer³¹, esclusivamente dedicato allo stesso tema³².

Tuttavia, anche la dottrina italiana si stava a quel tempo occupando del criterio dello «scopo di protezione» (e della «realizzazione del rischio») all'interno della teoria del reato colposo, valorizzandolo in particolare come elemento distintivo della responsabilità «per colpa» dalle ipotesi di responsabilità oggettiva previste anche dal codice Rocco del 1930³³. Infatti, come sottolinea MARINUCCI nel suo fondamentale contributo pubblicato nel 1965, persino la dottrina dominante, «mentre «presume» il carattere colposo della condotta nel mero contrasto con le norme giuridiche preventive, sostiene invece – sempre più di frequente – che anche sul terreno della colpa «presunta» la responsabilità non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla «violazione» delle norme, perché va circoscritta ai risultati che la norma stessa mirava a prevenire»³⁴.

L'esempio offerto dalle opere di questi autori – classici per certi versi insuperati della letteratura in materia – è indicativo (pur non rappresentando una spiegazione di per sé esaustiva) del ruolo assunto dalle correnti dottrinali nel processo storico di imposizione di una teoria sull'altra nei diversi contesti culturali (e nazionali). Per questo, non sorprende che numerose questioni afferenti alla dogmatica del reato colposo (non soltanto

²⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 141.

³⁰ Cfr.: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito* (1958), Buenos Aires, 1997, p. 352 ss.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 248 ss.

³¹ K. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965.

³² E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 147, nota 95 a).

³³ Per una rassegna critica delle ipotesi di responsabilità oggettiva ancora previste dal codice penale italiano, E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *RIDPP*, 2000, 863, p. 866 ss.

³⁴ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 262, riferendosi ai contributi di Antolisei, Nuvolone, Bricola e Pagliaro. «L'opinione che l'evento (...) debba essere almeno uno di quelli che la norma violata mirava a prevenire – conclude l'autore (*op. ult. cit.*, p. 272) – può considerarsi (...) come un dato felicemente acquisito nella dottrina penalistica».

il criterio dello «scopo di protezione», come vedremo) siano state così spesso trattate sotto rubriche e impostazioni differenti destinate ad entrare in conflitto: quella dell'illecito colposo (illecito e colpevolezza) e quella della «moderna» imputazione obiettiva dell'evento – protesa quest'ultima, fin dalle origini, a fornire una sistematizzazione teoricamente unitaria tanto al reato colposo quanto a quello doloso.

Le due impostazioni appaiono comunque orientate al medesimo obiettivo: superare il paradigma della responsabilità oggettiva, «vestigio lamentabile de arcaica barbarie»³⁵, individuando parametri e criteri di giudizio idonei a restringere il campo della punibilità selezionando fra le condotte eziologicamente legate all'evento lesivo soltanto quelle non consentite o comunque rimproverabili.

Nelle pagine che seguono si accennerà anche a ragioni e conseguenze delle cennate sovrapposizioni concettuali, cercando di volta in volta di valorizzare gli aspetti funzionalmente condivisibili di ciascuna sistemica.

3.2. Diritto positivo.

Dal punto di vista del penalista italiano, l'esperienza spagnola appare di notevole interesse anche in relazione ad alcune soluzioni adottate dal legislatore in quell'ordinamento.

Una di esse è data dalla rilevanza attribuita alla “gravità” della colpa. Nel codice Rocco il «grado della colpa» è annoverato fra gli elementi di cui il giudice deve tener conto in sede di commisurazione della pena (art. 133 cpi). Pur non mancando autorevoli e compiute riflessioni al riguardo³⁶, l'atteggiamento della dottrina italiana è apparso tradizionalmente ostile nei confronti di questo criterio normativo³⁷. Alcuni recenti studi hanno però riportato la questione al centro del dibattito scientifico, attribuendo al giudizio di “gravità” una funzione determinante nella distinzione concettuale della colpa penale da quella civile³⁸. A ciò si aggiunge la recente entrata in vigore della discussa riforma *Balduzzi*³⁹, con la quale il legislatore italiano ha cercato di rimediare alla dilagante

³⁵ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 248.

³⁶ Ad es. quelle di T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *RIDPP*, 1969, p. 819 ss., e di F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *DP*, II, Torino, 1988, 299, p. 312 ss.

³⁷ Giacché per sua natura importerebbe un giudizio largamente ispirato ad «intuizioni emotive» (M. GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 643).

³⁸ Cfr. ad es. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 556 ss., e D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 461 ss., 560 ss.

³⁹ Art. 3, co. 1, legge 8 novembre 2012, n. 189.

colpevolizzazione dell'attività medica escludendo – ma solo in talune ipotesi – la punibilità della colpa *lieve*.

Sarà allora utile osservare da vicino che cosa accade nel diritto penale spagnolo, dove la distinzione tra «*imprudencia grave*» (concettualmente legata alla più risalente nozione di *imprudencia temeraria*) e «*imprudencia leve*» (la vecchia *imprudencia simple*) assume rilevanza già sul piano dell'illecito (*injusto*)⁴⁰, ed in particolare della condotta tipica, differenziando le ipotesi di *delito* da quelle di mera *falta* (e talvolta persino il reato dal fatto penalmente irrilevante). Altra categorizzazione prevista dall'ordinamento spagnolo è poi quella fra «*imprudencia profesional*» e «*imprudencia del profesional*», integrando la prima una sottospecie di colpa grave la cui più severa sanzione sarebbe giustificata dal carattere “tecnico” dell'infrazione⁴¹.

Altro motivo di particolare interesse comparatistico sul piano del diritto positivo attuale concerne le fattispecie dolose e colpose di «pericolo concreto» e di «pericolo astratto-concreto» previste dall'ordinamento spagnolo, forme di *anticipazione* – vedremo poi se si tratta di un'anticipazione effettiva ed efficace – della reazione penale chiamate a concorrere con il tradizionale reato colposo di danno⁴².

3.3. *Diritto vivente.*

Il raffronto fra le tendenze giurisprudenziali rilevabili nei due Paesi, infine, mostrerà la dipendenze delle costruzioni argomentative adottate dalle Corti nazionali dalle vicende dogmatiche caratteristiche delle due esperienze giuridiche. Un'attenzione particolare verrà dedicata al *topos* della rilevanza del contributo del terzo o della stessa

⁴⁰ Per tali indicazioni, cfr. fra i manuali: J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general* (6ª ed.), II, Madrid, 2004, p. 159 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general* (9ª ed.), Barcelona, 2011, p. 292 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *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* (1ª ed.), Granada, 2013, p. 123 ss.

⁴¹ Il carattere *profesional* della inosservanza del dovere di diligenza può assumere rilevanza in relazione alle fattispecie di omicidio, lesioni, aborto e lesioni al feto, 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). Questo tipo di colpa, tuttavia – per le ragioni che vedremo in seguito –, è notevolmente criticata in dottrina (ad es. da N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»*, cit., p. 369 ss.) e frequentemente disapplicata da parte della giurisprudenza.

⁴² Verranno in particolare considerate quelle previste nel settore della sicurezza sul lavoro (artt. 316 e 317 cpe). Su queste fattispecie, in Italia, v. il contributo comparatistico di D. CASTRONUOVO, *La tutela della sicurezza del lavoro in Francia, Germania e Spagna*, in M. Donini - D. Castronuovo (cura di), *La riforma dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 115, p. 119 ss.

vittima nel processo lesivo innescato (o non impedito) dall'autore. Benché si tratti di un problema ampiamente trattato dagli studiosi del reato colposo, esso è notoriamente inteso come "proprio" anche dalla teoria della *objektive Zurechnung*, costituendo anzi per quest'ultima uno dei maggiori motivi di sviluppo (oltre che di frammentazione). Nel trattare la questione, noteremo che se talvolta il ricorso a differenti impostazioni teoriche non determina il raggiungimento di soluzioni disomogenee sul piano sostanziale, più spesso l'abitudine a determinate categorie concettuali influenza notevolmente la comprensione del problema emergente dal caso oggetto di giudizio.

In parte si tratterà di ripresentare osservazioni già note alla dottrina più recente; in parte – auspicabilmente – di offrire un contributo aggiuntivo allo studio di questioni tuttora controverse in letteratura oltre che di difficile soluzione sul piano della prassi. Prima, però, occorrerà soffermarsi con più attenzione sulla storia recente della colpa: individuando le tappe fondamentali che hanno condotto la scienza penale contemporanea all'approdo rappresentato dalla concezione normativa; e osservando con più attenzione quelle vicende dogmatiche che hanno fatto dell'illecito colposo uno *Spielplatz* duramente conteso dalle "ideologie penali" del Novecento.

CAPITOLO SECONDO

L'ILLECITO COLPOSO NELLA DOTTRINA ITALIANA E
SPAGNOLA. LINEAMENTI DOGMATICI E COMPARATIVI1. *Introduzione metodologica.*

Nonostante la notevole diversità di vedute che caratterizza la dottrina penalistica in materia, tanto in Italia quanto in Spagna non v'è contributo monografico sulla colpa penale che non ricordi o sottolinei il ruolo determinante assunto dai contributi di Karl Engisch e Hans Welzel nella definizione dei tratti fondamentali della categoria dogmatica in esame¹: mentre al primo si riconosce il merito di aver illuminato il momento normativo dell'illecito riconducendo il criterio dell'adeguatezza al concetto di diligenza, aprendo così la strada al "trasferimento" della colpa dalla colpevolezza al fatto tipico², al secondo si suole attribuire il definitivo superamento del concetto unitario di azione e il compimento del processo di soggettivizzazione dell'illecito quale essenziale momento di tipicità³.

Il riferimento alle *Untersuchungen* di Engisch riflette invero una convergenza "funzionale" diacronica fra colpa e causalità (e poi fra colpa e *objektive Zurechnung*) tanto nota quanto tuttora problematica⁴. Essa origina dalla constatazione dei limiti della teoria condizionalistica e dai diversi tentativi di superamento sviluppatisi a partire dal concetto di «adeguatezza»⁵. In relazione alle fattispecie colpose causalmente orientate,

¹ Si fa riferimento al panorama dottrinale continentale e, per identità linguistica e vicinanza culturale, a quello dei paesi latinoamericani. Ma il modello dogmatico tedesco ha ormai varcato ogni confine. Per averne un'idea, cfr. Heng-da HSU, *Hypothetical Lawful Conduct and Causation of Criminal Negligence: A Review from the Perspective of "Realization of Hypothetical Allowed Risk"*, in *National Taiwan University Law Journal*, 2011, 707 (traduzione inglese dell'originale in lingua cinese).

² Cfr. ad esempio: G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 8; B. J. FEIJÓO 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. 51 ss.

³ Cfr. fra tutti, in Italia: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59 ss.; ID., *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 98 ss.; in Spagna, J. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, in *ADPCP*, 1961, 55, p. 64-5.

⁴ Ad essa si è già fatto riferimento nel Cap. 1, par. 3.

⁵ *Infra*, par. 2.3.

L'obiettivo fu giustapporre all'imputazione naturalistica un giudizio di carattere normativo-valutativo che consentisse di ascrivere all'agente soltanto l'evento lesivo considerabile – a seconda della specifica prospettiva – come «opera sua»⁶, come «opera dell'uomo»⁷, o come il risultato di una condotta giuridicamente «rilevante» e «rimproverabile»⁸. Quest'opera di selezione, oggi – quantomeno nella dottrina meno legata alla spiegazione sistematica offerta dalla teoria dell'imputazione obiettiva –, appare invece affidata alla categoria della colpa, generalmente alla sua “misura oggettiva”. Fino a tempi relativamente recenti, però, essa non assunse le sembianze di un *quid* normativo capace a sua volta di distinguere le condotte colpose da quelle meramente causali, restando a lungo relegata in un elemento soggettivo di cui costituiva, rispetto al dolo, una specie difettosa ed eccezionale di volontà colpevole.

Il tributo all'opera di Welzel, dal canto suo, tiene conto delle tormentate vicissitudini attraversate dalla teoria finalista proprio in relazione al reato colposo. Il fatto che l'azione assuma in alcuni sviluppi del pensiero di Welzel connotati normativi, infatti, è dovuto in larga misura alle critiche rivolte al concetto ontologico di azione e alle successive riformulazioni cui fu indotto l'influente filosofo e penalista tedesco⁹. L'evoluzione dialettica del pensiero welzeliano si riflette nella lettura ambivalente che tuttora ne viene data in relazione all'evoluzione dogmatica dell'illecito colposo. Pur portando a definitivo compimento quel passaggio dalla colpevolezza al fatto tipico riconoscibile (a posteriori) nell'opera di Engisch (ed oggi accolto dalla dottrina maggioritaria), esso può essere interpretato come un momento interruttivo lungo l'evoluzione dalla dogmatica classica a quella di matrice neokantiana, potendosi spiegare la normativizzazione del *Tatbestand* in base a ispirazioni teoretiche ed esigenze teleologico-sistematiche del tutto estranee, se non addirittura contrarie, a quelle proprie dell'ontologismo finalistico.

Obiettivo di queste pagine non è quello di prendere posizione fra le diverse letture retrospettive rinvenibili in letteratura, ricostruzioni il più delle volte condizionate

⁶ Cfr ad es. A. CASTALDO, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *RIDPP*, 1987, p. 881 ss.

⁷ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, *passim*.

⁸ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 105 ss.

⁹ Per ricostruzione della tormentata evoluzione del pensiero welzeliano relativo al reato colposo, di recente, A. GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en lo delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, p. 25 ss. V. comunque *infra*, par. 2.2.

dall'appartenenza di ciascun cultore della materia ad una specifica scuola di pensiero. Adottando la prospettiva comparatistica proposta, l'intenzione è piuttosto quella di cogliere i momenti e le traiettorie fondamentali delle evoluzioni concettuali e sistematiche della colpa, per meglio comprendere le ragioni delle dispute teoriche – in buona parte ereditate dal concettualismo tedesco – che tuttora attraversano, con le diverse sfumature che noteremo, sia la letteratura penalistica italiana che quella in lingua spagnola.

2. Tendenze evolutive della colpa penale nella dogmatica continentale. Il punto di vista della dottrina italiana e di quella in lingua spagnola.

2.1. La colpa come specie e come forma di colpevolezza: dalla relazione psichico-causale con il fatto materiale alla violazione del dovere di diligenza.

La sede originaria della colpa nella teoria penalistica del XIX secolo è l'elemento soggettivo del reato. Tale collocazione sistematica rappresenta oggi una posizione minoritaria ma non per questo una dottrina di “retroguardia”. Si tratta, questo sì, di una ricostruzione legata ad una concezione oggettivistica – se non causalistica, e quindi “classica” o “belinghiana” – del fatto tipico¹⁰. Ma oltre a sopravvivere in alcune autorevoli espressioni dottrinali¹¹ e nel linguaggio (e quindi nell'incedere logico-argomentativo) dalla prevalente giurisprudenza italiana, essa appare riconoscibile anche in alcune recenti elaborazioni che, pur riconducibili alla generale dottrina della “doppia misura”, definendo la “misura oggettiva” della colpa sul piano dell'illecito ricorrendo a parametri marcatamente naturalistici rischiano, di confondere le *condotte colpose* da quelle meramente causali¹².

¹⁰ «Il modello “classico” trae 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» (G. V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in RIDPP, 1991, 107, p. 126-7).

¹¹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale, II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 133 ss. Del pensiero di Giorgio Marinucci, invece, quella del “ritorno” alla colpevolezza rappresenta l'ultima fase. Cfr., per l'assegnazione della colpa al fatto tipico: G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’*, cit., *passim*; e, per la più recente adozione della sistematica “classica”, ID., *La responsabilità colposa*, cit., p. 13 ss.

¹² *Infra*, Cap. 4, par. 4.3.2.

L'abbandono della concezione psicologica dell'elemento soggettivo fu espressione del profondo mutamento culturale maturato all'inizio del XX secolo e culminato nell'allontanamento dalle premesse volontaristiche sottese alla nozione hegeliana dell'agire umano come realizzazione della volontà¹³ e nel superamento del positivismo naturalista, ovvero della costruzione del reato basata sul principio di causalità¹⁴. Entrambe le matrici culturali, parametrando qualunque forma di responsabilità penale all'agire intenzionale, avevano identificato la colpa con un «difetto di volontà» e con un «errore inescusabile»¹⁵. Quest'impostazione metodologica, come accadde più tardi al finalismo¹⁶, 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 continentale¹⁷.

Più in generale, tale concezione trae origine dall'affrancamento del giudizio penale dalla mera considerazione della relazione causale (materiale e psichica) con il *fatto materiale* e dall'esigenza pratica e metodologica di adottare una prospettiva capace di valorizzare le *relazioni 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

¹³ Per l'assunzione di quel concetto, si veda l'opera di G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, 1904 (anche in trad. sp. a cura di J. L. Guzmán Dalbora, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, 2011). Sulla teoria hegeliana delle reato e sulla sua incidenza nella teoria penalistica dell'azione, cfr.: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale* (8ª ed.), Milano, 2003, p. 259 ss.; G. LICCI, *Modelli di diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, spec. p. 188 ss.

¹⁴ S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., 535.

¹⁵ Per alcune esaurienti retrospettive sulle teoria psicologiche della colpa: 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.; cfr. nella dottrina spagnola, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 253 ss.; più di recente, B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 35 ss. Si è peraltro fatto notare come anche quelle risalenti concezioni (al pari di alcuni più recenti riproposizioni) mostrassero in realtà una certa sostanza normativa: v., da ultimo, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 462 ss.

¹⁶ 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 premesse volontaristiche. Nel finalismo, invece, la costruzione del reato si basa su di una personalizzazione dell'illecito che assegna alla colpevolezza una sostanza puramente normativa; e la definizione di azione colposa si fonda su un'idea, quella di finalità, concettualmente distinguibile da quella (giuridica) di dolo (*infra*, par. 2.2).

¹⁷ 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*, cit., p. 650. Nella manualistica, cfr. ad es.: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 307 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 535 ss.

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 sua capacità di autodeterminazione (imputabilità) e l'eventuale concorso di *circostanze* capaci di condizionarne o di impedirne la conformazione alle regole del diritto (esigibilità, *Zumutbarkeit*)¹⁸. La colpevolezza giunse in questo modo a riflettere un giudizio di «rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà»¹⁹; una *valutazione normativa* avente ad *oggetto* (anche, ma non solo) l'*atteggiamento psicologico* tenuto dall'autore²⁰.

Il processo di assunzione del paradigma normativistico fece un passo decisivo con l'opera di FRANK (1907)²¹. Il suo contributo, «catalizzatore di una presa di coscienza già presente nella dottrina tedesca al momento del passaggio fra i suoi secoli», fu il «primo tentativo compiuto (...) di dare una sistemazione in senso normativo all'elemento della colpevolezza»²². L'importanza del pensiero di questo autore è legata soprattutto alla riflessione sulla rilevanza delle *circostanze concomitanti* l'azione del soggetto²³, indagine che diede inizio al dibattito sul concetto di «inesigibilità» che contraddistinse la penalistica tedesca durante gli anni '20 del secolo scorso²⁴.

Le riflessioni di Frank furono riprese e sviluppate anzitutto da James GOLDSCHMIDT²⁵, che tentò di definire il contenuto normativo della colpevolezza cercandone l'elemento costitutivo fondamentale. Questo fu «trovato» nel concetto di «norma di dovere» (*Pflichtnorm*). Compiendo una trasposizione sul terreno giuridico-

¹⁸ Cfr.: J. A. SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de "no exhibidad"*, cit., p. 420 ss.; A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p. 25 ss.

¹⁹ Così, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *RIDPP*, 1973, 554, p. 566. «La colpevolezza non è dunque volontà di ciò che non deve essere, bensì *volontà che non deve essere*»: A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, cit., p. 27-8.

²⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 315.

²¹ R. V. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriff*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, Gießen, 1907, 519 (ora anche in *Juristische Zeitgeschichte*, 2009, 2, Berlin, 1).

²² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 53 ss.

²³ 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.

²⁴ Cfr.: 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.

²⁵ J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in *Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht*, 1913, 224.

penale del pensiero kantiano²⁶, J. Goldschmidt fondò il rimprovero penale sulla violazione di quella norma – inespressa ma immanente a qualunque norma giuridica – che, dirigendosi all'interiorità dell'individuo, motiverebbe ciascuno ad adeguarsi alle pretese indicate dall'ordinamento. Pur non trovando di per sé accoglimento, la teoria delle «norme di dovere» influenzò profondamente il dibattito successivo, focalizzando l'attenzione sul contenuto del rimprovero che il giudice deve rivolgere all'agente per poterlo dichiarare colpevole²⁷. Sul piano della colpa, nel pensiero di J. Goldschmidt appaiono riconoscibili due caratteristiche che, in vario modo e per diverse vie, caratterizzeranno alcune concezioni normative per tutto il '900: l'inosservanza 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 dare una possibile spiegazione alla colpa incosciente: essa – scrisse J. 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»²⁸.

Questa prospettiva forse non può ancora definirsi propriamente una dottrina della «doppia misura», soprattutto se la si confronta con alcune concezioni “puramente normative” rinvenibili in altre esperienze e all'interno di diversi sistemi concettuali già sul finire del XIX secolo²⁹. Da un punto di vista *lato sensu* funzionale, però, vi si nota 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* di adeguamento alle regole del diritto³⁰.

²⁶ Su questo aspetto, SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de “no exhibibilidad”*, cit., p. 435.

²⁷ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 63-4.

²⁸ Così, J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 160 (come citato da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 62).

²⁹ Ad esempio in O. W. HOLMES, *The Common Law* (1881), Toronto, 2011, p. 46 ss., 97 ss., dove il rimprovero per «*criminal negligence*», giudizio oggettivamente parametrato sull'*external standard* del «*average member of the community*», ammette delle eccezioni se il soggetto non è in grado di rispondere a detta aspettativa giuridica (basata sullo scopo di prevenzione del diritto penale). Cfr. al riguardo anche G. P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence. A Comparative Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1971, vol. 119, n. 3, 401, p. 427 ss.

³⁰ 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

La dottrina novecentesca della «doppia misura»³¹, come noto, può essere considerata un tentativo di compromesso fra istanze oggettivistiche e istanze soggettivistiche, fra «un'idea di difesa dell'ordine giuridico contro tutte le situazioni che l'esperienza dell'uomo normale insegna essere foriere di pericoli e di lesioni»³² e l'esigenza di valutare l'attitudine del *soggetto che ha in concreto agito* ad uniformare il proprio comportamento alla regola di condotta inosservata³³. Tale attitudine, rilevante ai fini della «misura soggettiva» della colpa, andrebbe valutata considerando le *caratteristiche dell'individuo* ferma restando «l'impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare»³⁴. Rispetto ad essa, la categoria dell'esigibilità rifletterebbe invece – sempre sul piano della colpevolezza – una valutazione che mette in relazione l'individuo con il *contesto dell'azione*³⁵.

Non sembra, però, che la distinzione concettuale fra misura soggettiva e inesigibilità possa intendersi in termini troppo rigidi, e ciò essenzialmente per due ordini di ragioni: sul duplice piano assiologico e funzionale, perché la preoccupazione sottesa ad entrambe le sotto-categorie della colpevolezza è quella di realizzare fino in fondo una «personalizzazione» dell'addebito penale³⁶; e sul quello della concreta valutazione, perché il giudizio che guarda al soggetto “in carne ed ossa” non può prescindere dal considerare l'incidenza del contesto fattuale nel potere di adeguamento ad un dato modello di comportamento³⁷.

Alla luce dell'evoluzione della teoria della colpa degli ultimi decenni – del “trasferimento” della colpa in sede di tipicità (nella dottrina prevalente) e del superamento del

dell'evoluzione del diritto penale più recente (T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., p. 559).

³¹ Al riguardo si vedano sin d'ora G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 186 ss., e G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 141 ss.

³² G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 173. Cfr. di nuovo O. W. HOLMES, *The Common Law*, cit., p. 46.

³³ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 560.

³⁴ H. MANNHEIM, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, 1912, p. 41 (cit. da G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 275, p. 292, al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici).

³⁵ «Si ha inesigibilità del comportamento alternativo lecito 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»: G. FORNASARI, voce *Colpevolezza (diritto penale)*, in *DDP*, 2006, 966, p. 974.

³⁶ Cfr.: T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., p. 559; G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 314.

³⁷ La considerazione congiunta dell'individuo e delle circostanze della condotta in sede di rimprovero per l'inosservanza del dovere di diligenza (e quindi anche la duplice dimensione oggettiva e soggettiva del giudizio di colpa) appare ad esempio già in B. FREUDENTHAL, *Schuld und Worwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919*, Tübingen, 1922, p. 11 (come cit. da SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de “no exhibilidad”*, cit., p. 439).

paradigma della *culpa in re ipsa* – la stessa ambiguità si mostra del resto già sul piano oggettivo, dove gli elementi circostanziali entrano in gioco nel definire la cd. “base ontologica” del giudizio (di prevedibilità) che il giudice è chiamato ad affrontare per concretizzare il dovere di diligenza, ma anche per stabilire se fosse (obiettivamente) riconoscibile l’occasione di applicare una data cautela.

L’eccezionalità (o la particolarità) della situazione di fatto, insomma, sarebbe in grado 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)³⁸.

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. Goldschmidt³⁹. Nella dottrina tedesca vanno ricordati i contributi di Freudenthal, Eb. Schmidt e soprattutto quello di ENGISCH, il quale, nelle sue *Untersuchungen*, compì «il tentativo forse più lucido di razionalizzare la teoria dell’inesigibilità, scrostandola dagli elementi etici che la rendevano giuridicamente inservibile (...) e conferendole un inquadramento dogmatico più preciso, come elemento estrinseco al dolo e alla colpa»⁴⁰.

Ma i limiti più evidenti delle concezioni psicologiche della colpevolezza – l’impossibilità di ricondurre le sue due *species* ad un unico *genus* e la difficoltà di intendere la colpa incosciente in termini volontaristici – furono colti anche dalla dottrina italiana e da quella in lingua spagnola. In quest’ultima⁴¹, tracce di una certa sensibilità normativista sono già riconoscibili prima dell’opera di Frank⁴². Il contatto decisivo con il

³⁸ Sull’esigibilità come elemento della struttura soggettiva del reato colposo, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 319 ss.

³⁹ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in A. Hegler (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, 428.

⁴⁰ Così, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 91 ss.; coglie in termini analoghi l’importanza – talvolta da questo punto di vista sottovalutata – del contributo di Engisch, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 267.

⁴¹ Fra gli altri, accolsero e sostennero, in vario modo e in base a diverse ispirazioni teoriche, una concezione normativa della colpevolezza: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal*, cit., p. 352 ss.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 243 ss., spec. 247; SÁINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmatico del principio de “no exhibilidad”*, cit., p. 419 ss. (al quale si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche). Difese invece la concezione psicologica M. LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, I, Barcelona, 1960, p. 69 ss., spec. p. 75 ss.

⁴² Nell’opera di L. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (2ª), Madrid, 1903, p. 104 ss. Anche nella cultura tedesca, del resto, la concezione normativa non può considerarsi un’improvvisa “invenzione” di Reinhard Frank. In generale, come scrive E. A. DONNA, *Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa* (Prólogo alla traduzione spagnola di J. GOLDSCHMIDT,

clima maturato nella scienza penale d'oltralpe sarebbe avvenuto, però, almeno in un primo momento, attraverso la traduzione del *Lehrbuch* di Mezger (1931) curata da José Arturo Rodríguez Muñoz⁴³. In Italia l'idea normativa di colpevolezza apparve chiaramente già nel celebre 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 agito, consapevolmente o meno, *in modo difforme dal modo in cui si doveva agire*⁴⁴.

La transizione dal paradigma psicologico a quello normativo espresse costantemente quello stesso motivo di fondo che, da un punto di vista funzionale, fu principale elemento di novità dell'opera di Frank. La colpevolezza assunse i tratti di un concetto *unitario* e soprattutto *graduabile*. Esso consentì di spiegare non soltanto i casi di dolo o colpa senza rimproverabilità, ma anche quelli in cui il medesimo atteggiamento psicologico meritava una pena diversa e quelli in cui la punibilità sussisteva in assenza di un qualsivoglia elemento psichico⁴⁵. Oltre al dolo e alla colpa, che ne divennero già in qualche modo gli oggetti⁴⁶, quest'idea di colpevolezza permise di valorizzare i motivi dell'azione e le circostanze in cui essa si realizzava adottando sulla relazione fra l'individuo e le regole del diritto (l'antigiuridicità) una prospettiva di tipo dinamico e valutativo.

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» (p. 11-2). Cfr. le riflessioni metodologiche di T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., p. 554, spec. 569, riguardo alla polemica storiografica sulle presunte relazioni fra la concezione normativa moderna e la *culpa* dei giuristi medievali.

⁴³ *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 exhibición”*, cit., p. 424, nota 29 (il quale proprio sotto la direzione di Mezger si specializzò presso l'Università di München diventandone allievo diretto); tale influenza è comunque evidente anche nella coeva trattazione di M. LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, I, cit., spec. p. 75 ss. (benché questi propenda ancora 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, nota 95).

⁴⁴ 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.

⁴⁵ W. GOLDSCHMIDT, *Normativismo y normologismo en Derecho penal y en Derecho internacional privado*, in *ADPCP*, 1951, 509, p. 510-1.

⁴⁶ Questa conseguenza sistematica venne colta già da A. Graf zu DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre* (1936), Bonn, 1947, p. 32.

Lo stesso accadde sul piano della colpa, dove iniziò ad emergere progressivamente quel cambio di prospettiva – «dalla testa dell'autore del fatto alla testa di chi è chiamato a giudicarlo»⁴⁷ – 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 e il suo comportamento⁴⁸, il criterio di imputazione venne ad identificarsi con la mancata conformazione dell'atteggiamento esteriore ad un'aspettativa di carattere giuridico, cioè con l'inosservanza di una *norma di condotta*.

Il passaggio dalla colpevolezza normativa alla colpa normativa, naturalmente, non fu né deduttivo né lineare⁴⁹. Inoltre, esso non si rese soltanto su ragionamenti di carattere teorico-dogmatico, ma anche 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?»⁵⁰. 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 incolpevole⁵¹ – venne individuata sul piano metodologico: in un cambio di prospettiva – «dal soggettivo all'oggettivo»⁵², dal naturalistico al normativo – analogo a quello che aveva guidato le più recenti concezioni della colpevolezza. Fu fondamentale, quantomeno sul piano argomentativo, l'appoggio fornito dal tenore letterale dell'art. 43 cpi⁵³: gli elementi che

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Idea declinata nella teoria dell'errore ad esempio 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.

⁴⁹ 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, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 43 ss., e di 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 sia A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 253 ss., spec. 259 ss., che M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *ED*, VII, Milano, 1960, 624, p. 634.

⁵⁰ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 636.

⁵¹ *Id.*, p. 637.

⁵² *Id.*, p. 637.

⁵³ 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 impiegava per ciascun reato punibile per colpa e così quella del codice sardo del 1859, trova origine nella disposizione del codice francese del 1810 («*Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou inobservation des reglement, aura commis...*»).

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»⁵⁴. «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»⁵⁵.

Anche nella letteratura spagnola, l'abbandono del paradigma psicologico è legato alla necessità di distinguere colpa e responsabilità oggettiva. «Constituye un grave error doctrinario y dogmático a la vez – scrisse QUINTANO RIPOLLÉS⁵⁶ – el aproximar real o disfrazadamente la culpa a la responsabilidad objetiva (...). El apotegma del *nullum crimen sine culpa*, tan esencial al moderno Derecho penal de estirpe espiritualista como lo pueda ser el de la legalidad de delitos y penas, debe valer sin excepción para todas las modalidades delictivas y, en consecuencia, para la culposa». La strada per uscire dal *versarismo*, quindi, fu per l'illustre penalista quella indicata dall'idea di colpevolezza come «puro e integral juicio de valor» e dalla concezione della colpa, suo intrinseco elemento, come «infracción de un deber de diligencia»⁵⁷.

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 vedremo meglio in seguito – assume grande importanza nell'odierno dibattito sui *limiti* della colpa penale. Se all'interno del paradigma psicologico-naturalistico la colpa incosciente rappresentava prevalentemente un problema di natura

⁵⁴ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 637.

⁵⁵ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 637. Analogamente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* (7^a ed.), Milano, 1975, p. 289 ss. Lo stesso Antolisei, nello scritto del 1948 poc'anzi annotato (F. ANTOLISEI, *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, 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. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 148 ss.

⁵⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 248.

⁵⁷ *Id.*, p. 248 e 266 ss. Anche Quintano ritenne però di dover fondare la propria concezione sulla lettera del codice allora vigente (v. *op. ult. cit.*, p. 264 ss., spec. 266).

concettuale (la difficoltà di coniugare la concezione naturalistica dell'elemento soggettivo del reato con l'assenza di un coefficiente psicologico effettivo), oggi la sua appartenenza al diritto penale si scontrerebbe principalmente con *questioni di principio*. Questo punto di vista, in Italia, è stato espresso in maniera molto netta, ma senza grande seguito, da Michele DEL RE, che in un non lontano contributo pose in termini di costituzionalità la questione della responsabilità penale per l'evento *non voluto dall'agente*⁵⁸. Una chiara indicazione del progressivo mutamento di paradigma si ritrova poi nel già citato contributo di Gennaro Vittorio DE FRANCESCO⁵⁹, il quale, di fronte all'alternativa fra ripudio della colpa priva di quel «*coefficiente minimo* di partecipazione soggettiva» dato dalla «*consapevole deviazione da una regola comportamentale*» e delimitazione della responsabilità colposa attraverso l'accertamento della sua «misura soggettiva», opta infine per questa seconda soluzione normativa⁶⁰.

Di fronte ai diversi tentativi di subordinare la responsabilità colposa all'accertamento di un qualsivoglia elemento psicologico effettivo, si oppone come noto l'argomento – di matrice chiaramente normativista – secondo cui non è affatto detto che la colpa connotata dalla *consapevole deviazione da una regola comportamentale* o dalla *rappresentazione dell'evento* sia sempre più “grave” di quella imputabile 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 illecito⁶¹.

Nella visione “neoclassica” della colpevolezza, dolo e colpa sono elementi di un giudizio di rimprovero personale di cui costituiscono al contempo l'oggetto. Questa

⁵⁸ M. C. DER RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *IP*, 1985, 31, p. 43 ss.

⁵⁹ G. V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza*, cit., spec. p. 126 ss.

⁶⁰ *Id.*, p. 132 ss. Preoccupazioni di stampo “belinghiano” e “liberale” analoghe a quelle espresse da De Francesco, vengono manifestate nella dottrina spagnola più recente da B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., spec. 262 ss., ed E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, spec. p. 216 ss.; nonché, in Italia, nei contributi di 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. 537-9, 581-3, e G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva della colpa”*, Torino, 2013.

⁶¹ Anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca, v.: B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de lege data y de lege ferenda)*, in *CPC*, 1997, 62, 303, p. 333 (nota 57); M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 40-2; F. BASILE, *La colpa in attività illecite. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 619-21 (note 222-6).

Questo punto di vista sembra contraddetto dalla lettera della codice penale italiano, dove la «colpa con previsione» cui fa riferimento il co. 3 dell'art. 43 («... *anche se preveduto...*») si distingue dalle ipotesi di colpa inconsciente, o senza previsione dell'evento, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 3 («*l'averne, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento*»). Esso è stato invece espressamente accolto in alcune pronunce del *Tribunal Supremo* spagnolo: si legge ad esempio nella sentenza del 22 dicembre 1986 (citata da J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 108, nota 157) che la «*gravedad*» della «*culpa inconsciente (...), por cierto, no es siempre ni forzosamente inferior a la de la culpa consciente*».

contraddizione, o quest'ambivalenza, venne colta nel dibattito successivo quando sulla scorta di un'adesione più o meno fedele ai postulati welzeliani⁶² o a partire da una concezione totalizzante della *objektive Zurechnungslehre*⁶³ si giunse a concepire la colpevolezza come l'insieme delle condizioni che rendono il *fatto tipico (doloso o colposo) e antigiuridico* "rimproverabile" o "imputabile" al suo autore su di un piano puramente valutativo⁶⁴.

2.2. La teoria finalista dell'azione (il disvalore della condotta).

L'assunzione di un'idea normativa di colpevolezza, nel finalismo, rappresenta una diretta conseguenza del punto di partenza costituito dalla teoria dell'azione di Hans WELZEL. Essa restò al centro del dibattito penalistico fino agli anni '70 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. Gli aspetti per certi versi paradossali del rapporto fra la teoria welzeliana e l'odierna fisionomia del reato sono tanto noti quanto forse non ancora del tutto metabolizzati. Ciò è dovuto non soltanto alla fragilità delle sue premesse filosofiche⁶⁵ ma anche all'atteggiamento pregiudiziale⁶⁶ assunto molto spesso nei confronti delle sue implicazioni dogmatiche⁶⁷.

L'importanza dell'atteggiamento critico assunto più o meno coscientemente dalla dottrina si coglie chiaramente allargando lo sguardo all'esperienza spagnola (e latinoamericana). Mentre infatti, come osserva Carlo FIORE, «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

⁶² In Italia, D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, cit., p. 656 ss.

⁶³ Ad esempio, nella attuale dottrina spagnola, 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. 541 ss.

⁶⁴ V. *infra*, Cap. 6, par. 5, nota 157.

⁶⁵ In Italia, cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954.

⁶⁶ Cfr. ad esempio A. CASTALDO, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 886 ss., che nel ripercorrere brevemente le tappe fondamentali dell'evoluzione 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.

⁶⁷ Sull'impatto della teoria welzeliana sulla teoria del reato, C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica*, cit., p. 380.

azione»⁶⁸, nella cultura penalistica di lingua spagnola la critica più tenace, influente ed efficace si accompagna non di rado – persino nel pensiero di uno stesso autore – al riconoscimento del suo significato storico e ad una più serena riflessione sulle sue possibili implicazioni giuridico-sistematiche⁶⁹.

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 tipico⁷⁰, così come la colpevolezza⁷¹, 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. Welzel però, pur rilevando i limiti dell'approccio causalista, rifiutò (inizialmente) anche il criterio dell'*adeguatezza*.

Dal problema dell'azione⁷², proprio perché un problema “classico” attraversato dai profondi mutamenti della sua epoca, partirono dunque le riflessioni sui concetti di *volontà* e di *scopo*⁷³. Essi però non servirono a costruire una teoria ontologica del reato (né tantomeno un diritto penale totalitario), bensì ad individuare la “pietra angolare” di una dogmatica che fosse in grado di superare il naturalismo ponendo un limite al normativismo. È in questa prospettiva che può essere visto – a prescindere dalla sua accettabilità teoretica – il ruolo e il significato del concetto di *finalità*: una connotazione essenziale (immutabile) dell'agire umano ignorata dalla concezione naturalistica dell'azione; una condizione logico-reale imprescindibile per qualunque imperativo giuridico che all'essere umano intenda essere rivolto.

⁶⁸ C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica*, cit, p. 383.

⁶⁹ Cfr. 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*, 2009, 5, 200.

⁷⁰ *Infra*, par. 2.3.

⁷¹ *Supra*, par. 2.1.

⁷² Cfr.: H. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW* 51, 1931, 703, p. 706 ss., e 718 ss.; ID., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1935. Nel primo contributo Welzel si pose già il problema delle selezioni fra le condizioni equivalenti individuando la soluzione – pur senza elaborarla compiutamente – nella relazione della finalità dell'azione. Nell'opera successiva chiari invece le basi teoretiche del finalismo criticando l'influenza del naturalismo, della sua teoria causale dell'azione, e della filosofia giuridica neo-kantiana, 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).

⁷³ Solo in un secondo momento, a partire dagli anni '50, l'ontologismo assunse un'importanza predominante e decisiva. V. l'opera di H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale* (1951), Milano, 1965.

Evidentemente, 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 fondamento⁷⁴. Tuttavia, come vedremo nel corso dell’indagine, 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 oggettivismo⁷⁵.

Il problema della responsabilità colposa, come ammise Werner NIESE, rappresentò il «bersaglio principale degli avversari della dottrina finalista»⁷⁶. E la ragione, oltre che nota, è facilmente intuibile. Una volta premesso, come fecero i finalisti, che l’azione umana è tale in quanto *diretta ad uno scopo*, ricostruire in termini giuridici l’azione colposa diventa molto più arduo che definire quella dolosa. Mentre nella seconda la *finalità* trova rispondenza nell’elemento volitivo richiesto dalla diritto – in altri termini: la “volontà” si riflette nel “dolo” –, nella prima si fatica non poco a coniugare l’irrinunciabile prospettiva ontologica con il disinteresse mostrato dall’ordinamento nei confronti del rapporto fra coefficiente psicologico effettivo e realizzazione del fatto tipico (colpa incosciente).

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*⁷⁷. Tuttavia questa prima soluzione fu presto contestata. Il principale errore di Welzel, secondo NIESE, sarebbe stato l’aver contrapposto azione colposa e azione dolosa già sul piano pregiudiziale; l’aver cioè subordinato dolo e colpa al concetto di azione concepito finalisticamente⁷⁸. Ciò avrebbe generato un «equivoco»⁷⁹ idoneo ad alimentare il fronte avverso alla dottrina finalista: la confusione fra dolo e finalità. In realtà, precisò Niese, mentre quello di “finalità” è un concetto pregiudiziale che distingue l’azione umana in quanto tale, “dolo” è un «concetto giuridico specifico sul piano della fattispecie», cioè

⁷⁴ Cfr. di recente G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *RIDPP*, 2011, I, 1, spec. p. 5 ss.

⁷⁵ Cfr. le riflessioni di G. V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza*, cit., spec. p. 126 ss.

⁷⁶ W. NIESE, *La teoria finalistica dell’azione nel diritto penale tedesco*, in *Jus*, 1951, I, 256, p. 265.

⁷⁷ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen* (2^a ed.), Berlin, 1949, p. 23.

⁷⁸ W. NIESE, *La teoria finalistica dell’azione nel diritto penale tedesco*, cit., p. 266.

⁷⁹ *Id.*, p. 260.

una sottospecie giuridica del concetto ontologico di finalità. Pertanto, «se ogni azione dolosa è finale, non ogni azione finale è anche dolosa»⁸⁰.

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»⁸¹. Per spiegare il rapporto fra colpa e finalità, Niese volle comunque 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 gli *consentirebbe* «l'uso della diligenza doverosa». La «violazione della diligenza obiettivamente richiesta» avrebbe riflesso 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 Struensee⁸², Niese dovette essere consapevole di abbandonare in questo modo i presupposti metodologici del finalismo⁸³. 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»⁸⁴ a connotare l'azione colposa, rappresentando il difetto volontaristico tutt'al più una discutibile presunzione possibile soltanto *a posteriori*. «Il disvalore dell'azione – con parole di Niese – sta nella violazione dell'obbligo oggettivo di diligenza»⁸⁵.

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. Già nel contributo pubblicato nel 1951 nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale* vennero sostanzialmente ripresi gli argomenti di Niese. Questi i passaggi fondamentali: l'azione imprudente è una «azione finalistica, la quale ha conseguenze non finalistiche»; esse sono come imputate come colpevoli all'agente «a causa dell'imprudenza dell'azione finalistica». «L'antigiuridicità dei delitti colposi

⁸⁰ *Id.*, p. 267.

⁸¹ *Id.*, p. 267.

⁸² E. STRUENSEE, *Die subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 53.

⁸³ Cfr. sul punto G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 65, il quale sostiene che con la «soluzione 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».

⁸⁴ W. NIESE, *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, cit., p. 269.

⁸⁵ *Id.*, p. 268.

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»⁸⁶.

L'aggiustamento di Niese e il tentativo di riformulazione compiuto da Welzel si riflettono nella critica che avanzò poco più tardi RODRIGUEZ MUÑOZ. Essa è degna di nota per diverse ragioni. Anzitutto perché all'opera di questo autore si deve l'ingresso della dottrina finalista nella cultura penalistica spagnola⁸⁷, dove continua tuttora ad esercitare una notevole influenza. Inoltre perché, pur accogliendo in buona parte le obiezioni già formulate da Engisch⁸⁸ e Mezger⁸⁹, egli anticipò in buona sostanza quanto solo più tardi scrisse Roxin⁹⁰. L'importanza del contributo di Rodriguez Muñoz venne peraltro riconosciuta da José Cerezo Mir (una delle più autorevoli espressioni del finalismo in Spagna)⁹¹ e dallo stesso Welzel, che in occasione della prima relazione tenuta di fronte ad un pubblico spagnolo proprio all'allievo di Jiménez de Asúa sentì di dover replicare⁹².

Rodriguez Muñoz contestò essenzialmente la possibilità da parte della teoria finalista dell'azione di fornire una spiegazione della colpa compatibile con le sue stesse premesse metodologiche. Il riferimento alla "finalità potenziale" avrebbe infatti rappresentato null'altro che uno spostamento dalla sfera ontologica a quella normativa; e il concetto di *evitabilità* dell'evento, oltre a non aggiungere nulla rispetto al precedente, avrebbe mostrato ancor più chiaramente che il giudizio sotteso non poteva che trovarsi sul piano del *dovere*⁹³. In definitiva, Welzel stesso avrebbe dimostrato l'inidoneità della sua premessa teoretica a costituire il fondamento di una teoria del reato⁹⁴. La dottrina

⁸⁶ H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *RIDPP*, 1951, 1, p. 13-4.

⁸⁷ Cfr. in particolare: J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, in *ADPCP*, 1953, VI, 2, 207; ID., *La doctrina de la acción finalista*, in *Anales de la Universidad de Valencia*, XXVII, 1953-4, 126.

⁸⁸ K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, 1944, 141.

⁸⁹ E. MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (trad. sp. a cura di F. Muñoz Conde), Valencia, 2000, p. 30 ss.

⁹⁰ C. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW* 74, 1962, 515; a cui WELZEL rispose in *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.

⁹¹ J. CEREZO MIR, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, cit., p. 561 ss.

⁹² H. WELZEL, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, in *ADPCP*, 1968, 2, 221, p. 226 ss.

⁹³ J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, cit., p. 132.

⁹⁴ J. A. RODRIGUEZ 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.

finalista avrebbe quindi fallito di fronte all'obiettivo di elaborare un concetto pregiuridico, unitario e superiore di azione valido per *qualunque* diritto penale⁹⁵.

Tenendo ferma la separazione concettuale tra piano ontologico e normativo, Welzel giunse successivamente a quella che può essere considerata la sua versione definitiva. Integrando la precedente costruzione, egli 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»⁹⁶; inoltre, coincidendo di fatto con Niese e confermando tra le altre le osservazioni di Rodriguez Muñoz, 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 e normativo*⁹⁷.

Significativamente, le critiche che arrivarono da seguaci e oppositori coincisero nella sostanza⁹⁸. 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 secondo un metodo “normativista” ma aveva soprattutto decretato la fine della teoria dell'azione⁹⁹. 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 metodologiche.

L'alternativa di fronte alla quale si trovò la teoria finalista fu perciò la seguente: degradare l'evento a “condizione obiettiva di punibilità”¹⁰⁰; oppure riconoscere che quel

⁹⁵ «Y ello – aggiunse J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, cit., p. 210-1 – no debe extrañar, pues (...) estos problemas no son precisamente de hoy. Se remontan nada menos que al tiempo en que al lado de los delitos de acción (la inmensa mayoría) se consideró prácticamente indispensable incriminar (aunque en reducido número) la omisión, y en que al lado de las propias conductas criminales (las dolosas), se eleva a categoría de delito lo que hasta entonces, precisamente por no representar una voluntad rebelde al derecho, como decía Binding, había tenido sólo la categoría de un cuasi delito. Claro que la necesidad práctica se imponía, pero esta imposición que plasma en los textos de ley crea dificultades muy graves cuando la doctrina quiere explicar de manera armónica realidades jurídico-prácticas tan heterogéneas. Dificultades tan graves que puede decirse que aún no se han podido superar con la necesaria pureza lógica».

⁹⁶ Cfr.: H. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (3ª ed.), Göttingen, 1957; ID., *Das deutsche Strafrecht* (6ª ed.), Berlin, 1958.

⁹⁷ Cfr.: H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964; ID., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, p. 7 ss., 16; ID., *Das deutsche Strafrecht*, (11ª ed.), Berlin, 1969, p. 131 ss.

⁹⁸ Cfr. J. CERESO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, cit., p. 64-5.

⁹⁹ Cfr.: C. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, cit., p. 515 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 111 ss.

¹⁰⁰ V. al riguardo: G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., p. 103 ss., 114 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 321 ss.; A. GIL GIL, *El delito imprudente*, cit., p. 91 ss.

nesso andava cercato e mantenuto sul piano normativo. Con Welzel, anche alcune fra le più recenti e ortodosse espressioni del finalismo hanno di fatto preso questa seconda direzione, con il risultato meritorio (specie di fronte all'aspirazione egemonica, culturale e sistematica, della *objektive Zurechnung*), per quanto involontario, di aver rimarcato il significato dell'azione – del disvalore dell'azione¹⁰¹ – senza rinunciare del tutto 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.

2.3. La crisi del “dogma causale” e la normativizzazione del fatto tipico. Le teorie della “causalità giuridica”.

Quella finalista fu soltanto una delle dottrine che durante i primi decenni del Novecento presero parte al generale superamento della concezione classica e naturalistica dell'elemento oggettivo del reato.

Il paradigma tradizionale entrò in crisi quando iniziarono a mostrarsi i limiti concettuali, epistemologici e giuridici della formula *sine qua non*¹⁰². La sua scarsa valenza euristica fu colmata dal metodo della «sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura»¹⁰³: ma di questo ci occuperemo nel prossimo capitolo. Dal punto di vista concettuale, epistemologico e giuridico ci si accorse invece 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 '70 dell'ottocento agli anni '60 del secolo scorso si svilupparono così una serie di teorie – della *causalità*, dell'*azione* e dell'*imputazione* – il

¹⁰¹ Cfr. J. CEREZO MIR, *La influencia de Welzel y del finalismo*, cit., p. 206-7.

¹⁰² 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 comunque unanimemente attribuita a von BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860; ID., *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873, il quale prese le mosse dall'assunto milliano secondo il quale 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, 1843, p. 323). Sulla *sine qua non Formel* v. fin d'ora l'acuta indagine critica di G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, p. 77 ss.

¹⁰³ Per tutti: K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (1975), Milano, 2000.

cui comun denominatore fu la giustapposizione di criteri naturalistici (prima) e normo-valutativi (poi) alla dimensione condizionalistica dell'ascrizione penale.

La prima forma di “reazione” alle insufficienze della *condicio sine qua non* fu la «teoria dell'adeguatezza»¹⁰⁴, concezione causale che si sviluppò nel terreno della responsabilità oggettiva – dei “delitti aggravati dall'evento” – dove l'assenza di requisiti soggettivi lasciava alla sola teoria dell'equivalenza il compito di determinare la punibilità dell'azione¹⁰⁵. 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 luce¹⁰⁶. Il concetto di *idoneità* assumeva allora essenzialmente il significato di *probabilità*¹⁰⁷. 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'azione¹⁰⁸. 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*¹⁰⁹.

In Spagna, la dottrina della causalità giuridica contribuì ad alleviare le preoccupazioni politico-criminali provocate dal sistema *versarista* previsto dal *Código penal* del 1944. Prima

¹⁰⁴ Teoria che prese forma nelle opere di C. L. von BAR, *Die Lehre von Kausalzusammenhänge im Rechte, besondere im Strafrecht*, Leipzig - Tauchnitz, 1871, e J. von KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1889, 9, 528.

¹⁰⁵ E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *RIDPP*, 1979, 755, p. 779 ss.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 21 ss.; F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *RIDPP*, 1988, 1217, p. 1259-60.

¹⁰⁶ V. sul punto M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 295 ss.

¹⁰⁷ Cfr., di recente, V. PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, p. 73 ss.

¹⁰⁸ V. ampiamente E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 25 ss., 30 ss.

¹⁰⁹ 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*, cit., p. 238-9). Non a caso, come vedremo più avanti, questo problema riemerge costantemente sia in materia di imputazione obiettiva che in materia di colpa.

della storica riforma del 25 giugno 1983¹¹⁰, il problema della responsabilità oggettiva veniva avvertito soprattutto in relazione ai «delitos cualificados por el resultado»¹¹¹, fattispecie caratterizzate dalla commissione dolosa di un reato-base e dall'imputazione dell'evento conseguente quando anche non voluto né previsto o prevedibile. Ad esempio: la morte o la lesione grave subita dalla donna, nel caso del delitto di aborto (art. 411); la morte conseguente alla commissione del delitto contro la salute pubblica di cui all'art. 348; la morte del minore come risultato del delitto di abbandono (art. 488).

L'imputazione dell'evento e l'aggravamento della pena erano espressione di un *versarismo* che la dottrina e anche parte della giurisprudenza cercarono di aggirare in via interpretativa nell'unico modo logicamente e semanticamente possibile: attraverso il ricorso alle teorie causali. In pratica si lesse il requisito causale del codice attraverso la lente della causalità giuridica¹¹². La teoria dell'adeguatezza divenne così una teoria dell'imputazione e al contempo uno strumento di implementazione del principio di colpevolezza¹¹³.

In Italia, l'idea dell'adeguatezza trovò espressione nella teoria della «causalità umana» di Francesco ANTOLISEI¹¹⁴. Benché l'autore rifiutasse di considerare la propria concezione causale come una sorta di *Adäquanztheorie* – così come Mezger non volle ricondurre con la propria

¹¹⁰ *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y parcial del Código Penal*, il cui principale ispiratore fu Enrique RUIZ VADILLO. Dell'illustre giurista v. *Principios básicos de la reforma penal. Algunas consideraciones sobre la modificación de 25 de junio de 1983 e La reforma penal en España: situación actual. La reforma penal de 1983*, ora entrambi in *Eguzkilore – CIVC*, 1999, n. e. 13, p. 55 ss., 81 ss.

¹¹¹ Cfr. all'indomani della riforma: J. A. SÁINZ CANTERO, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, in *EPC*, 1982-3, 396, p. 424 ss.; G. QUINTERO OLIVARES – F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, spec. p. 16 ss., 27 ss., 129 ss.

¹¹² Gli atteggiamenti assunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnola nei confronti di queste ipotesi possono così riassumersi. Un primo orientamento sposava la teoria del “dolo eventuale presunto” espressa dal codice, imputando così oggettivamente l'evento conseguente alla commissione dolosa del reato base; un secondo variegato orientamento, invece, cercando di rimediare alla logica del *versari in re illicita* e seguendo la direzione indicata da von Kries, cercava di escludere che sussistesse la relazione di causalità adeguata o, più tardi, l'imputabilità nel senso indicato dalla nascente *objektive Zurechnung*. Per maggiori dettagli si rinvia a J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 84-5.

¹¹³ 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*». La formula si ispira al § 56 StGB tedesco introdotto nel 1953 (attuale § 18: «*Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt*») e si rispecchia chiaramente nelle storiche pronunce della Corte Costituzionale n. 364 e 1085/1988. Sui i delitti qualificati dall'evento in Italia, Germania e Spagna, v. l'ampia indagine di F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., spec. p. 221 ss. (sulla giurisprudenza costituzionale italiana), 339 ss. (sul § 18 StGB), 762 ss. (sul necessario adeguamento dell'ordinamento italiano al principio di colpevolezza).

Il codice penale spagnolo del 1995 ribadisce che «*no hay pena sin dolo o imprudencia*» (art. 5) e non prevede nella Parte speciale alcuna fattispecie aggravata dall'evento.

¹¹⁴ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

Relevanztheorie alla più risalente teoria causale – con quella 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. Dovrebbe, ad es., applicarsi l'aggravamento di pena stabilito nell'art. 459 c.p. nel caso che la donna, a cui è stato procurato l'aborto, sia rimasta vittima di uno scontro ferroviario, mentre si recava in un luogo di convalescenza; si applicherebbe l'aggravamento di pena di cui all'art. 572 se la persona maltrattata sia morta in conseguenza di una grave e insospettabile anomalia fisica (ad es.: aneurisma all'aorta)»¹¹⁵, e via dicendo.

Queste considerazioni spinsero 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: «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, perchè, 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»¹¹⁶.

Facendo astrazione dalla categoria concettuale (la causalità) che funge da espediente per la riflessione di Antolisei, queste parole potrebbero riassumere la parabola di Welzel: dai caratteri ontologici 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: 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»; e che «il risultato non sia

¹¹⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* (7^a ed.), Milano, 1975, p. 314.

¹¹⁶ *Id.*, p. 189-90.

dovuto al concorso di fattori eccezionali», che in quanto tali sfuggono al suo dominio e alla sua signoria¹¹⁷. 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*»¹¹⁸.

Si potrebbe a questo punto obiettare – come è stato fatto anche nei confronti della più risalente teoria dell'adeguatezza e dell'attuale *objektive Zurechnungslehre* – che i concetti di *idoneità, possibilità, dominio e signoria*, nonché il concetto stesso di *prevedibilità*, rifletterebero in realtà criteri normativi attinenti alla sfera della colpa¹¹⁹. A questo riguardo, occorre però considerare due aspetti: uno di carattere giuspositivo e riguardante l'ordinamento italiano, cioè l'esistenza e la problematica formulazione dell'art. 41 del codice penale¹²⁰; 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»¹²¹.

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 nel «capitolo» dello «scopo di protezione della norma» e della «realizzazione del rischio»: quella dei «fattori sopravvenuti» fra la condotta inosservante e l'evento lesivo finale¹²².

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

¹¹⁷ *Id.*, p. 190-1.

¹¹⁸ *Id.*, p. 190.

¹¹⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 239-1.

¹²⁰ 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 *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 145, spec. p. 166 ss.

¹²¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 187.

¹²² *Infra*, par. 3.4.

“classica”¹²³. Egli, inoltre, ammetteva che l’evento lesivo materialmente causato da una condotta inosservante «leggi, regolamenti, ordini o discipline»¹²⁴ potesse essere accollato all’autore della trasgressione in via meramente *presuntiva (culpa in re ipsa)*¹²⁵. Insomma, il suo elemento soggettivo non presentava i contenuti e non assolvevano le funzioni ascrittive che, più tardi, Giorgio Marinucci (1965) attribuì 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 convergenza e sovrapposizione funzionale fra *colpa* e *objektive Zurechnung*¹²⁶. 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 concezioni della colpa¹²⁷. Così, una volta entrate nella cultura penalistica, diedero luogo alle teorie dell’azione, della rilevanza e, più tardi – come stiamo per vedere – alle teorie dell’imputazione obiettiva dell’evento¹²⁸.

Qualunque sia il quadro teorico-sistematico prescelto, va oggi tenuto presente che – come altri *topoi* – quello della “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 conoscenze fattuali e nomologiche *determinate* in base ad un parametro normativo che dovrebbe riflettere le aspettative dell’ordinamento (il suo “punto di vista”).

“Colpa” e “causalità” sono quindi categorie *convenzionali* e in quanto tali *normative* (non ontologiche) anche quando concepite in termini naturalistici¹²⁹. Esse corrispondono sempre, nelle

¹²³ Cfr. *supra*, par. 2.1.

¹²⁴ Cioè nei casi indicati dall’art. 43 cpi e riconducibili alla categoria dottrinale della “colpa specifica” (*infra*, Cap. 4, par. 2.1).

¹²⁵ «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.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ V. ancora per tutti E. DOLCINI, *L’imputazione dell’evento aggravante*, cit., p. 779 ss.

¹²⁸ Cfr., per l’esperienza spagnola, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 24 ss.

¹²⁹ La questione rimanda a quella che concerne il carattere *in se* normativo di una categoria concettuale e della sua possibile corrispondenza al piano dell’*essere*. Sulla normatività della “colpa” non possono esserci dubbi. Sulla “causalità”, anche quando intesa in senso materiale e condizionalistico, la disputa filosofica e giuridica incontra quella sull’idea di *imputazione*: nella recente letteratura penalistica italiana, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. lo studio di G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, cit., *passim*. Paradigmatica rispetto alla rapporto dicotomico tra *Kausalität* e *Zurechnung* è la teoria del diritto di Kelsen: volendo cfr. al riguardo i saggi di F. SCIACCA, *Kelsen su causalità e giustizia*, in *Filosofia*

loro tendenze evolutive, a misure assiologicamente e funzionalmente orientate. Per questa ragione, i contenuti che sono stati loro attribuiti dal pensiero penalistico 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 Beling¹³⁰, 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. Ciò, tuttavia, non determinò un improvviso cambiamento sostanziale. Il criterio della prevedibilità dell'evento, benché adottato dal «punto di vista dell'osservatore avveduto», continuò a rappresentare un criterio probabilistico 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. Il primo tentativo di affrancare l'adeguatezza dalla teoria della causalità fu infatti compiuto dal filosofo del diritto e civilista tedesco Karl LARENZ nel suo famoso studio del 1927¹³¹. Quest'indagine fu subito ripresa e adottata dal penalista Richard HONIG¹³², 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 i già menzionati studi di ENGISCH. In quelle opere, la colpa continuò a rappresentare la colpevolezza necessaria a fondare, in aggiunta all'illecito tipico, un rimprovero nei confronti dell'agente per il suo comportamento»¹³³. Ma il criterio

politica, 2008, n. 2, 189, e di L. ALBERTAZZI, *Il problema dell'imputazione nella teoria del diritto*, in *QCSFM*, 1989, III, 5 (cui segue la traduzione di H. KELSEN, *Die Entstehung des Kausalgesetz vom dem Vergeltungsprinzip*, 1939). Quel 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. ad es. 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*.

¹³⁰ 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 una recente indagine critica 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.

¹³¹ 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.

¹³² R. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, 1930, 174.

¹³³ Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 68; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 139.

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 trascurava la 'diligenza oggettivamente necessaria' per evitare l'evento che egli aveva il dovere di evitare»¹³⁴. 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. L'azione giuridicamente rilevante e penalmente tipica fu quindi concepita come la produzione mediante un atto volontario di conseguenze prevedibili e socialmente rilevanti¹³⁵.

L'interpretazione e lo sviluppo sistematico di questi contributi influenzarono profondamente le concezioni normative dell'illecito colposo che iniziarono a svilupparsi soprattutto a partire dagli anni '60 del secolo scorso¹³⁶. Schematizzando: un primo orientamento dottrinale, facendo proprio il superamento del concetto unitario di azione conseguito "involontariamente" da Welzel e abbandonando le «grossolane» concezioni psicologiche della colpa della dogmatica "classica", culminò nella teoria normativa dell'illecito colposo; altra dottrina, specialmente in Spagna e in Germania, sviluppando il *topos* dello «scopo di protezione» della norma, giunse all'elaborazione della denominata «moderna» teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento.

¹³⁴ Cfr. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 8; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 140.

¹³⁵ K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, cit., p. 141 ss.; ID., *Vom Weltbild des Juristen* (1950), Heidelberg, 1995, p. 36 ss.

¹³⁶ Paradigmatico il saggio di J. BUSTOS RAMÍREZ – H. HORMÁZABAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, in *EPC*, 1980-1, 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.

3. *Costruzioni normative dell'illecito colposo: teoria della colpa e objektive Zurechnungslehre.*

3.1. *La ricerca del “nesso di antigiuridicità” 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 antigiuridicità” fra la condotta (adeguata, socialmente rilevante, inosservante la diligenza richiesta nelle relazioni) e l'evento tipico. Come già ricordato, il carattere comune di queste dottrine consistette nell'individuazione di un criterio selettivo non-condizionalistico fondato sulla capacità dell'uomo, grazie alla conoscenze delle “leggi della natura”, di prevedere e dominare il corso causale degli eventi e le conseguenze delle proprie condotte. Di qui l'idea di fondo: il diritto penale può imputare soltanto le conseguenze *prevedibili* e *dominabili*. Si tratta evidentemente di un'idea non nuova¹³⁷. Ma, come abbiamo visto, la cultura positivista del XIX secolo e alcune contingenze di carattere giuspositivo favorirono lo sviluppo di teorie “oggettive” e assiologicamente “personalistiche” dell'imputazione penale *alternative* alla teoria della colpa.

All'interno delle varie correnti, tuttavia, divenne presto chiaro 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* e che consentisse di rispondere adeguatamente alla comune esigenza di “personalità”. Da questa consapevolezza iniziò a maturare, su diversi terreni e all'interno di differenti costruzioni concettuali, l'idea dello «scopo di protezione» della norma.

3.2. *Dall'adeguatezza come “probabilità” alla diligenza come “norma”.*

Le tendenze evolutive che abbiamo osservato fino ad ora – schematizzandole per ragioni espositive – appartengono in varia misura al “patrimonio genetico” della concezione normativa e sistematica della colpa attualmente più diffusa. Questo risultato si fonda essenzialmente su due elementi: l'idea di “colpa” come violazione di un dovere;

¹³⁷ Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 5 ss.; G. LUZZATO, voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *ED*, VII, Milano, 1960, 614.

il superamento del concetto unitario di azione e della concezione del “fatto” di reato come descrizione dell'accadimento materiale. L'inosservanza della misura di diligenza richiesta nelle relazioni sociali è ciò che rende *tipica* una condotta attiva od omissiva.

La definizione dell'aspetto attuale del fatto tipico colposo, come già si è detto, può essere in gran parte ritenuto un merito di Welzel¹³⁸. Tuttavia, benché la “svolta tipica” appaia riconoscibile già nelle prime opere¹³⁹, è nei suoi interventi più recenti che la “personalizzazione” dell'illecito legata alla concezione ontologista dell'azione umana riesce a coniugarsi con la necessità di spiegare la *condotta colposa* in termini normativi¹⁴⁰, risultato raggiunto, come riconosciuto dallo stesso Welzel, adottando il concetto nato nel solco delle teorie causali e sviluppatosi in quelle dell'azione: quello di *adeguatezza*. Non di meno, quello a cui Welzel ricorre per definire l'azione colposa *non è più* un criterio statistico e valutativo legato all'astratta conoscenza delle “leggi di natura”, cioè all'umana *capacità di previsione* secondo l'*id quod plerumque accidit*. Si tratta, invece, della «diligenza esteriore» (*äußeren Sorgfalt*) necessaria secondo una misura oggettiva. Il limite dell'agire lecito viene così ad essere definito dall'«*adeguatezza sociale*»¹⁴¹.

Si tratta di un punto cruciale, perché rappresenta 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

¹³⁸ Cfr. in Italia: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 136 ss; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 17, nota 31; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 10 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 35-6; in Spagna: 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.; B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 68-87; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 3 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, cit., p. 2 ss.

¹³⁹ Dove Welzel non cedette al «dogma unitario» ereditato dalla dogmatica classica (cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59 ss.).

¹⁴⁰ 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»

¹⁴¹ H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 15; ID., *La doctrina de la acción finalista, hoy*, cit., 228. Anche se, secondo alcuni, ricorrendo al concetto di «adeguatezza sociale», Welzel sarebbe semplicemente giunto, con ritardo, ai risultati già acquisito dalla ‘causalità adeguata’ (così ad esempio Arth. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 173, 227, nota 51; analogamente, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 80 ss.).

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 (cd. “ontologica”) della prognosi deve essere intesa sul piano normativo.

Ma v'è di più: dopo aver definito in base a *quali conoscenze (doverose)* e alla luce di *quali condizioni fattuali (riconoscibili)* un evento può dirsi *prevedibile*, occorre stabilire entro quali limiti e a quali condizioni il *rischio* o persino la *certezza* della sua verifica può ritenersi giuridicamente accettabile¹⁴². La dogmatica della colpa del Novecento rappresenta in buona parte la prosecuzione del tentativo storico di comprendere questo rapporto – un rapporto che s'inscrive più in generale in quello fra *essere umano* e *fenomenico* e che si riflette nella nozione sintetica assiologico-naturalistica di «*erlaubtes Risiko*»¹⁴³ – a partire da un metro di giudizio chiamato a rappresentare il “punto di vista”, le aspettative¹⁴⁴ e le esigenze del diritto. L'«oggettivo» di questa prospettiva riposa, quindi, sia nei «vincoli di realtà» che ci vengono dalla conoscenza empirica, sia nella metafora dietro la quale si cela l'idea stessa di *norma* come dover-essere e come pretesa giuridica¹⁴⁵: 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 (medio o ideal) cuidadoso*, e così via.

¹⁴² Il concetto di «adeguatezza sociale», pur nella sua intrinseca indeterminatezza (critici in questo senso, sulla scorta di J. Hirsch, J. BUSTOS RAMÍREZ – H. HORMÁZABAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, cit., p. 26 ss.) mostra la sua differenza qualitativa rispetto a quello di *mera* «adeguatezza» soprattutto in relazione a quelle attività, come quelle medica, che non soltanto implicano l'assunzione di un certo rischio ma anche e soprattutto la lesione di beni giuridici fondamentali: v. sul punto C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., spec. p. 154 ss.

¹⁴³ Nozione risalente a C. L. V. BAR, *Die Lehre von Kausalzusammenhänge im Rechte, besondere im Strafrecht*, Leipzig – Tauchnitz, 1871, p. 14. Essa, attraversando anche quella di «adeguatezza sociale» di Welzel, diverrà come vedremo un concetto chiave nella teoria dell'illecito colposo e nell'imputazione obiettiva dell'evento. Cfr. ad esempio, in Italia: 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; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 206 ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, spec. p. 140 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 149 ss.; in Spagna: E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 44 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 308 ss.; J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, p. 80 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, cit., p. 13 ss., 179 ss.

¹⁴⁴ 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*, Cap. 5.

¹⁴⁵ Cfr. W. GOLDSCHMIDT, *Normativismo y normologismo en Derecho penal y en Derecho internacional privado*, cit., p. 509 ss.

3.3. La fattispecie colposa.

Per la dottrina italiana, la formulazione dell'art. 43 cpi¹⁴⁶ ha fornito un supporto argomentativo fondamentale non soltanto per la collocazione sistematica dell'elemento normativo "colpa" all'interno del "fatto", ma anche per l'individuazione delle sue componenti strutturali.

L'essenziale "normatività" della colpa venne colta dalla scienza penale 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 fu la posizione mantenuta da Giacomo DELITALA¹⁴⁷.

Sul piano concettuale fu quindi determinante ammettere nella nozione e nella struttura della "fattispecie" la categoria degli elementi normativi¹⁴⁸. Naturalmente non si trattò – né si tratta – di un'opzione meramente terminologica¹⁴⁹, ma di un'opzione dogmatica gravida di conseguenze sistematiche. Tuttavia essa trovò fondamento anche nel diritto positivo.

Come abbiamo visto, già Marcello GALLO commentando l'art. 43 cpi 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»¹⁵⁰. Ciò nonostante – nonostante soprattutto l'aver colto il rapporto fra norma

¹⁴⁶ 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».

¹⁴⁷ G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 43 ss.

¹⁴⁸ Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 249 ss.

¹⁴⁹ E il fatto di aggettivare una condotta come colposa non svela necessariamente una concezione del reato inconsapevolmente "post-classica". Osserva però Paolo Veneziani 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 ciò lascerebbe intendere il riconoscimento del fatto «che è proprio la condotta, anzitutto, ad essere lecita o illecita» (P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 13, nota 10).

¹⁵⁰ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 637.

incriminatrice ed elementi normativi *ex art. 43* – restò fedele alla vecchia sistematica: si trattava di «elementi oggettivi dell'imputazione soggettiva», senza per ciò solo «appartenere all'elemento oggettivo del reato»¹⁵¹. Giorgio MARINUCCI fece il passo successivo: abbandonò la sistematica di Delitala e, seguendo la via metodologica indicata da WELZEL¹⁵², accolse nelle fattispecie di parte speciale – fattispecie «aperte» (*offene Tatbestände*) e «bisognose di integrazione» (*ergänzungsbedürftige Tatbestände*)¹⁵³ – l'elemento dato dall'inosservanza della *regola di fonte giuridica o sociale*.

Il percorso argomentativo compiuto dalla dottrina italiana è volto chiaramente a coniugare le suddette acquisizioni teoriche con il canone metodologico secondo cui la disposizione di all'art. 43 rappresenterebbe «l'ineludibile punto di partenza e di approdo di qualsiasi indagine dogmatica»¹⁵⁴. Sembra però opportuno distinguere ciò che davvero il testo codicistico può aver “ispirato” da ciò che in realtà ha semplicemente consentito e per nulla implicato¹⁵⁵. Volgendo di nuovo lo sguardo all'esperienza spagnola, si nota infatti – lo vedremo meglio strada facendo – come il passaggio dalla normatività della colpa alla sua “anatomica” inserzione nella fattispecie post-belinghiana sia avvenuto (sul piano dottrinale) a prescindere dal fatto che il codice vigente potesse mostrare chiaramente una *stretta relazione* tra fattispecie legale e carattere colposo della

¹⁵¹ *Id.*, p. 637.

¹⁵² Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73 ss.; nella dottrina più di recente, fra tutti: 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.

¹⁵³ H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 14-5.

¹⁵⁴ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 71; lo stesso principio metodologico è costantemente rimarcato da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 73 ss., 168 ss. e *passim*, anche e soprattutto nell'appoggiarsi al pensiero di Welzel.

¹⁵⁵ Si tratta di un'opportunità evidente soprattutto alla luce del fatto che proprio chi forse più di chiunque altro in Italia ha contribuito all'elaborazione della colpa penale oggi dominante (anzitutto come fatto tipico) ha sentito la necessità di un ritorno – a codice penale immutato – ad una concezione sistematica *classica* secondo cui la colpa (normativa) appartiene all'elemento soggettivo del reato (colpevolezza): G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss.

condotta¹⁵⁶. Ciò dipese piuttosto dalle medesime acquisizioni concettuali fin qui considerate¹⁵⁷.

3.4. Lo «scopo di protezione» della norma e il superamento delle teorie causali.

3.4.1. *La teoria della colpa (nella dottrina italiana).* – L'art. 43 del codice penale italiano giocò un ruolo importante – ma, di nuovo, non determinante – anche nell'indicazione di un aspetto piuttosto sottovalutato, almeno fino a tempi più recenti, da buona parte della dottrina tedesca e di quella in lingua spagnola: l'evento 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 non è quindi sufficiente. Occorre che fra regola inosservata ed evento sussista un “nesso”; e si

¹⁵⁶ La *clausola generale* prevista dall'art. 469 del cpe del 1848 – e mantenutasi sostanzialmente invariata nelle numerose riforme succedutesi fino all'entrata in vigore del vigente cpe del 1995 – prevedeva la punibilità per chi «*por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que si mediase malicia constituiría delito grave*». Questa formulazione, che rifletteva il principio politico-criminale della sanzione delle condotte colpose in via generale, si accompagnava alla previsione di un'ulteriore disposizione (art. 480, n. 7) che sanciva la punibilità a titolo di «*falta*» (categoria sostanzialmente corrispondente alle «contravvenzioni» del cpi) della condotta di chi «*por simple imprudencia, o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causar un mal que, si mediar malicia, constituiría delito*». Con la riforma del 1889 le ipotesi di «*falta imprudente*» vennero separate e contemplate da due norme generali a seconda che si trattasse di danno alla persona (punibile solo nelle ipotesi di omicidio e lesioni) o di danno alle cose (punibile in via generale).

L'entrata in vigore del codice penale del 1995 (24 maggio 1996) determinò il significativo passaggio – sul piano politico-criminale – dal modello del *numerus apertus* al sistema del *numerus clausus*, in virtù del quale «*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*» (art. 12). Nel codice attuale sono così previste numerose fattispecie di parte speciale che si distinguono in «delitos», quando commesse con «imprudencia grave» o «profesional» (ad esempio: *homicidio*, art. 142; *aborto*, art. 146; *lesiones* e *lesiones al feto*, artt. 152 e 158; *manipulaciones genéticas*, art. 159.2), e «faltas», quando integrate con «imprudencia simple».

Si noti al riguardo che – come previsto *in via generale* dal *Proyecto de Ley Orgánica* del 20 settembre 2013 per un nuovo codice penale – nel *código* attuale in taluni casi la *gravedad* della *imprudencia* non distingue soltanto il *delito* dalla *falta*, bensì il *confine fra lecito e illecito*: è il caso ad esempio del «*delito de daños*», che viene punito soltanto per *imprudencia grave* (art. 267).

Sull'evoluzione della disciplina codicistica spagnola in materia colposa, cfr. fra tutti: J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, in *DS*, 1996, 4, 1, p. 141 ss.; B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 303 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado* (2002), in *Id.*, *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, I, Arequipa, 2004, 33, p. 35 ss.

¹⁵⁷ Si tratta di acquisizioni teoriche che pure ebbero a loro volta delle ragioni giuspositive. 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” in termini penalistici: cfr. H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, cit., p. 8 ss.

tratta evidentemente un nesso di carattere normativo, perché il primo estremo della relazione è rappresentato dalla *antigiuridicità* della condotta¹⁵⁸.

L'esatta comprensione del problema richiederebbe di introdurre una serie di categorie concettuali che saranno tematizzate nel corso del lavoro, una volta conclusa questa parte retrospettiva. Sarà infatti opportuno distinguere fra regole cautelari «a struttura rigida» e regole cautelari «a struttura «elastica»¹⁵⁹; fra regole «proprie» e «improprie»¹⁶⁰, «tipiche» e «atipiche»¹⁶¹; nonché fra i concetti giuridico-penali di *azione* e *omissione*¹⁶².

Non è comunque un caso che l'esigenza di stabilire quel nesso di “causalità normativa” sia emersa principalmente 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 circostanze concrete» e che fissano «una volta per tutte la misura del “rischio permesso”»¹⁶³. È noto ed 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»¹⁶⁴. Più complesso appare invece il caso di scuola che abbiamo già incontrato occupandoci della teoria della «causalità umana» e del suo tentativo di limitare l'imputazione dell'evento attraverso il criterio di *eccezionalità* e *assoluta imprevedibilità*¹⁶⁵: 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,

¹⁵⁸ Lasciamo per il momento da parte il secondo termine del rapporto. Ma, come vedremo già occupandoci della “causalità omissiva”, l'evento non può essere inteso in senso materiale e richiede un certo grado di “normativizzazione” (*infra*, Cap. 3).

¹⁵⁹ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 236 ss., 241 ss.

¹⁶⁰ P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 15 ss.

¹⁶¹ Al riguardo sarà utile riprendere e valorizzare una distinzione talvolta rigettata (dalla dottrina contraria a una concezione “deontica” della colpa penale) e più spesso sottovalutata in letteratura: quella fra *lex artis*, intesa come regola cautelare *standard* valida in relazione e situazioni tipiche, e *dovere di diligenza*, che nel caso concreto può divergere dalla prima: la mostra chiaramente C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 273 ss., e II, p. 268 ss., spec. 271-2, citando H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (11ª ed.), cit., p. 184.

¹⁶² *Infra*, Cap. 3, par. 1.2.

¹⁶³ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 241-2.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 272.

¹⁶⁵ *Supra*, par. 2.3.

non contemplava certo lo scopo di proteggere l'integrità fisica altrui dal pericolo di combustioni improvvise e letali»¹⁶⁶.

L'esclusione della colpa *nonostante la precedente violazione* si fonda quindi su un principio di fondo ("suggerito" anche dal tenore letterale dell'art. 43 cpi): l'evento deve essere «uno di quelli che la norma violata mirava a prevenire»¹⁶⁷. Il criterio dello «scopo di protezione» entrò così a far parte della teoria della colpa definendo una parte di quel "nesso" necessario ad escludere che l'imputazione mascherasse una forma di *versari in re illicita*¹⁶⁸. Il contributo di Marinucci del 1965 non fu peraltro il primo ad occuparsene¹⁶⁹. Sotto l'*insegna della colpa*, come egli stesso segnalò, persino alcuni autori legati al paradigma presuntivo della *culpa in re ipsa* avevano già chiaramente mostrato come la responsabilità colposa dovesse essere circoscritta ai soli eventi rientranti nell'ambito di protezione della norma violata¹⁷⁰.

Ma un analogo tentativo di limitazione era stato compiuto anche *dal punto di vista causale*¹⁷¹. Come abbiamo visto, le teorie della causalità giuridica aveva adottato un metodo di giudizio – inizialmente nello specifico terreno dei *delitti aggravati dall'evento* e 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. Si trattava evidentemente di un concetto normativo di «interruzione», figlio di una concezione non condizionalistica di causalità.

Chiaramente, i casi che possono essere trattati sotto l'*insegna della causalità giuridica* e quelli che possono essere valutati sul piano della colpa sono gli stessi. Le ragioni che hanno favorito lo sviluppo e la circolazione delle teorie causali laddove *oggi*

¹⁶⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 272.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 272.

¹⁶⁸ «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*» (G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 57).

¹⁶⁹ Nella letteratura penalistica italiana, cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 642. Ma si tratta di una teoria di origine civilistica: v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 424-5, nota 190, e G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 11-2.

¹⁷⁰ V. ad esempio F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 33, nota 54. 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.

¹⁷¹ E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante*, cit., p. 798 ss.

pare più opportuno ragionare in termini di colpa sono già state in parte considerate. Possiamo a questo punto capire meglio perché l'utilizzo dell'una o dell'altra prospettiva non è affatto indifferente, soprattutto in termini applicativi. L'esempio del semaforo e del successivo investimento lo mostra chiaramente. Ragionando in termini di 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 e tipica in virtù della concreta riconoscibilità di ciò che stava per accadere dal "punto di vista" dell'automobilista-modello¹⁷². 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 più recente fra teorie che seguono le evoluzioni concettuali della colpa e orientamenti che si sviluppano a partire dalla "causalità giuridica" e definiscono la diligenza obiettivamente dovuta attraverso un *criterio di prevedibilità concepito in termini astratti*. Questa seconda tendenza – visibilissima sia in dottrina che in giurisprudenza –, essendo metodologicamente incapace di fondare il rimprovero "oggettivo" – quello fondato sull'integrazione del tipo – sul *disvalore della condotta* (secondo un giudizio *ex ante*), è costretta ad esasperare il ricorso ad una serie di criteri normativi che le consentano *ex post* di escludere l'imputazione. Ciò tuttavia viene fatto senza che "a monte" il modello di previsione (la norma) su cui deve basarsi il criterio della «realizzazione del rischio», e qualunque altro ne sia fatto derivare, sia stato adeguatamente "concretizzato"¹⁷³.

3.4.2. *L'imputazione obiettiva dell'evento (nella dottrina tedesca e spagnola)*. – Intorno agli anni '60 del secolo scorso, il criterio dello «scopo di protezione» fu

¹⁷² È già evidente che sussiste uno strettissimo legame fra giudizio di prevedibilità in concreto – come giudizio volto a determinare la misura di diligenza obiettivamente in ipotesi di colpa generica –, e "scopo di protezione della norma" o criterio della "realizzazione del rischio". Per il momento si rinvia per tutti a G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 359 ss.

¹⁷³ Cfr. di nuovo l'approfondita 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 AP, 2011, 2 (web), p. 18 ss.

“scoperto” anche all’interno del filone di pensiero che, aggiornando le teorie causali e recuperando le omologhe teorie dell’imputazione di Larenz e Honig, culminò nella «*moderne objektive Zurechnungslehre*».

Solitamente, l’origine del “nuovo corso” viene attribuito a Claus Roxin, alla svolta politico-criminale del suo *Berliner Programm*¹⁷⁴ e ai suoi *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht* del 1970¹⁷⁵. Tuttavia, come già ricordato in sede introduttiva, nel 1966 vide la luce una monografia che merita di essere menzionata prima del contributo roxiniano. Si tratta dello studio di Enrique GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado*¹⁷⁶. Il lavoro venne pubblicato in lingua spagnola ma costituisce la rielaborazione di una ricerca – la tesi dottorale del suo autore – presentata in Germania già nel 1962¹⁷⁷.

L’idea principale del contributo venne recuperata dalla più risalente opera di Engisch: «las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado»¹⁷⁸. Tuttavia, riferendosi in particolare al noto *caso della novocaina* presentato da Exner e ridiscusso da Engisch, Gimbernat valorizzò il “nuovo” profilo normativo-teleologico (lo scopo della norma) considerandolo un criterio selettivo *alternativo* a quello ipotetico-prognostico: «es irrelevante lo que habría sucedido si...; lo único que importa es averiguar si la ley se dirigía o no con el establecimiento de un deber de diligencia a evitar un resultado como el que se produjo»¹⁷⁹.

¹⁷⁴ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, p. 25 ss.

¹⁷⁵ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 132.

¹⁷⁶ Questo lavoro è importante per varie ragioni: esso introdusse per la prima volta in Spagna il criterio dello «scopo di protezione» della norma (cfr. per tutti J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español*, cit., p. 148) facendone un criterio di «imputazione obiettiva» (anche se, come abbiamo visto, era già studiato dalla dottrina penalistica italiana della colpa, oltre che da quella civilistica); da un punto di vista più generale, promosse inoltre una tendenza metodologica che sarà evidente nella dottrina spagnola soprattutto a partire dagli anni '80 del secolo scorso, cioè quella di rivolgersi quasi esclusivamente alla letteratura penalistica tedesca.

¹⁷⁷ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, cit., *passim*.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 141, nota 83. L’autore, in particolare, si rivolge criticamente alla teoria dell’*aumento del rischio* già proposta da C. ROXIN (*Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW* 74, 1962, 411). Questa tesi di Gimbernat – cioè la generale irrilevanza del giudizio avente ad oggetto la “condotta alternativa diligente”, in Spagna è stata più di recente sostenuta nello studio di M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, *passim*, che di fatto riprende e sviluppa il pensiero del maestro.

Al di là di più particolari profili dogmatici – fra i quali l'apparente dimenticanza della “causalità omissiva”, che come noto viene accertata attraverso un giudizio ipotetico-prognostico (che cosa sarebbe accaduto se l'agente avesse agito “correttamente”?)¹⁸⁰ – è importante sottolineare la natura dell'indagine di Gimbernat: essa non volle rappresentare un contributo sulla colpa¹⁸¹, bensì uno studio sulla *tipicità* e sulla «*teoría de la reprochabilidad objetiva*»¹⁸². Non a caso, il “dovere di diligenza” – aspetto logicamente e dogmaticamente presupposto – non è praticamente considerato nei suoi aspetti più intimi e problematici, che sono però anche quelli che distinguono la colpa dalla mera adeguatezza (come già più volte rimarcato). L'obiettivo dello studio fu piuttosto *aggiungere* all'*Adäquanztheorie* – che restò il perno della condotta antiggiuridica¹⁸³ – un criterio normativo che desse un nuovo “volto” all'illecito penale: superando nell'immediato il problema rappresentato dai *delitos cualificados por el resultado*¹⁸⁴; e fondando una *teoría general de la imputación objetiva del evento*¹⁸⁵.

Nella dottrina tedesca, la necessità di accertare, 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 Ulsenheimer¹⁸⁶ e da Rudolphi¹⁸⁷. Ma solo nel famoso

¹⁸⁰ La tesi dell'autore sulla causalità omissiva è però chiarita in un più recente studio: E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, in *ADPCP*, XLVII, f. III, 1994, 5, spec. 37 ss. Ci ritorneremo *infra*, Cap. 3, par. 1.2 ss.

¹⁸¹ Così invece viene inteso nel famoso contributo polemico di G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 1991, p. 12-3.

¹⁸² E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 105 ss., spec. p. 107 ss.

¹⁸³ Cfr. di nuovo E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 108-10: dagli enunciati di principio e dagli esempi proposti si desume chiaramente che il concetto di *diligencia debida* presupposto dall'autore – nonostante il generico riferimento al parametro normativo del «hombre prudente» – corrisponde ad una generica *adecuación*.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ Per questa prospettiva, più di recente, cfr.: S. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 9 ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 789 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*.

¹⁸⁶ 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 – come visto nel Cap. 1 – che si trattava a quel tempo dell'unico lavoro, dopo la sua tesi dottorale del 1962, che si fosse occupato attentamente della questione (E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., p. 147, nota 95 a).

¹⁸⁷ H.-J. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, 549.

scritto di ROXIN del 1970¹⁸⁸ il criterio in parola iniziò ad essere valorizzato – come nel precedente studio di 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»¹⁸⁹. Fra i numerosi casi portati¹⁹⁰, egli considerò la problematica categoria dei “danni secondari”, ed in particolare il caso del “danno da *shock*” subito dalla madre della vittima di un investimento colposo. Ebbene, scrisse Roxin che in casi del genere, avendo l'investimento – *rectius*, l'omicidio colposo – *creato il pericolo che si producesse tale tipo di danno secondario*, esso (lo *shock* subito dalla madre) *non poteva certo ritenersi imprevedibile per l'automobilista*. La soluzione al problema dell'imputazione andava allora cercata studiando il nesso in questione e, nel caso di specie, risolta limitando la sfera di protezione della norma ai soli «danni diretti»¹⁹¹.

L'esigenza di circoscrivere gli eventi *imputabili* rispetto a quelli *prevedibili* assunse natura dichiaratamente politico-criminale nel successivo scritto del 1973¹⁹², diventando così espressione paradigmatica dell'indirizzo normativo-teleologico. In quello studio Roxin esaminò nuovamente una notevole quantità di categorie casistiche – fra le quali: il concorso colposo in 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 e “superiore” dello «scopo di protezione». Esso, quindi, 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 giuridico-penale e, al suo interno, la problematica relativa alla delimitazione del campo degli eventi ascrivibili per colpa¹⁹³.

La riflessione attuale costituisce sostanzialmente lo sviluppo di questo indirizzo metodologico. Lo «scopo di protezione della norma», che lo si ritenga elemento proprio

¹⁸⁸ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., p. 132.

¹⁸⁹ Cfr. sul punto: J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, cit., p. 36 ss.; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *IP*, 2006, 945, p. 949 ss.

¹⁹⁰ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., p. 140 ss.

¹⁹¹ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., p. 142.

¹⁹² C. ROXIN, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, in *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, 181.

¹⁹³ *Id.*, spec. p. 198-9.

della teoria della colpa¹⁹⁴ o un portato della teoria dell'imputazione obiettiva¹⁹⁵, rappresenta la matrice di una serie più o meno definita di sotto-criteri chiamati a illuminare il “nesso normativo”¹⁹⁶ fra condotta illecita ed evento per ciascuna categoria di casi problematici¹⁹⁷.

3.5. Il comportamento alternativo conforme a diligenza (fra causalità, colpa e imputazione obiettiva).

I prodromi del medesimo indirizzo metodologico si scorgono già nel più risalente contributo sulla connessione tra illiceità ed evento nell'ambito specifico del delitto colposo¹⁹⁸. In quel saggio, ROXIN ripresentò il criterio dell'*aumento del rischio*¹⁹⁹ esaminando i ben noti casi del *farmacista*, del *ciclista* e della *novocaina*²⁰⁰. Lo studio s'inscrive pertanto nella più generale tematica della «condotta alternativa lecita» (o «doverosa») opponendosi al dominante criterio della «evitabilità»²⁰¹.

L'ambito in questione è quello costituito dai casi in cui l'evento si sarebbe *possibilmente, probabilmente o quasi certamente* verificato nonostante l'adozione di un contegno diligente²⁰². Contro la teoria più restrittiva – secondo cui la *prevenibilità*

¹⁹⁴ Per tutti, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., *passim*.

¹⁹⁵ Cfr., per tutti: E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Que es la imputación objetiva?*, in *EPC*, 1985-6, 167, spec. p. 175 ss.; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 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*.

¹⁹⁶ 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 esempio G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 432-3, 657 (che propende per “realizzazione del rischio”) e M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 265 (che predilige «*Zweck der Norm*», scopo della norma).

¹⁹⁷ 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*). Cfr., per tutti: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 359 ss., spec. 547 ss.

¹⁹⁸ C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, cit., 411.

¹⁹⁹ *Id.*, spec. 431 ss. Il criterio dell'aumento del rischio, segnalò Roxin, era già stato proposto Mittasch in un «dimenticato» contributo del 1943.

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 264 ss., spec. 272 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

²⁰² Si tratta di casi ampiamente discussi nella dottrina tedesca soprattutto a partire dal contributo di F. EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in A. Hegler (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, 569.

dell'evento andrebbe accertata in base al canone di giudizio dell'*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*, e, dall'altro, ad evitare assoluzioni non condivisibili sul piano *politico-criminale*²⁰³.

Questo problema, si noti, non venne immediatamente distinto dal criterio della «realizzazione del rischio»²⁰⁴. E ciò si spiega in ragione dell'impostazione poc'anzi accennata, cioè della definizione dell'illiceità della condotta non già in termini di prevedibilità o di violazione del dovere ma di «creazione di un rischio illecito» o «non consentito»²⁰⁵. In realtà, come viene ormai da più parti opportunamente sottolineato²⁰⁶, il criterio dell'ambito di protezione della norma e della realizzazione del rischio va tenuto concettualmente separato dal giudizio che concerne l'ipotetica idoneità preventiva della condotta conforme al diritto. Ciò non toglie che, in taluni casi, un aspetto del “nesso di anti giuridicità” possa assorbire o confondersi con l'altro. Ma questo dipende ancor una volta dalla natura dell'elemento dogmatico logicamente presupposto: il *dovere di diligenza* e la *regola cautelare* in cui esso si concretizza²⁰⁷.

La teoria di Roxin venne criticata per alcune essenziali ragioni. Il primo problema della sua esposizione riguardò una certa ambiguità di prospettiva. Non fu

²⁰³ Spiega chiaramente termini e natura della questione, di recente, G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 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'osservanza 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, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, cit., p. 157 ss.

²⁰⁴ 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.). Cfr. di nuovo al riguardo: E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, spec. p. 140 ss.; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., spec. p. 199 ss., 228-9; ID., *¿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. Per questi autori il criterio dello “scopo di protezione” rappresenta un'alternativa al giudizio sull'idoneità impeditiva del comportamento alternativo lecito (e quindi alle teorie dell'evitabilità o dell'aumento del rischio).

²⁰⁵ Cfr. sul punto G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., p. 949 ss.

²⁰⁶ Ad esempio da M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 473 ss., e da G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 429, 446.

²⁰⁷ Mette bene in evidenza la stretta relazione esistente fra tipologia e funzione della regola cautelare e nesso di anti giuridicità, nella letteratura italiana più recente, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., *passim*. Questo studio verrà più avanti ripreso.

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 Ulsenheimer²⁰⁸ – determinano *ex ante* un aumento del rischio²⁰⁹. L'incontestabilità della critica venne di fatto riconosciuta da Roxin nel citato contributo del '70, dove 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*²¹⁰. Questa soluzione, benché conservi anche secondo alcuni seguaci una certa ambiguità, è quella accolta dalla successiva dottrina dell'aumento del rischio²¹¹.

In senso critico, si ecceperono anche la violazione del principio *in dubio pro reo* e la surrettizia trasformazione dei reati colposi di evento in *reati di pericolo concreto*. Ci occuperemo fra poco di questi ulteriori aspetti, poiché essi riaffiorano nel dibattito più recente soprattutto in relazione alla distinta questione dogmatica della cd. *causalità omissiva*. Nei reati «omissivi impropri», come noto, l'accertamento della causalità di traduce nel medesimo giudizio ipotetico in cui si sostanzia il criterio ascrittivo del «comportamento alternativo lecito». Si tratta, secondo la dottrina dominante, di valutare se l'intervento doveroso del garante nel decorso causale sarebbe stato idoneo, con una «*probabilità confinante con la certezza*», ad impedirne l'esito infausto²¹².

Tuttavia, specialmente rispetto al settore della responsabilità medica, data la particolare *natura delle regole cautelari* disponibili in quel contesto, si è di recente richiamata l'attenzione sull'esigenza – epistemologica, oltre che giuridica – di riconsiderare il significato e l'incidenza delle valutazioni controfattuali sottese al giudizio di responsabilità. L'intenzione espressa da parte della dottrina è – come vedremo – quella

²⁰⁸ K. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, cit., p. 134 ss.

²⁰⁹ Analogamente, più di recente, C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 263.

²¹⁰ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., spec. nota 18, dove si distingue chiaramente il giudizio sulla creazione del rischio non consentito (*ex ante*) da quella sull'effettivo aumento del rischio (*ex post*).

²¹¹ Cfr.: B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, in JA, 1975, 435, 647 ss., p. 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.

²¹² G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 405 ss.

di proporre una «più approfondita e aggiornata teoria dell'aumento del rischio» e della «mancata diminuzione del rischio»²¹³.

²¹³ Per un primo riferimento, di nuovo, G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., spec. p. 959 ss.

CAPITOLO TERZO

LA STRUTTURA DELLE FATTISPECIE COLPOSE CAUSALMENTE
ORIENTATE. IL RAPPORTO DI CAUSALITÀ FRA SPIEGAZIONE E
IMPUTAZIONE DELL'EVENTO*1. Concezioni naturalistiche e normativistiche del “rapporto di causalità”.**1.1. Introduzione: causalità e diritto penale.*

Quasi tutte le teorie dell'imputazione proposte dalla dottrina penalistica – comprese le teorie della «causalità giuridica» tratteggiate poco fa¹ – si basano sul presupposto secondo cui un evento può essere attribuito ad un agente solo se il suo comportamento può dirsi condizione *sine qua non* dell'evento medesimo². Il momento normo-valutativo dell'imputazione dovrebbe quindi seguire quello naturalistico, ricadendo su condotte che abbiamo *materialmente offeso* o per lo meno *messo in pericolo* beni giuridici penalmente rilevanti.

Già sappiamo, però, che quanto detto può valere solo in linea di principio. Il diritto penale conosce forme di incriminazione che mal si adattano ad una pre-selezione rigorosamente naturalistica e condizionalistica delle condotte rilevanti. Basti pensare al concorso di persone nel reato, rispetto al quale la difficoltà di distinguere la “mera agevolazione” o l'attività di “rinforzo” dalla partecipazione necessaria e, più in generale, le condotte realmente causali fra tutte quelle potenzialmente coinvolte nella plurilaterale produzione di un evento, ha spinto parte della dottrina ad abbandonare il paradigma condizionalistico in favore di un metodo di imputazione a carattere normativo³.

¹ *Supra*, Cap. 2, par. 2.3.

² A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *CP*, 2005, 9, 1037, p. 1037-8. Il requisito “minimo” della causalità della condotta risponde ad esigenze garantistiche troppo note per doverci soffermare: basti il rinvio a M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti fra causalità e imputazione*, in *RIDPP*, 2011, p. 494 ss.

³ Per un quadro di sintesi, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 495 ss. Cfr. in particolare: G. A. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 328, p. 332 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 27 ss.; A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1059 ss.

L'impossibilità di fondare la responsabilità su di un rapporto materiale tra condotta ed evento si vede poi chiaramente nei reati omissivi impropri (o commissivi mediante omissione), dove il nesso "causale" fra la condotta omissiva del garante (la sua mancata o inadeguata attivazione) e l'evento da evitare può essere concepito solo in termini normativi⁴. Ma nemmeno la causalità commissiva può essere intesa in un senso puramente naturalistico. Consideriamo fin d'ora quest'esempio: quando si rimprovera al soggetto siero-positivo consapevole di aver trasmesso l'*HIV* (con dolo o con colpa, questo ora non importa), ciò che si contesta è la causazione di un evento penalmente rilevante. Affinché l'introduzione di un virus pericoloso o mortale nell'altrui organismo possa dirsi tale, è necessario qualificarlo attraverso una duplice valutazione: dobbiamo stabilire se l'infezione risponde al concetto extra-giuridico di «malattia»⁵ (nozione medica, ma non per questo a-valutativa) e se tale malattia rispetta i requisiti del «danno penalmente rilevante». Beninteso, la nozione giuridica di danno non implica o non include necessariamente quella di «malattia»; ma in un caso di questo genere è la seconda – la sua matrice scientifica e la sua ipotetica riconducibilità ad una legge di copertura – che consente di spiegare (provare) ed affermare giuridicamente la sussistenza del primo e della «lesione personale» *ex art. 590 cpi*⁶.

L'idea di "causalità" attraversa tutta la storia del pensiero occidentale, da Aristotele a Hume, da Stuart Mill alle celebri critiche di Russell, giungendo fino a noi come il concetto più «scandaloso» ma al contempo irrinunciabile del metodo conoscitivo⁷. L'aporia gnoseologica non risparmia neppure il giurista, il quale riesce a fondare le proprie teorie dell'imputazione sulla base logico-materiale fornita dalla *condicio sine qua non* finché ragioni sostanziali, probatorie o politico-criminali non suggeriscano la sua sostituzione con criteri di tipo normativo.

Il concetto di causalità penalmente rilevante adottato in dottrina e giurisprudenza è frutto di una duplice assunzione concettuale: la teoria dell'*equivalenza delle cause* e la

⁴ J. BUSTOS RAMÍREZ – H. HORMÁZABAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, cit., p. 23-4, 32; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 407 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, in *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, p. 35 (anche per i riferimenti alla dottrina tedesca).

⁵ Cfr. in argomento V. CAGLI, *La crisi della diagnosi. Cosa è mutato nel concetto e nelle procedure della diagnosi medica*, Roma, 2007, p. 11 ss.

⁶ «*Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito...*» (art. 590 cpi).

⁷ B. RUSSEL, *On the Notion of Cause*, in *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 13, 1912-13, p. 171 ss.; ID., *La scienza è superstiziosa?*, in *Saggi scettici*, Milano, 1998, 29, p. 37.

csqn. La prima considera “cause”, in pari misura, tutte quelle coinvolte nella produzione di un evento; la seconda riconduce il concetto di *causa* a quello di «condizione necessaria»⁸. Nel novero delle cause-condizioni di un evento occorre quindi individuare la condotta o le condotte umane senza le quali l'evento stesso non si sarebbe verificato. Quest'opera di selezione implica un giudizio contro-fattuale, il noto procedimento di “eliminazione mentale”.

Paradigmatica delle persistenti tensioni fra naturalismo e normativismo sul piano causale è, come noto, la polemica sulla utilizzabilità della *csqn* nelle ipotesi di «causalità alternativa ipotetica» e di «causalità addizionale» o «cumulativa». Fra i casi del primo tipo possiamo ricordare quello proposto da Engisch e più di recente ripreso in Spagna da Enrique GIMBERNAT: mentre il boia si accinge a dare esecuzione a una pena di morte, il padre della vittima del delitto, desideroso di vendicarsi, aziona *manu propria* la ghigliottina uccidendo il condannato⁹. Fra i casi del secondo tipo possiamo invece pensare a quello dell'incendio nella versione proposta da Antonio PAGLIARO: Tizio e Caio, indipendentemente l'uno dall'altro, appiccano il fuoco alla casa di Sempronio, ma si accerta che l'incendio sarebbe stato praticamente identico se avesse agito soltanto Tizio o soltanto Caio¹⁰. Ora, in relazione ad entrambe le categorie casistiche si è scritto che l'applicazione automatica della *csqn* porterebbe a risultati inaccettabili: nel primo caso, eliminando mentalmente lo scatto vendicativo del padre, non verrebbe meno la morte del condannato, che «sarebbe stato ucciso alla stessa ora e nelle stesse circostanze»¹¹; nel secondo, analogamente, escludendo ipoteticamente l'una o l'altra condotta, si dovrebbe concludere che l'incendio «sarebbe stato praticamente identico»¹². Si noti che entrambe

⁸ Sulla formula *sine qua non*: F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 1 ss.; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1221 ss.; cfr. inoltre, con particolare riguardo alla corrispondente «condizione INUS» di J. L. Mackie, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *RIDPP*, 2002, 2, 634, p. 665 ss. Una delle più classiche critiche alla teoria della causalità penalmente riguarda, come noto, il rapporto fra la *sine qua non Formel* di von Buri e l'idea milliana secondo è “causa” l'insieme delle condizioni positive e negative prese insieme: nonostante i diffusi richiami alla teoria di Stuart Mill, di essa la teoria condizionalistica costituirebbe l'esatto «rovesciamento» (G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, cit., p. 77 ss., 81 ss.) Ma non si tratterebbe di una confusione solo penalistica, bensì tipica di tutto il pensiero filosofico moderno (cfr. sul punto M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., spec. p. 526 ss.). Assumiamo quindi che per “causa” si intenda la condizione umana necessaria a determinare la verifica di un evento concorrendo altre condizioni contingentemente necessarie.

⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, in *ADPCP*, 1994, 5, cit., p. 7-8.

¹⁰ A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 792.

¹¹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 8.

¹² A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 792.

le obiezioni, almeno nella prospettiva teorica assunta dagli autori non a caso citati, varrebbero a giustificare il ricorso a criteri normativi di *imputazione oggettiva dell'evento*. Esse, però, appaiono facilmente superabili senza appello ad ulteriori costruzioni. Considerando come estremo del rapporto condizionalistico l'evento davvero *hic et nunc*, infatti, non c'è alcun bisogno di interventi correttivi: l'uccisione del condannato per mano del padre della vittima non corrisponde all'ipotetica uccisione per mano del boia (l'azione del vendicatore è pertanto condizionalistica); l'incendio provocato *da Tizio e da Caio* non equivale all'ipotetico incendio provocato *solo da Tizio o solo da Caio* (rispetto all'evento-incendio concretamente verificatosi, quindi, entrambe le condotte possono dirsi condizionalistiche)¹³.

Un'altra critica ricorrente è quella secondo cui, siccome «ogni condizione indispensabile di un evento ha le sue proprie condizioni indispensabili, l'evento non risulterebbe mai correttamente spiegato ed imputato a meno che non venga individuata l'intera serie causale regressiva (e teoricamente infinita) di condizioni necessarie»¹⁴. La replica a questa obiezione fa leva sul carattere penalmente rilevante del concetto di causa che dobbiamo considerare. Come abbiamo visto nel capitolo precedente¹⁵, l'incapacità selettiva della teoria condizionalistica venne per lungo tempo superata ricorrendo alle teorie della causalità giuridica. Oggi, nonostante la perdurante previsione di ipotesi di responsabilità oggettiva¹⁶, vi è generale accordo nel ritenere che la condotta eziologicamente rilevante, in quanto elemento di una fattispecie, può dirsi tipica soltanto qualora sussistano (quantomeno) il dolo o la colpa¹⁷.

¹³ Così, per tutti, pur parlando di «correttivo del riferimento all'evento concreto», G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 226. Una soluzione analoga può essere adottata anche in relazione alla altrettanto nota obiezione – almeno nell'ordinamento italiano – facente leva sul tenore letterale dell'art. 41 cpv. cpi, secondo il quale le «cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento». Contrariamente all'intenzione espressa nei «lavori preparatori» e concretizzatasi nella teoria della «causalità umana» di Antolisei (cfr. *op. ult. cit.*, p. 246), come è stato scritto più di recente – sembra in maniera condivisibile –, «se consta la riconducibilità dell'evento ad una condizione cronologicamente successiva, questa getta retrospettivamente luce sulla “non necessità” della conditio umana alla verifica dell'evento e la respinge, quindi, nel buio del penalmente irrilevante» (...). In qualunque accezione lo si voglia assumere, l'art. 41, comma 2, diviene così una semplice “prova del nove” rispetto all'accertamento già compiuto o, se si preferisce, una formulazione “in negativo” di quanto espresso nelle norme del codice che precedono»: O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 686-7.

¹⁴ Sul punto, F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1227-8.

¹⁵ *Supra*, Cap. 2, par. 2.3.

¹⁶ V. la già citata indagine comparatistica di F. BASILE, *Colpa in attività illecita*, cit., *passim*.

¹⁷ Per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (4^a ed.), Milano, 2012, p. 196. Scettico nei confronti di questa soluzione invece F. DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *RIDPP*, 2006, 1, 133, p. 140.

Resta infine il *vero problema*: quello della inefficacia euristica della teoria condizionalistica¹⁸. Nonostante i notevoli sforzi compiuti per ritagliare una nozione penalmente rilevante di causa¹⁹, infatti, è ad un concetto “scientifico” di causalità che si fa riferimento²⁰. Per dare sostegno materiale al giudizio controfattuale, e così sostanza conoscitiva al «guscio vuoto» della *sine qua non Formel*, il giurista deve ricorrere al metodo della «sussunzione sotto leggi scientifiche» di copertura²¹.

Prima di concentrarci sul “modello nomologico” – che rappresenta il *trait d'union* concettuale tra causalità scientifica (spiegazione) e colpa (prevedibilità) – dobbiamo però soffermarci sulla fisionomia dogmatica delle fattispecie colpose causalmente orientate partendo, dalla distinzione tuttora controversa fra azione ed omissione colposa penalmente rilevante.

1.2. *Agire e omettere di agire.*

Come si distinguono, dal punto di vista causale, le condotte commissive da quelle omissive? Cerchiamo di comprendere i termini della questione considerando di nuovo alcuni esempi.

Pensiamo anzitutto al caso di scuola del guardiano di un passaggio a livello che non aziona la chiusura delle barriere nonostante il sopraggiungere di un treno; un'automobile attraversa la ferrovia proprio in quel frangente e, in seguito all'impatto fra i due mezzi, il conducente muore sul colpo. Sembra chiaro che si tratta di omissione. Modifichiamo ora leggermente il nostro esempio, immaginando che il guardiano azioni erroneamente l'apertura delle sbarre poco prima del passaggio del treno: cambierebbe la qualificazione giuridica del fatto (della condotta del garante in relazione all'incidente)?

Immaginiamo ora un generico caso di negligenza medica: durante un delicato intervento, il chirurgo esegue un taglio sbagliato che complica e pregiudica il prosieguo dell'operazione e il paziente muore. Basta rilevare un errore operativo per qualificare la

¹⁸ C. E. PALIERO, *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero a forma libera?*, in *RIDPP*, 1977, p. 1499 ss.

¹⁹ F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1219 ss.

²⁰ Osserva di recente L. MAZZA, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, in *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 817, che nonostante le «profezie anticausali» (di B. Russel) e gli autorevoli «appelli a sostituire la nozione di relazione causale con quella di relazione funzionale», permane «l'insistenza degli esseri umani nel voler leggere una connessione oggettiva tra eventi fisici, sicché il pensiero causale costituisce sempre parte integrante della aspirazione alla conoscenza dei vari fenomeni e dei vari accadimenti reali».

²¹ *Infra*, par. 2 e 3.

condotta (in ipotesi) colposa in termini commissivi²²? Restiamo in ambito medico e – uscendo per un momento dalla tipica casistica sulla colpa – consideriamo l'ipotesi di interruzione del trattamento sanitario nei confronti di pazienti terminali o vegetativi. Tale condotta può consistere ad esempio nello spegnimento di un macchinario di ventilazione o nell'interruzione dell'alimentazione naso-gastrica. Ebbene, come deve essere qualificata? Rileva soltanto l'azione materiale del medico (o di chiunque agisca al posto suo) – lo spegnimento di un macchinario o di rimozione di un sondino – o è necessario considerare altri elementi ai fini della sua qualificazione giuridico-penale della condotta?

Cambiamo settore e riferiamoci ad un'altra fattispecie di estrema attualità: come va qualificata la condotta dei responsabili della sicurezza in relazione alle patologie professionali dei lavoratori esposti ad agenti tossici nei luoghi di lavoro? È corretto valorizzare la *mancata adozione di misure cautelari* idonee a prevenire tali malattie, o rileva soltanto l'*effettiva esposizione*?

Se restassimo ancorati alla manifestazione fenomenica delle condotte considerate, giungeremmo, quando possibile, a soluzioni contraddittorie o giuridicamente inaccettabili, perché dimentiche della *rilevanza della condotta all'interno della fattispecie*. La condotta del guardiano del passaggio a livello dovrebbe essere qualificata in termini commissivi nel caso azioni l'apertura delle barriere e omissivi qualora invece le dimentichi aperte. Il “taglio sbagliato” del chirurgo e l'interruzione del trattamento sanitario integrerebbero immancabilmente azioni. La condotta del datore di lavoro, invece, sarebbe difficilmente qualificabile in ragione della compresenza di elementi commissivi ed omissivi.

²² In questi casi la posizione di garanzia del medico è indubbia. Tuttavia, come già accennato e come meglio vedremo a breve, la qualificazione della condotta in termini commissivi od omissivi comporta un diverso giudizio in ordine alla causalità rispetto all'evento. In dottrina, inoltre, la medesima qualificazione assume talvolta un significato più sottile. Ci si riferisce in particolare ai casi in cui l'operazione chirurgica rappresenta l'intervento salvifico in relazione ad un precedente accadimento (ad esempio un incidente stradale provocato colposamente) e si pone il problema di imputare o meno l'evento-morte alla condotta che, quantomeno nell'immediato, ha provocato soltanto gravi lesioni (la tematica è quindi quella del contributo colposo del terzo nella causazione dell'evento). Rileva l'errore medico immediatamente causa della morte ai fini della sua imputazione al “primo agente”? Secondo parte della dottrina (ad esempio Rudolphi) la risposta dipende dalla qualificazione in termini commissivi od omissivi della condotta colposa del medico chiamato a intervenire: se si tratta di omissione, l'evento dovrebbe essere ascrivibile al “primo causatore” perché rappresenterebbe la “realizzazione del rischio” illecito innescato dalla sua condotta; in caso contrario, la condotta commissiva colposa del medico “interromperebbe” il nesso di rischio tra la condotta del primo autore e l'evento-morte finale. Per ulteriori dettagli su questo specifico dibattito si rinvia comunque all'indagine di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 595 ss., spec. 601.

Autorevole dottrina ritiene che la distinzione fra azione e omissione sia del tutto indifferente; e ciò sulla base di una presa di posizione dogmatica a cui già si è fatto cenno²³: l'assoluta irrilevanza del giudizio ipotetico riguardante l'efficacia impeditiva del «comportamento alternativo lecito», metodo di imputazione che dovrebbe essere rimpiazzato da quello dello «scopo di protezione della norma» anche nei casi di omissione²⁴. A parere di scrive, questa tesi muove da preoccupazioni anti-naturalistiche in parte condivisibili. Si evidenzia chiaramente come, sul piano logico, il giudizio sulla «causalità omissiva» consista in un semplice adattamento della teoria valida per i reati di azione: la differenza risiede soltanto nell'aggiunta mentale della ipotetica condotta doverosa, ma il giudizio resta parimenti controfattuale e condizionalistico. Esso però, per ammissione implicita o esplicita dei suoi stessi sostenitori, non riesce a raggiungere lo scopo di stabilire una connessione *davvero* condizionalistica con l'evento: prova ne è il fatto che si è quasi sempre costretti a ricorrere alla discutibile espressione della «probabilità confinante con la certezza». Si adotta cioè un metodo di accertamento naturalistico (fondato su «leggi scientifiche»), ma poi, consapevoli dell'aporìa controfattuale, ci si affida ad un canone argomentativo palesemente «arbitrario»²⁵. Che cosa significa che la condotta avrebbe «quasi certamente» o «con altissima probabilità» evitato l'evento?

L'alternativa proposta in Spagna da GIMBERNAT è allora quella di ricorrere ad un giudizio ascrittivo teleologico-normativo: ai fini dell'imputazione, basterebbe soltanto verificare che il «foco de peligro», «por encima del riesgo permitido a consecuencia de la no aplicación de medidas de precaución», abbia senza dubbio causato l'evento tipico. «A la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en

²³ *Supra*, Cap. 2, par. 3.5, citando gli studi di E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, spec. p. 140 ss., e M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., spec. p. 199 ss., 228-9; ID., *¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, cit., p. 105 ss.

²⁴ La tesi è ribadita, e ulteriormente approfondita proprio con riguardo all'omissione impropria, in E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 25 ss., spec. p. 41 ss.

²⁵ Così lo definisce anche F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1256, il quale, tuttavia, adotta in relazione alla questione causale, soprattutto negli ultimi tempi, una prospettiva marcatamente «scientistica»; per una critica analoga ma espressa dal fronte ultra-normativista, cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 27 ss. In Italia si espresse criticamente già G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 385 ss., pur aderendo alla tesi della «evitabilità» contro quella dell'aumento del rischio. (p. 405 ss.).

cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) *de la situación antijurídica creada*»²⁶. In buona sostanza, date le intrinseche (effettive) contraddizioni del metodo naturalistico, si ritiene preferibile ricorrere ad un criterio puramente normativo di imputazione.

Altra (opposta) via seguita al fine di stabilire un'equivalenza fra azione e omissione sul piano causale è quella del ricorso al concetto di «condizione statica», proposto da Federico STELLA²⁷. «Se si considerano le entità che entrano nelle relazioni di causa ed effetto come processi ed eventi – scrive l'autore citando Rudolf Carnap –, si deve riconoscere che questi termini comprendono anche processi statici». «Ecco – inferisce Stella –, il nocciolo della questione sta proprio qui. Poiché le “entità” che entrano nella relazione di causa ed effetto sono processi o eventi, non c'è alcun dubbio che in quella relazione entri anche l'omissione, anche il non fare». Quindi, «quando si afferma che una persona ha omesso di fare qualcosa, non si fa altro che descrivere uno *stato* (...) *della persona*»²⁸.

Quest'impostazione, al contrario di quella normativistica osservata poco fa, equipara “fisicalisticamente” azione e omissione implicando in entrambi i casi un approccio *materialmente* (non più solo *logicamente*) condizionalistico²⁹ che si ripercuote

²⁶ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 45, 53 (corsivo non originale). Si tratta di una soluzione analoga a quella proposta più di recente e in via generale (anche per le condotte commissive) da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 27 ss., il quale ricorre al concetto normativo (pre-tipico, nella sua costruzione) di «*imputatio*» (*op. ult. cit.*, p. 343 ss.) per indicare la posizione normativa di responsabilità chiamata a sostituire il naturalistico rapporto di causalità. Ciò che si propone è affidare la selezione delle condotte (*rectius*: dei soggetti) astrattamente imputabili ad un giudizio finalizzato a definire e circoscrivere la competenza cautelare di ciascun individuo coinvolto nella comune gestione del rischio e ipoteticamente punibile per la sua avvenuta concretizzazione. La soluzione, pur consentendo di predefinire i confini oltre i quali non potrebbero espandersi in concreto gli obblighi riferibili al singolo agente, risulta ispirata da finalità prettamente general-preventive: «la concretizzazione del principio di responsabilità per fatto proprio secondo il canone della statuizione di obblighi giuridici cui corrispondono sfere di competenza per la gestione dei rischi fa fronte anche all'esigenza di non indebolire l'efficacia generalpreventiva del sistema e delle norme che lo compongono: proprio l'individuazione (previa) dei soggetti (...) garantisce la pertinenza di certi rischi solo a questi e non alla generalità dei consociati, permettendo di indirizzare meglio – e quindi in modo più efficace – le attese di adempimento del controllo delle fonti del rischio stesso» (*op. ult. cit.*, p. 114-5).

²⁷ F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1251 ss.

²⁸ *Id.*, p. 1252.

²⁹ «Dove sta, allora, l'asserita differenza concettuale fra causalità attiva e causalità omissiva? Non certo nell'uso della nozione di condizione necessaria: anche per il non-fare possiamo dire che è causale quando, *senza lo stato* della persona costituito dal «non compiere l'atto dovuto», l'evento lesivo non si sarebbe verificato; anche con riferimento all'omissione risulta esatto sostenere che il concetto penalmente rilevante di causa coincide con il concetto di condizione *sine qua non*, intesa come condizione contingentemente necessaria» (F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1252-3).

inevitabilmente sul metodo di accertamento. Se si ritiene – come sostenuto da Stella – che la prova casuale sottende un ragionamento inferenziale di tipo nomologico-deduttivo, infatti, anche per la verifica del nesso causale omissivo può sembrare inevitabile l'impiego di leggi universali o statistiche con coefficiente probabilistico prossimo a uno³⁰.

Un'azione umana, in effetti, non può che essere intesa in senso naturalistico, cioè come manifestazione nel mondo esterno; ma questo non basta affinché la si possa qualificare “commissiva” in senso giuridico: ciò che conta è se l'intervento nel mondo fenomenico concorre causalmente a *produrre* e, *ex post*, a *spiegare* la verifica dell'evento penalmente rilevante, elemento dal quale, dunque, l'analisi deve necessariamente partire. Ciascuna condotta che si consideri potenzialmente rilevante va relazionata al *corso di eventi* che si contesta: quella o quelle che ad esso accedano attivamente divenendone parte, potranno essere qualificate come “commissive”. Il profilo della condotta “omissiva” che interessa al diritto è invece del tutto *ipotetico e normativo*: si tratta dell'azione che il titolare di una posizione di garanzia *avrebbe dovuto compiere* di fronte ad un decorso potenziale o attuale minacciante di sfociare in un evento lesivo³¹.

Posta in questi termini la distinzione concettuale appare ancora malferma. E in effetti lo è, giacché si tratta di qualificare e classificare normativamente realtà naturalistiche³². Cerchiamo allora di procedere per gradi, adottando questa prospettiva generale in relazione ai casi portati ad esempio.

Torniamo al nostro passaggio a livello. Abbiamo ipotizzato due situazioni: quella del guardiano che *lascia aperte* le barriere e quella in cui aziona il *meccanismo di*

³⁰ Questa via, come noto, è stata seguita anche da alcune sentenze di legittimità dei primi anni duemila, nelle quali si legge che «*il procedimento utilizzato per stabilire se l'omissione è condizione necessaria non è diverso, ma identico, nella sua struttura, a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione*» (CP, IV, 28.09.2000, n. 1688, Est. Battisti) e che «*una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone*» nell'uno come nell'altro caso «*una legge statistica con un coefficiente percentualistico vicino a cento*» (CP, IV, 29.11.2000, n. 2139, Est. Battisti). V. su queste pronunce il commento adesivo di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in RIDPP, 2001, 277, 289, p. 293 ss.

³¹ Sui limiti e sulla «superficialità» della distinzione su base meramente naturalistica fra azione ed omissione, v. nella dottrina spagnola T. S. VIVES ANTÓN, *Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 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»), in quella italiana, G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in CP, 2007, 2795, p. 2799 ss.

³² Questo vizio metodologico ineliminabile della dogmatica e di qualunque normativismo è però molto spesso dimenticato (o rifiutato) dai penalisti, soprattutto – a parere di chi scrive – da alcuni sostenitori della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (che finiscono così, *paradossalmente*, per peccare di ontologismo).

apertura nonostante l'imminente sopraggiungere del treno. Da un punto di vista strettamente naturalistico – quello difeso da Stella – ci troviamo di fronte ad un *agire* e a un *non agire*. Se tuttavia ci fermassimo a considerare soltanto il puro movimento corporeo empiricamente rilevabile entreremmo in un vicolo cieco: perché anche una non-azione, come quella di lasciare aperte le barriere, può essere compiuta mediante azione (ad esempio recandosi in altro luogo invece che restare al posto di guardia). Evidentemente, non è questa una via ragionevole. Ai nostri fini interessa l'incidenza della condotta *in relazione al contesto e all'evento penalmente rilevante*. La *ratio* del posto di guardia (il suo «scopo di protezione») – e così quella della corrispondente posizione di garanzia – è quella di evitare che si verifichino collisioni fra i mezzi in transito nell'intersezione fra strada e ferrovia. Compito del soggetto responsabile è quindi quello di impedire ai veicoli l'attraversamento della ferrovia per l'imminente sopraggiungere del treno. Comportandosi come si è ipotizzato, e in entrambi i casi, il guardiano *non si è attivato per bloccare* il decorso causale contemplato dalla proprio dovere di controllo e (prevedibilmente) sfociante in un evento lesivo³³.

Lo stesso principio dovrebbe essere applicato anche all'interruzione del trattamento sanitario. “Staccare la spina”, cioè spegnere il congegno di ventilazione o rimuovere il sondino naso-gastrico, naturalisticamente parlando integra un *facere* e comporta la morte del paziente. Ma qualificando la condotta in termini commissivi³⁴ forse si dimentica – o si finge di dimenticare – che l'azione integra in realtà l'*interruzione di un trattamento volto a bloccare o a ritardare una morte naturale* (o comunque dovuta a cause indipendenti dalla condotta del medico). Interrompendo il trattamento sanitario che garantisce la sopravvivenza del paziente in stato terminale o vegetativo, quindi, il medico *torna o inizia ad omettere un intervento salvifico, cioè riprende o mette in atto una*

³³ L'esempio, invero un caso di scuola, è tratto nella sostanza dallo scritto di E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 41-2, che riferendosi a copiosa giurisprudenza spagnola degli anni '60, lo utilizza per corroborare la tesi descritta nel testo. Non esisterebbe nessuna differenza, a parere dell'autore, fra il considerare attiva od omissiva la condotta colposa del guardiano. In effetti, in questo caso non fa nessuna differenza. Ma questo non è dovuto al fatto che la fattispecie commissiva equivale strutturalmente a quella omissiva, ma alla natura della regola di condotta considerata. La mancata chiusura del passaggio a livello (condotta alternativa lecita) è indubbiamente condizionalistica rispetto all'evento (in base ad un giudizio ipotetico-prognostico); così come lo è – nella prospettiva di Gimbernat – l'azione integrata dall'apertura delle barriere.

³⁴ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, in S. Mir Puig (a cura di), *Avances de la medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1988, p. 147 ss.

condotta giuridicamente omissiva³⁵. Revocare un intervento artificiale (doveroso fino a che l'ordinamento, eventualmente, non consenta o addirittura non imponga di porvi fine³⁶), in breve, significa lasciare che gli eventi seguano il loro corso³⁷.

Consideriamo ora i casi di esposizione a sostanze tossiche nei luoghi di lavoro (ma il discorso può valere in generale, in relazione a qualunque tipo di "somministrazione" nociva). Sulla questione, in Italia, la IV sezione penale della Corte di Cassazione si è espressa in due recenti sentenze assumendo posizioni divergenti. La sentenza *Cozzini*³⁸, riguardante un caso di esposizione alle fibre di amianto³⁹, esaminando la condotta degli imputati – i garanti succedutisi nella posizione di garanzia in qualità di datori di lavoro – ha definito commissivo il loro contegno e considerato di per sé rilevante «l'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane». Diverso è l'orientamento espresso dalla più recente sentenza *Fincantieri*⁴⁰, che in relazione ad un caso analogo ha invece

³⁵ Analogamente, rifacendosi alla categoria tedesca della «omissione mediante azione» (*Unterlassung durch Tun*): M. A. RUEDA MARTÍN, *La acción y la omisión*, in C. M. Romeo Casabona - E. Sola Reche - M. A. Boldova Pasamar (a cura di), *Derecho penal*, cit., 83, p. 91; C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *RIDPP*, 2009, 3, 1145, spec. par. 4 (e nota 56, per gli opportuni riferimenti bibliografici); nonché I. DE MIGUEL BERIAIN, *El derecho en el fin de la vida. Rechazo al tratamiento, limitación del esfuerzo terapéutico, sedación en la agonía, auxilio al suicidio y eutanasia*, in *Tratado de derecho sanitario*, I, Pamplona, 2013, 887, spec. p. 896-7, 902 ss. *Contra*, E. GIMBERNAT ORDEIG, *L'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1544, p. 1572 ss.

³⁶ In argomento, v. tra i tanti il contributo comparatistico (con ampi riferimenti alla dottrina italiana e tedesca) di M. A. NUÑEZ PAZ, *Interrupción del tratamiento médico en estados vegetativos irreversibles. El llamado "encarnizamiento terapéutico"*, in *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, II, Tlalpan, 2006, p. 107 ss.

³⁷ Alcune conseguenze problematiche derivanti dalla qualificazione in termini rigidamente commissivi dell'interruzione del trattamento sanitario si possono cogliere considerando, a mero titolo di esempio, la disciplina contenuta nel «*Dying Patient Act*» approvato nel 2005 dal Parlamento di Israele e in vigore dall'anno successivo. Questa norma consente di omettere o di ritirare qualunque forma di trattamento qualora ciò risponda alla volontà del paziente. Tale facoltà trova però un limite invalicabile nel divieto di «*eutanasia attiva*», cioè di compiere qualunque «*atto che, quand'anche consista in un trattamento medico, ha l'obiettivo di uccidere o l'effetto immediato e certo di causare la morte (...)*». Di conseguenza, non sarebbe ad esempio possibile interrompere attivamente la ventilazione. La disciplina in commento prevede allora questa soluzione: la possibilità di utilizzare sistemi dotati di *timer*, in modo tale da poter decidere periodicamente se proseguire o meno il trattamento senza essere costretti, qualora si decida per l'interruzione, ad "agire" "provocando la morte" attraverso lo spegnimento manuale della macchina (la decisione di non riattivare la ventilazione per mezzo del *timer* è consentita dalla norma, che non la considera una forma di eutanasia attiva). V. lo studio di I. DE MIGUEL BERIAIN *El judaísmo ante la eutanasia: un breve recorrido por la normativa hebrea sobre esta materia*, in *Enfermedad, dolor y muerte desde las tradiciones judeocristiana y musulmana*, Madrid, 2011, 75, p. 86 ss.; cfr. anche lo studio comparatistico di E. BOLOGNA, *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, in *DF*, 2009, I, 450.

³⁸ CP, IV, 17.9.2010 (dep. 13.12.2010), n. 43786, Rel. Blaiotta.

³⁹ Per un'attenta considerazione della relativa vicenda si rinvia fin d'ora a M. GROTTI, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *RTDPE*, 2011, 3, p. 561 ss.

⁴⁰ CP, IV, 24.5.2012 (dep. 27.08.2012), n. 33311, Rel. Grasso.

valorizzato il profilo omissivo dato dalla mancata adozione di misure preventive capaci di proteggere i lavoratori durante l'esposizione⁴¹.

La questione invero è piuttosto complessa. Ma, in entrambi i casi, si tratta *anzitutto* di ricostruire il nesso di causalità "reale" o "materiale" fra esposizione e patologie, senza il quale non sarebbe neppure possibile affrontare eventualmente il giudizio ipotetico-prognostico in cui si sostanzia la verifica della "causalità omissiva". In effetti, tutto dipende dal giudizio sull'esistenza e sulla oggettiva esigibilità (al tempo dell'esposizione) di misure precauzionali idonee ad impedire gli eventi; assenti le quali, la condotta rilevante resta soltanto la 'somministrazione' dell'agente patogeno che, in sé considerata, ha carattere indubbiamente commissivo⁴². L'indisponibilità (o l'inesigibilità) di misure adeguate rispetto al fine preventivo si traduce inevitabilmente (sotto il profilo della colpa) in un obbligo di astensione dall'utilizzo di dette sostanze⁴³.

Torniamo infine al caso dell'errore operatorio poc'anzi volutamente descritto in termini sommari (il "taglio sbagliato"). Da un punto di vista naturalistico, eseguendo l'intervento il chirurgo agisce, questo è indubbio. Per decidere sulla natura giuridicamente commissiva od omissiva dell'errore (che si presume sia colposo, almeno obiettivamente), occorre però valutare l'oggetto dell'intervento e la sua incidenza in relazione all'evento penalmente rilevante. Se l'errore del chirurgo produce o concorre a determinare la morte del paziente si tratta senz'altro di colpa commissiva. Si pensi alla involontaria incisione di un vaso sanguigno nel corso di un intervento di rimozione di un tumore, errore che determina una prevedibile e irrimediabile emorragia: il decorso eziologico in atto, rispetto al quale il chirurgo è chiamato a intervenire, è rappresentato dall'evoluzione maligna del carcinoma; ma l'effetto dell'incisione non ha nulla a che vedere con questo, e rileva

⁴¹ Cfr., per un confronto critico delle due pronunce citate, S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, in *DPC*, 11 ottobre 2012, p. 4 ss.

⁴² Condivide la qualificazione in termini *commissivi*, fra tutti, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 118-9. Segnali di una certa confusione fra verifica della rilevanza eziologica della somministrazione (causalità materiale) e 'causalità omissiva' si notano tuttavia di recente in CP, IV, 17.10.2012 (dep. 29.01.2013), n. 42519, Rel. Dovere, in *DPC*, 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 (...)*».

⁴³ Benché, come osserveremo dedicandoci finalmente alla colpa, secondo alcuni autori la regola cautelare possa avere solo contenuto modale e conformativo (non potendo quindi consistere in un dovere di astensione): cfr. ad esempio F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 194 ss., 236 ss., e F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2011, p. 340.

penalmente in quanto ne origina un altro, quello che autonomamente conduce alla morte. Il discorso cambia quando l'errore del medico si traduce in un tentativo inadeguato (colposo) di fronteggiare il rischio attuale di cui il paziente è portatore. Anche un "taglio sbagliato" può tradursi in omissione. Si pensi al caso in cui questo avvenga durante un intervento d'urgenza: la necessità di arginare un'emorragia provocata colposamente, anche qualora si riesca a rimediare all'errore, impedisce di proseguire l'intervento concentrandosi adeguatamente sul problema "originario" (quello che ha richiesto l'intervento); se il danno sopravvenuto – provocato da un errore operativo del chirurgo – viene arginato ma, nel frattempo, il motivo dell'urgenza non viene trattato e sfocia nella morte, la condotta nel suo complesso assume fisionomia omissiva⁴⁴.

Il tipico esempio di omissione è quello dell'errore diagnostico che ritarda o impedisce l'inizio di un'efficace terapia⁴⁵. 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 che in base alle regole cautelari avrebbe dovuto fare per fronteggiare il rischio»⁴⁶. La condotta è quindi omissiva perché inadeguata rispetto al rischio e al decorso patologico o mortale che era chiamata ad arginare⁴⁷.

⁴⁴ Cfr., *mutatis mutandis*, il tipico esempio proposto da D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 247, p. 250, di decesso del paziente causato da una patologia innescata da corpo estraneo dimenticato al termine di un'operazione a cielo aperto. Qui la questione di fatto è più complessa perché la 'parcellizzazione' del dovere di diligenza fa sì che l'omessa "conta dei ferri" da parte di un componente dell'*équipe* possa – diciamo – 'assorbire' la precedente dimenticanza (eziologicamente commissiva) del ferro da parte di un secondo elemento della medesima, sicché la condotta nel suo complesso assume sembianze omissive attirando l'attenzione del giudice verso chi ha omesso la conta e non verso chi dimenticando la garza o l'attrezzo ha innescato il decorso mortale (salvo però, come mostra l'autore con la giurisprudenza cit., *ivi*, p. 252, attribuire il dovere di "contare i pezzi" a tutti i componenti dell'*équipe*, con buona pace del *principio di affidamento* – su cui *infra*, Cap. 5),

⁴⁵ V. ad esempio la sentenza della CP, IV, 15.11.2005 (dep. 27.1.2006), Rel. Bianchi, riguardante un caso di mancata diagnosi reiterata di una patologia neoplastica (commentata da G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva*, cit., p. 2797 ss.).

⁴⁶ P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 98-100.

⁴⁷ Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999, p. 75-6, 84, che individua un'ipotesi di condotta medica inadeguata e quindi omissiva nell'adozione di un metodo

Esaminate queste fattispecie, dovrebbe essere più chiaro quanto già enunciato in via generale: la condotta non può essere apprezzata in modo puramente naturalistico (come condizione efficiente o statica *in assoluto*), ma deve essere valutata a partire dagli effetti prodottisi e in relazione all'evento giuridicamente rilevante, cioè al decorso causale al quale partecipa o rispetto al quale dovrebbe intervenire. Pertanto, in sintesi, va considerato penalmente omissivo il contegno del soggetto che: *a) non interviene a bloccare o ad arginare il decorso casuale riconducibile allo «scopo di protezione» della sua posizione di garanzia; b) che rispetto ad esso interviene in modo inadeguato e insufficiente; c) o che interrompe l'esecuzione del medesimo intervento.*

1.3. Il nesso normativo fra omissione colposa ed evento.

I metodi proposti in dottrina per verificare la sussistenza del nesso omissivo sono essenzialmente due: per la dottrina dominante occorre affrontare il giudizio ipotetico-prognostico che consiste nel chiedersi che cosa sarebbe accaduto se l'agente (il garante) si fosse comportato correttamente (su questo terreno si scontrano poi le teorie della «evitabilità» e della «diminuzione di chances»); secondo l'orientamento normativista indicato nel paragrafo precedente basterebbe invece verificare, oltre alla sussistenza di una posizione di garanzia (o di un ambito di responsabilità) e di una condotta colposa ad essa pertinente (commissiva od omissiva che sia), che l'evento da imputare alla condotta anti-giuridica sia fra quelli che la norma violata mirava a prevenire («scopo di protezione» della norma).

Riprendiamo il secondo indirizzo. I sostenitori di questa tesi “puntano il dito” contro la teoria condizionalistica e la contraddizione in cui cadrebbe l'approccio naturalistico-controfattuale del «comportamento alternativo lecito», aporia evidenziata dalla necessità di ricorrere quasi sempre a formule vuote e strumentali per stabilire a quali condizioni possa dirsi sussistente il rapporto “causale” (l'evento sarebbe stato evitato con «quasi certezza», con una «probabilità confinante con la certezza», ecc.). In realtà, si dice, non solo alla domanda che ci si pone non è quasi mai possibile rispondere, ma ciò che non è accaduto né mai accadrà davvero non conta; ciò che rileva è soltanto *che cosa è*

terapeutico non sperimentato che, per quanto si riveli innocuo (non di per sé nocivo), si traduce però di fatto in un non-intervento, e quindi in un'omissione di trattamento.

*realmente accaduto, cioè se la condotta ha creato un rischio illecito e se di tale rischio l'evento costituisce espressione e realizzazione*⁴⁸.

Cerchiamo di valutare la sostenibilità di questa tesi considerando – con chi la propone – un tipico esempio di errore diagnostico (anche perché, come diverrà sempre più chiaro, è soprattutto in materia di *colpa medica* che si impone una riflessione): nel caso deciso dal *Tribunal Supremo* spagnolo con la sentenza del 5 luglio 1989 (A. 6091), il medico non diagnosticò colpevolmente una peritonite a causa della quale il paziente morì. Criticando il percorso argomentativo della Corte⁴⁹, che in quella sentenza asserisce la evitabilità dell'evento senza però dimostrarla, scrive Gimbernat che per imputarlo occorre invece verificare se il «foco de peligro» (la peritonite) «por encima del riesgo permitido a consecuencia de la *no* aplicación de medidas de precaución (...) ha causado efectivamente y sin duda» il corrispondente evento tipico⁵⁰.

Ora, sulla necessità di dimostrare un nesso fra peritonite e decesso non si può che concordare. Ma che ruolo assume il “rischio illecito” in relazione all'evento? Una cosa è richiedere che il *rischio preesistente* (la peritonite) si sia realizzato nell'evento. Altro è verificare se il *rischio conseguente alla mancata diagnosi e al mancato trattamento* ha causato la morte; cioè se la morte è avvenuta a causa dell'aumento del rischio provocato dall'omissione. Nel primo caso, per imputare il risultato tipico, basterebbe verificare la sussistenza di una posizione di garanzia, di una condotta colposa ad essa pertinente e che l'evento – il decorso causale giunto a compimento – rientri nel loro ambito di protezione. Nel secondo, invece, si tornerebbe inevitabilmente ad adottare una logica condizionalistico-ipotetica: giacché il rischio realizzatosi nell'evento non sarebbe quello originario, ma quello *conseguente* al mancato tempestivo intervento.

⁴⁸ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., spec. p. 41, 43, 45; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., spec. p. 199 ss.; ID., *¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, cit., p. 105 ss.

⁴⁹ «(...) dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse (...), teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo (...) y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo. Afirmer esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurrieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, le conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento (...). La actuación del médico procesado (...) contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal».

⁵⁰ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 44-5.

Benché la tesi in discussione sia stata definita *en passant* «plausibile»⁵¹, non è del tutto chiaro a quale giudizio si riferisca esattamente l'autore citato. In base alle sue stesse premesse dovrebbe trattarsi del primo; ma allora non si comprende come si possa verificare l'effettiva realizzazione del *rischio conseguente all'omissione* nell'evento... senza chiedersi se vi sia stata un'effettiva incidenza della mancata diagnosi nel medesimo rischio di morte. Visto che questa conclusione sarebbe in palese contraddizione con le enunciate premesse (anti-naturalistiche), si deve immaginare che il concetto di «aumento del rischio» espressamente richiamato sia utilizzato in senso puramente normativo. Nel caso esaminato, quindi, sussistendo la posizione di garanzia e l'inosservanza di una regola di diligenza, l'evento afferente al loro spettro di protezione dovrebbe essere imputabile anche qualora l'omissione, in ipotesi, non abbia avuto alcuna minima, possibile o probabile incidenza nella produzione dell'evento verificatosi.

Questa tesi, a parere di chi scrive, rappresenta un eccesso normativistico. Ma fra le critiche che le vengono opposte non convince più di tanto neppure quella di matrice gius-positivistica secondo cui, per quella via, si rinunciarebbe all'*ineludibile requisito causale* imposto dal tenore letterale del codice penale.

Partiamo dall'ordinamento italiano. Secondo l'art. 40 cpv. cpi, «*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*». La disposizione stabilisce espressamente una relazione di *equivalenza normativa*: alla causazione materiale di un evento (mediante una condotta commissiva) *corrisponde*, per il diritto penale, la titolarità di obbligo di impedimento. L'assunzione di una «*posizione di garanzia*»⁵² rispetto a una classe di eventi e/o a una categoria di soggetti garantiti non va però confusa con la *possibilità* di impedire uno specifico evento. Fra *dovere impeditivo* e *dovere di diligenza*, infatti, esiste piuttosto un rapporto di presupposizione logica⁵³. Un evento che si ha l'astratto dovere di impedire, ma che ciò nondimeno si verifica, può

⁵¹ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 84, nelle ultime righe del libro. Una tesi analoga, per di più adottata *in generale*, è sostenuta in Italia da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 27 ss. e *passim*.

⁵² La funzione o l'obbligo di garanzia è l'obbligo giuridico che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente: F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *RIDPP*, 2001, 337 (disponibile anche in spagnolo: ID., *La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad y de responsabilidad personal*, in *Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 483 ss.);

⁵³ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 104.

essere imputato oggettivamente già in quanto rientrante nella sfera di protezione definita dalla posizione di garanzia; per l'imputazione soggettiva è però necessario che il garante abbia violato il dovere di diligenza, che tale violazione possa ritenersi rimproverabile e che fra inosservanza ed evento sussista un "nesso di rischio". Quando si considera il requisito della "causalità omissiva" si fa riferimento a quest'ultimo livello di imputazione. Pertanto, rinunciando alla valutazione del «comportamento alternativo lecito» non si fa alcun torto all'art. 40 ma, piuttosto, si rinuncia ad un profilo di colpa (la "causalità della colpa") o, se di preferisce, di imputazione oggettiva dell'evento⁵⁴.

Lo stesso discorso vale per la clausola di equivalenza oggi prevista anche dall'ordinamento spagnolo⁵⁵. L'art. 11 dell'attuale cpe stabilisce quanto segue: «*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*»⁵⁶. Una cosa quindi è la sussistenza di un obbligo di garanzia, elemento normativo che *corrisponde* alla causazione materiale (primo livello di imputazione); altra cosa – e successivo piano di imputazione – è che il *mancato impedimento* possa dirsi *colposo* e che l'evento sia imputabile *per colpa*.

Più che una indiscutibile violazione del diritto positivo, escludere la valutazione dell'ipotetica efficacia impeditiva del comportamento alternativo doveroso comporterebbe piuttosto una totale rinuncia al disvalore di evento⁵⁷. L'unico modo per

⁵⁴ Cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 41-2, che sembra quasi voler dedurre direttamente dal testo del codice la condizione secondo cui il garante dovrebbe avere «la possibilità di attivarsi evitando» l'evento «con una probabilità confinante con la certezza» (*ad impossibilia nemo tenetur*). In realtà, come stiamo per vedere, anche questo autore concorda nel ritenere che «l'elemento letterale, da solo, è troppo debole per poter sostenere una tale soluzione».

⁵⁵ Nonostante il codice penale spagnolo previgente non prevedesse una clausola di equivalenza analoga a quella del codice italiano, ma soltanto una disposizione generale secondo cui «*son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*» (art. 1.1°), la necessità di fondare la responsabilità omissiva sul dovere di impedimento sotteso alla posizione di garanzia era condivisa dalla dottrina prevalente: sullo stato della questione alla vigilia del nuovo codice, per tutti, C. M. ROMEO CASABONA, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 33 ss.

⁵⁶ In argomento, nella dottrina italiana, F. MANTOVANI, *La causalità omissiva nel codice penale spagnolo*, in *DP XXI secolo*, 2005, 2, p. 237 ss.; in quella spagnola, per tutti, F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general* (8ª ed.), Valencia, 2010, p. 241 ss.

⁵⁷ Cfr. M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., p. 535 e *passim*.

mantenere l'imputazione penale ancorata ai *fatti* è allora quello di adottare un metodo di ascrizione entro certi limiti naturalistico. Occorre perciò chiedersi se l'omissione – l'inadempimento del dovere – abbia *determinato* o *potuto effettivamente determinare* l'evento ricorrendo al ragionamento controfattuale basato sull'*aggiunta mentale* dell'azione alternativa diligente e sul ricorso alle generalizzazioni empiriche, scientifiche o esperienziali⁵⁸, con tutti gli inconvenienti logici ed epistemologici che questo significa. Infatti, se a volte il ragionamento ipotetico conduce ad esiti verosimilmente (benché mai assolutamente) certi⁵⁹, più spesso una risposta è approssimabile solo in termini *probabilistici*.

In Italia, il dibattito sviluppatosi al riguardo va interpretato alla luce degli indirizzi prevalenti fino al punto di svolta rappresentato dalle Sezioni Unite *Franzese* (2002)⁶⁰. In materia di responsabilità medica (in particolare di fronte a casi di errore diagnostico), prima di allora buona parte della giurisprudenza di legittimità era solita dichiarare la sussistenza del nesso causale omissivo – la «evitabilità» – qualora l'ipotetica condotta diligente del professionista (l'esatta e tempestiva diagnosi) fosse ritenuta in grado di impedire l'evento anche con un livello basso o medio-basso di probabilità. A questo orientamento si opponevano invero diverse pronunce richiedenti livelli di probabilità alti o medio-alti o quantomeno «serie ed apprezzabili possibilità di successo». Tuttavia, né in un caso né nell'altro si richiedevano la certezza o quantomeno un grado di probabilità con essa confinante⁶¹. L'argomento “emotivo” – non l'unico possibile, come vedremo – alla base di queste soluzioni è noto: «quando è in gioco la vita umana, anche solo poche probabilità di successo di un immediato e sollecito intervento (...) sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa

⁵⁸ Cfr. ad es.: G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 385 ss.; A. CADOPPI – M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 66, p. 83; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 38; C. M. ROMEO CASABONA, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 35-6.

⁵⁹ Come nel caso del passaggio a livello (*supra*, par. 1.2); o nell'esempio (ricorrente nella manualistica: per esempio in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 592) della *baby-sitter* che, distratta o dedita ad altro, non impedisce al bambino sotto custodia di cadere dalla finestra o di affogare nello stagno: ragionevolmente, qui, una migliore sorveglianza avrebbe potuto *impedire* l'evento. Ma, come si intuisce, il vero problema sta “a monte” e consiste nel definire e giustificare il livello di diligenza – di sorveglianza – pretendibile nel caso concreto, senza presumere *sic et simpliciter* la colpa dalla assunzione volontaria della posizione di garanzia.

⁶⁰ CP, SU, 10.07.2002, n. 30328.

⁶¹ V. l'ampia rassegna giurisprudenziale in P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 103 ss.; cfr. pure R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in CP, 2000, 1188, p. 1194 ss.

dell'incuria colpevole del sanitario (...)»⁶². La stessa tendenza caratterizzava – e caratterizza tuttora – il settore degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, dove la morte o le lesioni subite dai lavoratori vengono spesso ascritte ai responsabili della sicurezza accontentandosi della possibilità che l'evento sia “derivato” dalla condotta, o in base a vere e proprie presunzioni fondate sulla mera constatazione di una posizione di garanzia⁶³.

Reagendo a questa tendenza generale (e accogliendo le *intenzioni* garantistiche di un filone giurisprudenziale minoritario ispirato alla «condizione statica» di Stella⁶⁴), le Sezioni Unite *Franzese* ricostruiscono l'intero processo inferenziale in cui consiste l'accertamento causale, pretendo posizione anche in relazione alla specifica questione relativa causalità nei reati omissivi impropri. Prima di procedere con la sua analisi⁶⁵, però, occorre soffermarsi con più attenzione sull'inquadramento sistematico della questione riprendendo tematiche già introdotte nella prima parte del lavoro⁶⁶.

1.4. La rilevanza del “comportamento alternativo lecito” nella struttura delle fattispecie colpose causalmente orientate.

Nelle fattispecie colpose *commissive*, il *topos* del «comportamento alternativo doveroso» rappresenta l'ultimo eventuale momento del giudizio di imputazione (nell'ambito del fatto tipico): dopo aver accertato il nesso di causalità materiale, l'inosservanza del dovere di diligenza e l'appartenenza dell'evento alla «sfera di protezione della norma» violata (o, se si preferisce, la «realizzazione del rischio»), ci si dovrebbe chiedere che cosa sarebbe accaduto se l'agente si fosse comportato nel modo ritenuto obiettivamente esigibile. Se tale ultima verifica non fosse compiuta, sostiene la

⁶² Così ad esempio CP, 7.01.1983, Melis (cit. da P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 106). La differenziazione del parametro eziologico per classi di beni, o per settori di rischio, avverrebbe sarebbe avvenuto sulla base di un «argomento destituito di ogni fondamento logico-giuridico»: anzitutto perché «la causalità (...) resta nozione oggettiva non manipolabile dall'interprete al mutare delle fattispecie e degli interessi in gioco»; inoltre perché «tutte le principali regole cautelari riguardanti la prevenzione di eventi lesivi e la cui violazione sia sanzionata penalmente a livello di reato di evento sono geneticamente programmate a neutralizzare rischi per l'integrità fisica e la vita»: 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 *RIDPP*, 1999, 32, p. 62 ss.

⁶³ V. P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: profili attuali*, in *RTDPE*, 1998, 493, p. 496.

⁶⁴ Sul quale, il già citato commento adesivo di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva*, cit., p. 293 ss.

⁶⁵ *Infra*, par. 2.

⁶⁶ *Supra*, Cap. 2, par. 3.1 e ss. (spec. 3.5).

dottrina maggioritaria, non potrebbe dirsi integrato quel «nesso di rischio» o quel requisito di «causalità della colpa» che consente di distinguere la causazione di un evento *mediante una condotta colposa* (ancora un *versari in re illicita*) dalla causazione di un evento *per colpa*⁶⁷.

Come abbiamo visto, il giudizio in parola appartiene sia alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento che alla dottrina della colpa⁶⁸. Ora però, al di là delle etichette dogmatiche, ciò che preme evidenziare è che la questione riguarda soltanto i casi in cui è già stata verificata la corrispondenza tra l'accadimento concreto e il modello di previsione espresso dalla regola di diligenza inosservata⁶⁹. Un conto infatti è poter verificare che una regola cautelare avrebbe “fallito”, rivelandosi *ex post* inadeguata ad affrontare la situazione di rischio per cui era stata pensata come modello di prevenzione: in questi casi «l'interruzione del nesso di imputazione sarebbe (...) da ascrivere, prima ancora, alla assenza della “realizzazione del rischio” nell'accadimento concreto»; «il fatto non può considerarsi realizzazione del pericolo illecito in quanto in esso non sono riscontrabili gli aspetti che nella prospettiva *ex ante* l'agente avrebbe dovuto riconoscere»⁷⁰. Altra cosa – ed è qui che viene in causa il «comportamento alternativo lecito» – è che l'insuccesso preventivo riguardi proprio i pericoli identificati *ex ante* e realizzatisi nell'accadimento concreto⁷¹.

Anche nelle fattispecie di omissione «impropria», il giudizio ipotetico-prognostico rappresenta l'ultimo passo del giudizio di imputazione (sempre limitandoci al fatto tipico). Le espressioni «causalità omissiva» o «ipotetica»⁷² – invero inopportune perché fonti di equivoci⁷³ – si spiegano perché solo chiedendosi che cosa sarebbe accaduto se l'agente si fosse attivato come avrebbe dovuto per bloccare all'origine o per arrestare *il corso causale sfociato nell'evento lesivo* è possibile stabilire un nesso *logicamente condizionalistico* fra omissione ed evento; ma deve essere chiaro che – come

⁶⁷ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 264 ss.; ampiamente, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., spec. p. 668 ss. (e *passim*). Nel quadro sistematico dell'imputazione oggettiva, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 451 ss.

⁶⁸ V. al riguardo G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 659 ss.

⁶⁹ Con estrema chiarezza, di nuovo G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 664.

⁷⁰ *Id.*, p. 664-5; così, più di recente, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 85 ss.

⁷¹ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 665-6.

⁷² Per tutti: F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., p. 243-4; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., p. 47 ss.

⁷³ Già segnalati, ad esempio, da M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 407 ss. V. *infra*, par. 4.

nelle fattispecie commissive – si tratta di un criterio di imputazione la cui *normatività* risiede nel giudizio meramente ipotetico in cui si traduce e nella natura altrettanto normativa degli estremi del rapporto (irreale) che rappresenta: una condotta doverosa mai realizzata e un evento inevitabilmente concepito come risultato di un processo di astrazione rispetto a quello verificatosi *hic et nunc*.

In entrambi i casi – azione od omissione – il giudizio sull'ipotetica idoneità impeditiva del comportamento alternativo doveroso può assumere un autonomo rilievo a seconda del *tipo di «modello di previsione»* – cioè del tipo di norma cautelare – che si considera quale base di giudizio.

Si pensi al tipico caso di attraversamento di un incrocio a semaforo rosso dal quale derivi un incidente e la morte della vittima incolpevole: causalità e inosservanza della dovuta diligenza da parte di chi commette l'infrazione sono fuor di dubbio; altrettanto chiaro è che l'evento – l'impatto avvenuto nel crocevia e la morte del conducente regolarmente in transito – rappresenta la realizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire. Ma il tipo di norma in considerazione – una regola cautelare «propria» – è tale da non richiedere di ipotizzare che cosa sarebbe accaduto se l'autore della violazione avesse atteso la luce verde. Certamente, infatti, quell'evento non si sarebbe verificato, giacché la norma che impone l'arresto di fronte alla luce rossa, se rispettata, garantisce che mai si verifichino incidenti *del tipo contemplato dal suo cono di protezione*⁷⁴. Pertanto, in un caso del genere, anche la dottrina che non attribuisce alcuna rilevanza al «comportamento alternativo lecito», risolvendo l'intero «nesso di rischio» nello «scopo di protezione» della norma, giungerebbe al medesimo risultato⁷⁵.

Secondo le medesime cadenze logiche e alla luce della medesima acquisizione dogmatica – la strettissima, indissolubile relazione fra il *profilo teleologico del modello di previsione* e il *giudizio ipotetico sul comportamento alternativo lecito* – potrebbe essere riletto il famoso *caso della novocaina*⁷⁶: nella versione semplificata diffusasi in dottrina,

⁷⁴ In termini generali sono state definite «proprie» 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» (P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 15).

⁷⁵ Il discorso vale tanto in relazione ai reati commissivi – come nell'esempio indicato nel testo – quanto in relazione a quelli omissivi. Si pensi di nuovo all'esempio del passaggio a livello e alla condotta omissiva del guardiano (*supra*, par. 1.2). La condotta alternativa lecita – la chiusura delle barriere durante il passaggio del treno – avrebbe certamente impedito qualunque evento rientrante nello scopo di protezione dell'obbligo di garanzia e della norma di condotta medesima (trattasi quindi, anche in questo caso, di regola cautelare «propria»).

⁷⁶ Cui si è già fatto cenno, *supra*, Cap. 2, par. 3.5.

il medico iniettò cocaina al posto della novocaina e il paziente morì; tuttavia, anche qualora fosse stato utilizzato l'anestetico "protocollare", il paziente sarebbe probabilmente morto a causa di un'intolleranza a tale sostanza. Tradizionalmente, l'elemento costante da cui muove l'analisi del caso è dato dalla violazione della *lex artis* medica che impone l'utilizzo dell'anestetico; premesso ciò, il problema consisterebbe nel decidere sulla "opportunità" (da un punto di vista di imputazione o di "causalità della colpa", *ex post*) di punire la condotta colposa ed eziologicamente legata alla morte sapendo che l'evento «più o meno» *hic et nunc* si sarebbe comunque verificato⁷⁷. Questa impostazione, questa lettura del caso, prescinde tuttavia dal soffermarsi sulla (affatto scontata) previa definizione della regola cautelare inosservata⁷⁸, la quale *potrebbe* essere identificata con il dovere di verificare (come *oggi* avviene prima di qualunque intervento chirurgico) la tolleranza del paziente all'anestetico ed eventualmente di evitare l'anestesia. In questa prospettiva, ridefinita la violazione rilevante, l'evento diviene imputabile sia *ex ante* sia *ex post*, giacché la morte per intolleranza rientrerebbe nello scopo di protezione di una regola che dovrebbe potersi definire «propria»⁷⁹ e il contegno "alternativo doveroso" dell'anestesista avrebbe evitato la morte del paziente per *shock* anafilattico⁸⁰.

⁷⁷ Questo «più o meno» di M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 110, lungi dal rappresentare una casuale approssimazione, mostra uno degli aspetti realmente problematici del giudizio ipotetico-prognostico in esame. Ci ritorneremo *infra*, par. 4, esaminando più attentamente la questione della "causalità omissiva".

⁷⁸ V. ad es. E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 176. Nella dottrina italiana A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 103, criticando l'opinione di Eb. Schmidt (secondo il quale il medico era da ritenersi colpevole essendo *prevedibile* la morte del paziente tanto usando la cocaina quanto la novocaina, per cui avrebbe dovuto astenersi dal praticare l'anestesia), ritiene che «l'aspetto della prevedibilità dell'evento ha poco a che vedere con la tematica del comportamento alternativo». Nel punto di vista di Castaldo, il primo a "portare" in Italia la *Zurechnungslehre*, cogliamo un vizio diffuso fra i sostenitori della imputazione oggettiva dell'evento, quello di sottovalutare il ruolo "sistematico" della prevedibilità (della colpa), in favore di un punto di vista tutto o prevalentemente ascrittivo, e quindi *ex post*.

⁷⁹ *Supra*, nota 74.

⁸⁰ Sottolinea questa possibile differente lettura del caso, fra i pochi, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 196. Analogamente, di recente, A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, cit., p. 158-9. Nelle parole dell'autore italiano si coglie però – almeno a parere di chi scrive – il germe di un equivoco piuttosto diffuso ma del quale la dottrina sulla colpa non sembra troppo cosciente. Scrive Vallini che fra le due regole di condotta ipotizzabili – 1) iniettare novocaina al posto della cocaina; 2) non iniettare né cocaina né novocaina – non avrebbe senso «interrogarsi sulla portata causale del "comportamento alternativo lecito" (...) prendendo a parametro il primo dei due precetti (...), quando lo stesso risulta incongruo rispetto alla tipologia di rischi concretamente esistenti (...). In realtà, il fatto che quel "comportamento alternativo" sia, nei fatti, privo di capacità impeditiva, dimostra semplicemente che... non quella, ma altra è la regola cautelare la elevare a criterio di giudizio (...))» (corsivo non originale). L'equivoco starebbe nel definire la norma di condotta rilevante ai fini del giudizio di colpa in base alla sua effettiva idoneità preventiva. Come stiamo per vedere e come osserveremo

In molti altri casi, invece, il criterio dello «scopo di protezione» non è in grado di “assorbire” la valutazione dell’idoneità impeditiva del comportamento alternativo lecito, giacché, nonostante la realizzazione del rischio nell’evento, può darsi che l’adozione di un contegno diligente non sarebbe bastato ad evitarlo. Immaginiamo di nuovo un caso di errore diagnostico. Coinvolto in un incidente stradale, Tizio riporta gravi lesioni articolari che richiedono un immediato intervento di riduzione delle fratture. La ricomposizione riesce ma all’esito dell’operazione il paziente mostra una chiara e progressiva distrofia muscolare, dato “ontico” che in base alla conoscenze disponibili in medicina dovrebbe suggerire al “medico modello” (cioè al medico dotato di tali conoscenze in quanto giudicate doverose) di verificare la presenza di una lesione nervosa nella zona interessata dal trauma. L’indagine tuttavia non viene eseguita e la degenerazione muscolare raggiunge in breve tempo uno stadio irreversibile svelando inequivocabilmente la presenza di una lesione. Poniamo, allora, che venga ipotizzato il delitto di lesioni colpose, ma che non sia possibile stabilire se una diagnosi tempestiva (l’ipotetico comportamento alternativo doveroso) avrebbe consentito di intervenire efficacemente evitando il definitivo deperimento del tessuto muscolare. Le *tecniche terapeutiche* disponibili in casi di questo tipo – gravi lesioni nervose traumatiche – implicano infatti soltanto *relative possibilità* di successo. In termini giuridico-penali, si tratta di quelle regole cautelari – definite «improprie» dalla dottrina – che «a fronte della prevedibilità dell’evento (...) non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo»⁸¹. *Quid iuris?*

Adottando la prospettiva normativistica più volte considerata nelle pagine precedenti, si giungerebbe ad una sentenza di condanna. Il medico è titolare di una posizione di garanzia e la sua condotta appare indubbiamente negligente; la lesione, inoltre, costituisce realizzazione del tipico rischio che la norma violata mirava a prevenire: sussisterebbero insomma tutti i requisiti richiesti dalla fattispecie omissiva, compreso il “nesso di rischio” fra la condotta colposa e l’evento verificatosi.

Occorre riconoscere che una forma di responsabilità omissiva è astrattamente configurabile anche in caso di mancato impedimento di un evento rispetto al quale

anche in seguito (Cap. 4, par. 4.1), invece, la regola di diligenza non è necessariamente quella idonea ad impedire l’evento (valutazione tutt’al più possibile *ex post*), ma soltanto quella obiettivamente esigibile nella situazione concreta e secondo un metro di giudizio applicabile *ex ante*.

⁸¹ P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 15.

sussiste l'obbligo astratto *ma non un concreto potere di impedimento*. Come abbiamo visto, ciò che nelle fattispecie omissive “sostituisce” funzionalmente il nesso eziologico come primo livello di imputazione è soltanto l'*obbligo di garanzia*. Ma qualora l'evento venisse ascritto alla colposa inattività o alla inadeguata attività dell'agente, senza valutare l'ipotetica efficacia impeditiva del contegno doveroso, la responsabilità si reggerebbe interamente sul disvalore della condotta senza giustificarsi sul co-essenziale disvalore d'evento (nelle fattispecie colpose causalmente orientate).

L'unico requisito difficilmente “negoziabile”, d'accordo con la dottrina prevalente, appare quindi il seguente: quando *certamente* la condotta diligente, prudente, osservante, ecc., non sarebbe valsa ad evitare l'evento, questo non può essere ascritto alla responsabilità dell'agente (del garante come dell'autore materiale) per quanto palese, grave o insopportabile possa essere giudicata la sua condotta (o la sua inattività)⁸². Per il resto, si tratta di stabilire che tipo di rilevanza possa assumere il comportamento alternativo lecito e come debba essere affrontato il giudizio ipotetico sulla sua idoneità impeditiva. Si tornerà su questo aspetto a conclusione di questo stesso capitolo⁸³, una volta affrontato il tema dell'accertamento del nesso di causalità (reale) – del decorso causale in atto – che gli è logicamente presupposto.

2. Il modello della «sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura»: le Sezioni Unite Franzese e il superamento dello schema inferenziale nomologico-deduttivo.

Introducendo la teoria condizionalistica e occupandoci dei limiti che le vengono generalmente attribuiti, abbiamo lasciato in sospeso la questione relativa all'inefficacia euristica della *sine qua non Formel*. Come noto, il metodo di *spiegazione causale* accolto dalla dottrina penalistica prevalente, sulla scorta della filosofia della scienza

⁸² Per tutti, F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP*, 2009, 1679, spec. p. 1705 ss. *Contra*, sviluppando la tesi normativista del maestro Gimbernat Ordeig, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., spec. p. 199 ss.; ID., *¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, cit., p. 105 ss.

⁸³ *Infra*, par. 4.

neopositivista⁸⁴, è quello della «sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura»⁸⁵. L'indagine volta a stabilire se una condotta sia stata *csqn* di un evento dovrebbe reggersi pertanto sulla base fornita dalle generalizzazioni empiriche disponibili al momento del giudizio (modello nomologico)⁸⁶.

Un'avvertenza: le questioni sottese all'accertamento causale sono notoriamente complesse e non potranno essere compiutamente trattate all'interno di questo lavoro⁸⁷. Le riflessioni che seguono saranno piuttosto funzionali al raggiungimento dell'obiettivo dell'indagine. Senza poter affrontare una rassegna critica delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel corso dell'ultimo secolo, la trattazione prenderà le mosse dall'approdo rappresentato nell'esperienza italiana dall'intervento delle Sezioni Unite *Franzese*. Nonostante quella esso costituisca un punto fermo sostanzialmente condiviso, l'esperienza più recente ha fatto emergere importanti questioni lontane dal trovare soluzioni. Esse – o alcune di esse – saranno considerate in quanto non soltanto rilevanti per lo studio dei *limiti funzionali* delle fattispecie colpose causalmente orientate, ma anche perché consentono di comprendere le criticità epistemologiche di alcune soluzioni dottrinali avanzate sul terreno specifico della colpa e della definizione – su base nomologica – della sua cd. “misura oggettiva”.

In Italia, in materia di accertamento del nesso eziologico, è alle famose Sezioni Unite *Franzese*⁸⁸ che si deve la definizione di due aspetti intimamente legati e fino ad allora controversi: l'utilizzabilità di «leggi statistiche», enunciati indicanti correlazioni

⁸⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *D&Q*, 2005, p. 12 ss.

⁸⁵ Si tratta del modello di spiegazione proposto da C. G. HEMPEL – P. OPPENHEIM, *Studies in the Logic of Explanation*, in *Philosophy of Science*, 1948, 15, n. 2, p. 135 ss. Altri rappresentanti del neopositivismo avevano già suggerito paradigmi di spiegazione simili a quello di Hempel e Oppenheim: tra loro K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), Torino, 1970, p. 44 ss., dove si descrive il metodo nomologico-deduttivo basato su «leggi universali di natura». Le concezioni avanzate da Popper e da altri, in realtà – puntualizza G. H. von WRIGHT, *Spiegazione e comprensione* (1971), Bologna, 1977, p. 29 – sarebbero a loro volta mere varianti della teoria della spiegazione esposta dai classici del positivismo a partire da John Stuart Mill.

⁸⁶ Nella dottrina italiana – dopo l'opera di K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., *passim*, in cui è avanzata la teoria della *gesetzmäßigen Bedingung* (della condizione conforme a leggi) – è d'obbligo il riferimento al “classico” di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., spec. p. 67 ss.; nella dottrina spagnola, con ampi riferimenti all'opera del “primo Stella”, cfr. in particolare J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 28 ss.

⁸⁷ Ci si riferisce in particolare alla caduta dei postulati newtoniani nella fisica moderna. In argomento, anche per ulteriori riferimenti, si rinvia ai recenti contributi di C. M. ROMEO CASABONA, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, in *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, 2010, p. 117 ss., e di G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, cit., p. 37 ss.

⁸⁸ CP, S.U., 10.07.2002 (dep. 11.09.2002), n. 30328, Rel. Canzio.

meramente probabilistiche tra categorie di fenomeni; e il rifiuto dello schema inferenziale «nomologico-deduttivo»⁸⁹.

La tesi secondo cui il nesso di causalità potrebbe essere legittimamente accertato solo sulla base di «leggi scientifiche esprimenti una probabilità pari o prossima al 100%» è stata autorevolmente sostenuta da Federico STELLA e da alcuni esponenti della sua scuola⁹⁰. Essa, già prima della storica pronuncia⁹¹, più che «troppo rigorosa»⁹², è apparsa tuttavia «manifestamente *erronea*»⁹³.

Sia o meno concepibile la categoria delle «leggi generali universali»⁹⁴, il coefficiente probabilistico associato alla generalizzazioni empiriche di copertura, per quanto elevato, non può mai essere ritenuto decisivo. Ciò che si usa chiamare «legge» consiste in un enunciato che, su base empirica, indica e descrive in termini statistici o

⁸⁹ Sull'adottabilità del «modello popperiano-hempeliano» di spiegazione fondato sul riconoscimento di regolarità corrispondenti a «leggi di natura» per l'accertamento del nesso di causalità, cfr. M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto* (1980), Milano, 1999, spec. p. 68 ss., 74 ss., 78 ss., 91 ss. e *passim*.

⁹⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime* (1ª ed.), Milano, 2001, p. 307; ID., *Giustizia e modernità* (2ª ed.), Milano, 2003, spec. p. 333 ss.; F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva*, cit., p. 289 ss.; ID., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico-legale*, in *RIML*, 2002, 2, p. 589 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *CP*, 2007, 4831, spec. p. 4837 ss e 4844 ss.; cfr. E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *RIDPP*, 1999, 393, spec. p. 400 ss.

⁹¹ Sulla utilizzabilità di leggi aventi coefficiente statistico medio-basso, purché si possa giungere con «certezza razionale» alla prova della causazione, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., spec. p. 48 ss., 73; riprende e sostiene l'argomento, alla vigilia della *Franzese*, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 648 ss. Analogamente, nella più recente dottrina spagnola, C. M. ROMEO CASABONA, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, cit., p. 123 ss.

⁹² G. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, I, 513, p. 537-9.

⁹³ F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *DPC*, 2 maggio 2013, p. 3.

⁹⁴ L'universalità è assunta generalmente come tratto caratteristico intrinseco del concetto positivisticco di «legge scientifica». Sul rapporto fra condizionalismo e «legalità scientifica» e sul superamento del modello fisicalistico fondato su costanti universali, cfr. A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1039 ss.; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, cit., spec. p. 93 ss.; e L. MAZZA, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, cit., p. 825 ss. La questione ha natura anzitutto filosofica e concerne l'ipotesi della regolarità della natura, cioè la possibilità stessa di concepire il mondo fenomenico come *ordine* retto da «leggi generali». Essa assume quindi rilevanza gnoseologica e metodologica, riguardando il valore e la utilizzabilità di tali «leggi» a fini conoscitivi o dimostrativi (esplicativi). Per una ricognizione generale, nella manualistica, v. G. BONIOLO – P. VIDALI, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 2003, p. 51 ss. Sullo sfondo si staglia la critica humeana all'induzione, quale inferenza ampliativa non necessaria che consentirebbe di procedere dal noto (un determinato numero di osservazioni) all'ignoto, ricavando quelle generalizzazioni empiriche che si è soliti denominare «leggi scientifiche di copertura»: v. la critica «moderna» di K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 5 ss.; ID., *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica*, I, *Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, 2009, p. 49 ss.

probabilistici una correlazione fra classi di eventi. Qualunque generalizzazione, però, resta inevitabilmente svincolata dalle concrete, uniche ed irripetibili (spesso imperscrutabili) connotazioni del caso concreto; pertanto, anche qualora quest'ultimo vi appaia riconducibile, essa potrà fornire soltanto una *possibile interpretazione* degli eventi occorsi e considerati.

L'argomento decisivo ha quindi fondamento logico. La funzione della legge di copertura non è consentire una *deduzione*, ma soltanto fornire un *indizio*, un'ipotesi di *spiegazione* fra le diverse sostenibili⁹⁵. L'individuazione di una correlazione fra classi di eventi, poniamo *A* e *B*, definita dal coefficiente probabilistico *x*, autorizza a sostenere che la condotta *a* riconducibile all'insieme *A* potrebbe aver determinato (o concorso a determinare) l'evento *b* appartenente all'insieme *B*, ma per quanto elevato sia il valore di *x*, non permette di dedurre che *a* ha «oltre ogni ragionevole dubbio»⁹⁶ cagionato *b*⁹⁷. Ritenendo il contrario non si avverte che nemmeno l'utilizzo di (presunte) «leggi universali» può consentire di escludere ipotesi e così spiegazioni alternative. Anche qualora si riesca a sostenere che ad ogni antecedente della classe *A* segue regolarmente un evento di tipo *B*, di fronte al verificarsi del secondo non si potrà escludere che a

⁹⁵ «La conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale non può essere dedotta automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile»: così la sentenza *Franzese*.

⁹⁶ La trasposizione processuale del problema causale attraverso il ricorso al citato canone di giudizio è, come noto, il *Leitmotiv* dell'opera principale del “secondo Stella”, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*. Fra gli allievi, cfr. 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 *CP*, 2006, p. 2406 ss.

⁹⁷ Si pensi al già richiamato caso del sieropositivo consapevole che, ciò nonostante, intrattiene rapporti sessuali non protetti e così facendo trasmette ad altri l'*HIV*. Che senso può mai avere riferirsi al nudo dato statistico secondo cui il rischio di trasmissione in seguito ad un singolo rapporto non protetto è pari allo 0,002 %? È evidente che il rischio effettivo varia considerevolmente in relazione alle concrete circostanze (ad es., l'eventuale presenza di lesioni negli organi genitali, la durata e le modalità del rapporto, ecc.), di fronte alle quali il riferimento al dato percentuale “astratto” può rivelarsi fuorviante (e, forse, del tutto privo di senso). L'ancoraggio al coefficiente statistico, generalmente avvertito come irrinunciabile, conduce a discutibili soluzioni argomentative, soprattutto quando appare troppo debole per sorreggere la spiegazione dell'evento *hic et nunc*. Si consideri ad esempio la sentenza del Trib. Milano, 12.12.2007, in *CM*, 2008, 4, 456: il giudice, dopo aver preso in considerazione il dato relativo al rischio di trasmissione per *singolo* rapporto (0,002%), ipotizza il *numero complessivo* di rapporti avvenuti fra l'imputato e la persona offesa (1200!) ottenendo una «probabilità cumulativa» di trasmissione pari al 90, 95%. Al di là della fittizia considerazione di più condotte (presunte!) come un'unica azione – da cui il suggerimento di utilizzare, piuttosto, l'istituto dell'«accertamento alternativo improprio» (v., sul punto, il commento di A. CORVI, *Rilevanza penale del contagio HIV per via sessuale*, *ivi*, 458, p. 460, nonché L. MASERA, *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *DPP*, 2008, 9, p. 1174 ss.) – è chiaro che nemmeno l'ipotetico raggiungimento di una probabilità così elevata consente *logicamente* di escludere spiegazioni alternative (es. trasfusioni, rapporti con altre persone, ecc.); il giudice, essendone in fondo consapevole, procede valutando (ed escludendo) le ulteriori possibili vie di trasmissione conosciute.

determinarlo sia intervenuto, eventualmente in maniera sufficiente a cagionare l'evento⁹⁸, un distinto antecedente di tipo *C*. L'errore consisterebbe nel non considerare la multifattorialità caratteristica di ciascun *tipo di evento*.

Come opportunamente sottolineato anche dalla più recente dottrina penalistica, deve essere compresa l'impossibilità, di fronte ad una proposizione secondo cui «A è causa di B», di stabilire una relazione transitiva secondo cui allora sempre «B è effetto di A». Infatti, si è osservato, «un conto è dire che “l'aspirina causa la guarigione dell'emicrania”; altro è dire che “la guarigione dell'emicrania è effetto dell'aspirina”, essendo evidente che l'emicrania può cessare anche in conseguenza dell'assunzione di altri medicinali ovvero senza previa assunzione di alcun farmaco»⁹⁹.

Cerchiamo di cogliere alcune implicazioni di questo profilo logico attraverso un esempio indicato dall'epidemiologo Paolo VINEIS: «a partire dalla scoperta del micobatterio, la diagnosi della tubercolosi viene posta solo in seguito alla dimostrazione (...) della presenza del batterio nelle lesioni; pertanto, per definizione, il micobatterio è da quel momento causa necessaria dell'insieme di segni e sintomi che vanno sotto il nome di tubercolosi. In altre parole: da quando è stato definito come tubercolosi quell'insieme di manifestazioni a cui è associata in modo dimostrabile la presenza del micobatterio, è divenuto tautologico concepire questo agente come causa necessaria della patologia»¹⁰⁰.

Ebbene, nei processi penali può talvolta accadere qualcosa di simile, cioè che alcuni tratti o elementi del rapporto causale vengano inconsapevolmente presunti. Si pensi ai giudizi relativi alla trasmissione colposa o dolosa del *HIV*. L'acquisizione scientifica tacita – assunta praticamente a titolo di “fatto notorio” – è quella secondo cui *necessariamente* l'infezione da *HIV* prima o poi comporta l'insorgere di una immunodeficienza. La trasmissione del virus viene giudicata di per sé penalmente rilevante perché considerata deterministicamente causa di

⁹⁸ Ci si riferisce all'operatività dell'art. 41 cpv. cpi.

⁹⁹ O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 646 ss.; analogamente, F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 3-4.

¹⁰⁰ P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Torino, 1990, p. 4.

“malattia”¹⁰¹ e quindi, almeno in un primo stadio, di «lesioni personali»¹⁰². *Transitivamente* si è inoltre indotti a ritenere che una immunodeficienza sviluppatasi in un organismo affetto da *HIV* sia a questo – o solo a questo – necessariamente dovuta. Ma tali deduzioni poggiano su premesse false nella loro absolutezza. Lasciando da parte l’ormai trentennale dibattito scientifico sulla correlazione *Hiv/Aids* (che, secondo quanto risulta a chi scrive, non ha mai varcato la soglia di un tribunale italiano), anche la medicina ufficiale, pur senza comprenderne del tutto le ragioni, riconosce che alcuni soggetti sieropositivi («*long-term non-progressors*») non sviluppano immunodeficienza¹⁰³; numerosi sono inoltre gli antecedenti causali che possono comportare – o concorrere a determinare – una immunodepressione (tossicodipendenza, malnutrizione, trattamenti chemioterapici, ecc.) che, tuttavia, solo qualora concorra il virus prende il nome di *Aids*.

«La dimensione probabilistica della causalità generale – scrive Rocco BLAIOTTA – si mostra con chiarezza proprio nell’ambito delle scienze biomediche, ove si configura spesso una complessa, sottile interazione tra fattori eterogenei (...) che enfatizza la dimensione processuale, sistemica, della causalità»¹⁰⁴. A parere di chi scrive, queste considerazioni dovrebbero quantomeno spingere a riflettere sull’uso di alcune fuorvianti locuzioni apparse di frequente nella

¹⁰¹ «Il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l’adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Ne deriva che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità»: così, sul concetto penalmente rilevante di “malattia”, CP, IV, 14.11.1996, n. 10643.

¹⁰² V. sulla questione A. CASTALDO, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *SU*, 1988-90, 7, p. 31 ss. e 51 ss. Cfr. in argomento le più recenti riflessioni di C. M. ROMEO CASABONA, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, cit., spec. p. 143 ss. sui profili sostanziali (la natura dolosa o colposa del reato; e quindi la configurabilità o meno del tentativo) e processuali (la definizione del capo d’imputazione, i limiti temporali del processo e il *ne bis in idem*) rilevanti rispetto alla prevedibile evoluzione della malattia e quindi alla problematica qualificazione di una “lesione” prevedibilmente determinante la morte della vittima o una considerevole riduzione della sua aspettativa di vita.

¹⁰³ V. nella letteratura medica, a titolo meramente esemplificativo e a fondamento di quanto affermato nel testo, K. POROPATICH – D. J. SULLIVAN, *Human immunodeficiency virus type 1 long-term non-progressors: the viral, genetic and immunological basis for disease non-progression*, in *JGV* 2011, vol. 92, n. 2, 247.

¹⁰⁴ «Ad esempio – prosegue il Consigliere di Cassazione –, l’induzione e lo sviluppo di un’affezione tumorale può dipendere da fattori quali il tipo e l’intensità dell’esposizione ad una sostanza patogena, le condizioni di vita, l’alimentazione, la capacità individuale di riparare le alterazioni del DNA, ecc. La variabilità e la complessità processuale di tale genere di fenomeni introduce all’ambito delle valutazioni fondate su informazioni probabilistiche»: R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l’inferenza causale*, in *CP*, 2010, 3, 1265, p. 1267. Diametralmente opposta, sulla scorta del medico ed epistemologo Giovanni Federspil, è la tesi di F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L’attività medico-chirurgica*, in *CP*, 2005, 1062, p. 1076 ss., secondo il quale «per individuare la causa in medicina si può ricorrere a leggi universali (...) e a leggi statistiche quasi-universali (...)». Argomenta ampiamente l’insostenibilità di questo assunto, di recente, A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell’attività medica*, cit., p. 178 ss.

letteratura penalistica (ad esempio: «*Aids carrier*»¹⁰⁵, «contagio da Aids»), che inducono di fatto a sintetizzare HIV e AIDS (una *possibile condizione* e la *malattia*, cioè un insieme di sintomi convenzionalmente classificati dalla medicina) facendo sparire l'eventuale rapporto causale fra di essi. «Il paradosso – prosegue VINEIS, a proposito del suo esempio – origina dal fatto che l'agente causale è stato inestricabilmente inglobato nella definizione stessa della malattia. Non solo *il ragionamento causale diviene così circolare*, ma crea problemi a un'interpretazione popperiana, in quanto si tratta di *un'inferenza non più falsificabile*: come posso trovare infatti un esempio di tbc in cui non vi sia stato contatto con il micobatterio?»¹⁰⁶.

Forse non è un caso che la questione della “esclusione dei fattori causali alternativi” sia stata presa molto più seriamente in altri contesti ed in relazione ad altre categorie di responsabili. Basti pensare al settore delle malattie professionali (mesotelioma pleurico, epatocarcinoma, ecc.), rispetto al quale – come stiamo per vedere – parte della dottrina sostiene persino l'impossibilità *tout court* di giungere all'accertamento della prova causale – e quindi alla responsabilità del datore di lavoro o di chi per lui – quando non si conoscano tutti i possibili antecedenti del tipo di evento (della patologia) e quindi, a stretto rigore, non sia possibile ottenere la “prova per esclusione”¹⁰⁷.

Dal punto di vista logico, la presunta universalità (o “quasi universalità”...) di una legge scientifica non può offrire nessuna garanzia di certezza nella spiegazione del caso e dell'accadimento concreto: mentre premesse universali possono condurre a conclusioni false, l'utilizzo di generalizzazioni statistiche può consentire di inferire conclusioni plausibili e motivabili, cioè razionalmente sostenibili.

«Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta (...) è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”; (...) con il termine “alta o elevata credibilità razionale” dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione

¹⁰⁵ V. ad es. K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in *RIDPP*, 2001, 1, 299.

¹⁰⁶ P. VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., p. 4 (corsivo non originale).

¹⁰⁷ *Infra*, par. 3.3.

quantitativa entro generi di eventi ripetibili (...), bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria (...) rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto»¹⁰⁸.

Il giudizio causale dovrebbe quindi articolarsi in due momenti: il primo volto a individuare le possibili “cause”, reti di condizioni ritenute *idonee o sufficienti* a cagionare un tipo di evento; il secondo a stabilire se la condotta umana sia stata, entro la cornice di una di esse, «condizione *contingentemente* necessaria». Il giudice, assistito dai periti, deve in primo luogo individuare le possibili spiegazioni dell'evento, ciascuna avente funzione indiziante, supportate da altrettante generalizzazioni esplicative plausibili e affidabili, quand'anche dotate di basso valore statistico («causalità generale»). L'individuazione della spiegazione adeguata al caso concreto avviene quindi in una fase successiva («causalità individuale»), nella quale, in base alle circostanze di fatto e all'evidenza disponibile, si tratta di stabilire se la condotta umana abbia concorso alla verifica dell'evento *hic et nunc*, mediante l'esclusione (dell'incidenza di per sé sufficiente¹⁰⁹) di decorsi causali alternativi¹¹⁰.

3. Metodo di accertamento: questioni attuali.

¹⁰⁸ Così, le Sezioni Unite *Franzese*, § 8-9.

Per una critica epistemologica all'impianto concettuale della sentenza, P. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in *CP*, 2004, 298, spec. p. 300 ss., dove l'autore rileva un riferimento improprio alla «probabilità logica», concetto risalente al tentativo di formalizzazione di Rudolf Carnap; cfr., per la sua riproposizione penalistica, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 222 ss., 225. Di recente, la già citata sentenza *Cozzini* ha puntualizzato che (§ 7) «se si vuole, per evitare fraintendimenti tra i diversi usi del termine probabilità, il concetto di probabilità logica può essere sostituito con quello di corroborazione dell'ipotesi; alludendosi con ciò al resoconto che sintetizza l'esito della discussione critica sulle prove, alimentata dai segni di conferma o di confutazione delle ipotesi esplicative». V. inoltre *infra*, par. 3.3.

¹⁰⁹ Cfr. di nuovo in relazione alla «riduttiva» funzione attribuibile al cpv. dell'art. 41 cpi, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 682 ss., spec. 686-7.

¹¹⁰ Sullo schema logico-argomentativo utilizzabile a sostegno dell'accertamento causale, già prima della *Franzese*, v.: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., spec. p. 57 ss., 72 ss.; nonché, di nuovo, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., spec. p. 669 ss.; cfr. più di recente M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 891, spec. p. 902 ss.

3.1. Il controverso ricorso alle «leggi scientifiche».

L'iter «bifasico»¹¹¹ appena tracciato rappresenta naturalmente un'estrema semplificazione. L'individuazione (o la selezione) delle ipotesi scientifiche mediante il ricorso al “sapere degli esperti” pone questioni che, benché ampiamente affrontate nella letteratura giuridica, non trovano ancora appaganti soluzioni.

Da un primo punto di vista, si osserva come ciascun evento sia in realtà difficilmente riconducibile a classi di fenomeni e a leggi generali, stante la sua «irripetibile unicità». La «ri-descrizione» dell'evento finalizzata a selezionare gli aspetti ripetibili della concreta vicenda storica cui ricorrono i sostenitori della «causalità conforme a legge»¹¹² si risolverebbe in un puro e semplice *escamotage*¹¹³.

Sul piano metodologico, ci troviamo indubbiamente di fronte a un circolo vizioso: gli aspetti rilevanti dell'evento sono selezionati sulla base del tentativo di soluzione che le parti del processo prendono in considerazione come ipotesi esplicativa¹¹⁴. Il problema sarebbe tuttavia insuperabile soltanto qualora ragionassimo in modo univoco e deduttivo. Il processo (in quanto tale) consente invece l'ingresso di diverse e spesso incompatibili ipotesi esplicative: ciò permette ed anzi impone di procedere al tentativo di spiegazione attraverso «intuizioni progressive» e l'utilizzo di diverse “leggi scientifiche” richiedenti differenti ri-descrizioni dell'evento¹¹⁵. Questo aspetto riflette del resto la necessità di dare sempre per scontata l'assunzione di condizioni e di leggi non conosciute né conoscibili (necessità che si esprime con la clausola *coeteris paribus*)¹¹⁶: la causa di un evento, con i suoi relativi antecedenti contingentemente necessari, non è mai conoscibile perché non potranno mai (né dalla scienza, né dal giurista) essere individuate tutte le condizioni che hanno concorso a determinarlo, né le concrete ed effettive modalità¹¹⁷.

¹¹¹ O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *CP*, 2008, 2151, p. 2186-7.

¹¹² F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 231 ss., spec. 264 ss.

¹¹³ M. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *DPP*, 2007, 2, 247, p. 249.

¹¹⁴ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 265.

¹¹⁵ Cfr. sul punto O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 655 ss.

¹¹⁶ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 275 ss., spec. 280 ss.; cfr., più di recente, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 649 ss.

¹¹⁷ Qualora le assunzioni (fattuali e nomologiche) «tacite» appaiano numerose e rilevanti, si sostiene da più parti l'opportunità procedere all'accertamento solo qualora sia possibile ricorrere a leggi di copertura dotate di un elevato grado di probabilità statistica: condivide quest'opinione, di recente, K. SUMMERER, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, in *IP*, 2011, 1, 69, p. 92-3.

Questione preliminare a quella della valutazione della prova scientifica nel processo¹¹⁸ concerne, più in generale, l'effettiva necessità di ricorrere al sapere specialistico. Senza voler segnare un ritorno all'intuizionismo del giudice¹¹⁹, autorevole dottrina si chiede se il ricorso alle leggi generali individuate dalle scienze empiriche sia davvero imprescindibile allo scopo di fornire una spiegazione razionale. In discussione è il «punto di partenza indimostrato» secondo cui, ai fini della spiegazione causale, sarebbe indispensabile basarsi su «leggi scientifiche» escludendo l'utilizzabilità delle «generalizzazioni del senso comune»¹²⁰.

La questione imporrebbe una seria riflessione epistemologica sulla possibilità oltre che sulla convenienza di distinguere “scienza” e “non scienza”¹²¹. Tra proposizioni esperienziali e norme scientifiche non sembra comunque possibile tracciare una netta linea di demarcazione¹²², ragion per cui il diritto penale ricorre molto spesso a generalizzazioni estranee al paradigma dimostrativo vetero-positivista. Basti pensare alla controversa «causalità psichica»¹²³, elemento strutturale tanto del «concorso morale»

¹¹⁸ *Infra*, par. 3.2.

¹¹⁹ Paradigmatica è la citatissima sentenza del Trib. Rovereto, 17 gennaio 1969, in *RIDPP*, 1971, 1021 ss., nella quale, in relazione all'accertamento della correlazione fra le emissioni di uno stabilimento industriale e le “macchie blu” cutanee lamentate dagli abitanti della zona circostante, si legge (p. 1026): «*Sul tema del rapporto di causalità tra l'attività della fabbrica (...) ed i danni alle cose ed alle persone registrati nel contado, sembra al Collegio che davvero non possa esservi dubbio alcuno. Riesca o non riesca la scienza ad esattamente pervenire a dimostrare la patogenesi ed il meccanismo interno di quelle lesioni umane, osserva il Tribunale che, nella specie sono le stesse circostanze di fatto a storicamente provare la connessione tra quei fumi dello stabilimento e quelle macchie cutanee delle persone.*».

¹²⁰ Rivolgendo di nuovo la propria critica al contributo di Stella, M. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale*, cit., p. 247 ss.; analogamente, A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1039 ss., spec. 1042.

¹²¹ In argomento, con specifico riguardo all'ammissione della “prova scientifica” (*infra*, par. 3.2), 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 Review*, vol. 52, n. 4, 2007, 679, spec. p. 698 ss.. Per la sua notevole influenza nel discorso giuridico sul «principio di precauzione» (*infra*, Cap. 4, par. 2.3, e Cap. 6, par. 4.6), cfr. J. R. RAVETZ, *The post-normal science of precaution*, in *Futures*, 2004, 36, p. 347 ss.

¹²² E. M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *RTDPC*, 2014, 4, 132, p. 145, ed ivi citata l'autorevole opinione conforme di Paolo Ferrua.

¹²³ Cfr. ad esempio F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 102 ss., e M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 916 ss., entrambi per la tesi secondo cui anche nel mondo psichico si potrebbero postulare leggi, generalizzazioni, regole. Il criterio ascrittivo della «causalità psichica» è stato recentemente utilizzato a sostegno dell'ipotesi accusatoria accolta nella discussa sentenza con cui il Tribunale de L'Aquila (22 ottobre 2012, dep. 19 gennaio 2013, n. 380, Giud. Billi, in *DPC*, 21 gennaio 2013) ha condannato i componenti della ‘Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi’ a titolo di omicidio colposo plurimo per le dichiarazioni pubbliche fatte alla vigilia del terremoto che la notte del 6 aprile 2009 colpì il capoluogo abruzzese causando la sua distruzione e più di trecento vittime (sulla quale, *infra*, Cap. 4, par. 3.3): v. fin d'ora le incisive note critiche di A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza “Grandi Rischi”*, in *CP*, 2013, 5, p. 1818 ss.

quanto di numerose fattispecie di parte speciale (truffa, concussione, reati di istigazione, ecc.); o, ancora, a quei fatti e a quei “frangenti umani” ritenuti per comodità estranei allo statuto della scienza, ma governati anch’essi dalla fisica newtoniana, in relazione a quali è ragionevole derogare alla necessaria sussunzione sotto leggi scientifiche¹²⁴. Riferendosi ad una classica casistica sulla *colpa*, viene inoltre alla mente la prevedibilità di eventi quali lo *chock* della madre della vittima, la lesione derivante dall’improvviso cambio di velocità di un macchinario o l’incidente stradale dovuto alla riconoscibile imprudenza di un terzo conducente¹²⁵. In questi ed altri casi il concetto di “legge scientifica” – la generalizzazione che dovrebbe reggere tanto la *spiegazione* quanto la *previsione* (o la *prevedibilità*) dell’evento – perde la sua integrità naturalistica sfumando gradualmente fino a confondersi con la «massima d’esperienza» e con la «generalizzazione del senso comune»¹²⁶.

3.2. (segue) L’attendibilità dell’ipotesi scientifica al vaglio del giudice di merito.

Quando il ricorso strumentale alle conoscenze specialistiche appare irrinunciabile, occorre chiedersi se quelle introdotte nel processo siano tali da poter assumere dignità esplicativa fornendo adeguata copertura all’ipotesi accusatoria.

La pluridecennale esperienza applicativa del *covering law model* mostra quanto spesso si tratti di selezionare la tesi “più credibile”, “affidabile” o “plausibile” fra quelle portate all’attenzione del giudice. Tale eventualità è dovuta alla relatività e allo stato perennemente ipotetico e *in fieri* delle conoscenze scientifiche, rispetto alle quali non sembrano decisivi, né in teoria né all’atto pratico, i tentativi volti a distinguere recisamente e secondo logica binaria *good* e *junk science*¹²⁷, scienza autentica e corrotta¹²⁸, il sapere “corroborato” da quello “congetturale”¹²⁹, quello «generalmente

¹²⁴ V. sul punto F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *D&Q*, 2010, 10, 137, p. 141-2.

¹²⁵ Cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 499 ss., 590, 648 (nota 258).

¹²⁶ Sull’inevitabile ricorso alle generalizzazioni empiriche del senso comune, di recente, R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l’inferenza causale*, cit., p. 1268. Critico, fra gli altri, G. DE FRANCESCO, *L’imputazione del reato e i tormenti del penalista*, cit., p. 526-7.

¹²⁷ Espressione, quest’ultima, che risale alla critica di P. W. HUBER, *Galileo’s Revenge. Junk Science in the Courtroom*, New York, 1991, *passim*.

¹²⁸ F. CENTONZE, *Scienza “spazzatuta” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *RIDPP*, 2001, IV, p. 1232 ss.

¹²⁹ Qualunque teoria scientifica, per quanto «corroborata», cioè sopravvissuta a successivi tentativi di «falsificazione» (controlli), resterà sempre una «ipotesi», una «congettura», un «tentativo» (K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 275 ss., spec. 311).

accolto» dalla comunità scientifica¹³⁰ da quello non sufficientemente condiviso e quindi non considerabile da parte del giudice.

Il problema, che come noto si presentò in tutta la sua complessità nella vicenda della *talidomide*¹³¹, riemerge costantemente nell'esperienza più recente e si ripropone in relazione alla controversa valenza esplicativa delle osservazioni empiriche fornite dall'epidemiologia – specialmente nei casi in cui, pur non essendo disponibili altre evidenze al fine di raggiungere la prova circa il nesso eziologico relativo all'evento *singolo*, la mancata materiale ascrizione appare tuttavia difficilmente accettabile.

Per iniziare a comprendere i termini della questione, consideriamo un caso recentemente deciso dal Tribunale di Ferrara¹³² nel quale, sotto il profilo causale, si è trattato di stabilire se lo “stato delle conoscenze” fosse tale da permettere di affermare l'esistenza di una “legge di copertura” idonea a consentire l'accertamento del nesso naturalistico fra l'esposizione di due lavoratori al CVM (cloruro di vinile) e l'epatocarcinoma di cui entrambi sono risultati affetti ad anni di distanza.

L'esistenza della “legge” viene discussa attraverso un'attenta considerazione della monografia del 2007 dell'*Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC)*. L'analisi condotta è indicativa perché orientata a chiarire la natura e le finalità delle informazioni e delle conoscenze contenute nella pubblicazione al fine di decidere sulla loro utilizzabilità in sede processuale. Osserva il giudice: «*l'attività di IARC (...) appare caratterizzata da scopi essenzialmente precauzionali*» per cui «*una sostanza può essere indicata come pericolosa anche in presenza di evidenze che (...) consentono di affermare un mero dubbio circa la sua effettiva e concreta attitudine a cagionare effetti lesivi alla salute umana. Il tutto in conformità al c.d. “principio di precauzione” secondo il quale è più opportuno vietare l'uso di una determinata sostanza forse pericolosa piuttosto che consentirne l'utilizzo in assenza di opportune cautele in attesa che l'incertezza venga rimossa all'esito degli accertamenti effettuati dalla comunità scientifica. Peraltro, se il c.d. “principio di precauzione” è doveroso e meritorio in un contesto di generalizzata*

¹³⁰ Il criterio della «*general acceptance*», ai fini dell'ammissibilità della prova scientifica nel processo, risale alla celebre sentenza *Frye v. Unites States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

¹³¹ Sulla vicenda, M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 97 ss.: come noto si trattò allora di accertare se vi fosse un collegamento regolare fra l'assunzione del farmaco *talidomide* (distribuito con il nome commerciale *Contergan*) da parte delle gestanti in corso di gravidanza e l'insorgenza di una grave malformazione (focomelia) nei nascituri.

¹³² Trib. Ferrara, 30.04.2012 (dep. 04.09.2012), n. 657, Giud. Mattelini, in *DPC*, 16 settembre 2012.

tutela della salute dell'uomo, esso appare per contro del tutto avulso, suggestivo e pericoloso (...) in un contesto dal quale far derivare una pronuncia di penale responsabilità», non potendosi ricavare «una “legge di copertura” giuridicamente rilevante sotto il profilo causale». Ciò osservato, prosegue la motivazione, «la relazione causale tra insorgenza dell'epatocarcinoma e l'esposizione al CVM di certo non può ritenersi conoscenza fatta propria e generalizzata nell'ambito della comunità scientifica mondiale; invero, nessuno tra i quattro più autorevoli enti internazionali di ricerca sulle malattie epatiche (...) ha ritenuto di inserire l'esposizione a CVM tra i fattori di rischio per l'insorgenza di epatocarcinomi». L'esposizione alla sostanza, conclude quindi il giudice, non può essere ritenuta antecedente (con)causale rispetto alla patologia sofferta dai due lavoratori.

L'esistenza di una “legge scientifica” in grado di reggere la tesi accusatoria – la causazione colposa dell'epatocarcinoma attraverso l'esposizione prolungata al CVM – è messa in dubbio, ed infine rigettata, perché ad essere ritenuto insufficiente è il *grado di corroborazione* dell'ipotesi scientifica (della correlazione fra sostanza e patologia). Il problema – che spiega le ragioni della polemica indicata nel paragrafo precedente – è che il metodo della sussunzione sotto cosiddette leggi scientifiche impone di rivolgersi a categorie ufficiali e convenzionali non omogenee a quelle utilizzate dai giuristi. L'agenzia internazionale cui si è fatto riferimento, ad esempio, suddivide gli “agenti” ipoteticamente cancerogeni per l'essere umano in cinque categorie¹³³: cancerogeni¹³⁴, possibili o

¹³³ IARC *Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans – Preamble*, 2006, p. 22 ss., consultabile in <http://monographs.iarc.fr/ENG/Classification/index.php> (ultimo accesso: 15.01.2015).

¹³⁴ «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».

probabili cancerogeni¹³⁵, non classificabili¹³⁶, probabilmente non cancerogeni¹³⁷. Se l'intuitiva reperibilità di leggi scientifiche all'interno della prima categoria non pone particolari problemi, più complicato appare fondare un'ipotesi accusatoria sul riferimento alla seconda o alla terza.

Altro punto di vista – per certi versi distinguibile da quello appena accennato – dal quale può essere messa in discussione l'individuazione di una “legge scientifica” è quello del *consenso*¹³⁸. Nella prassi giudiziaria la “battaglia dei periti” è come noto assai frequente, e ciò obbliga a chiedersi in che modo e in che misura le tesi scientifiche *rivali e irriducibili* possano essere valutate nel processo, scegliendo la “migliore” in base alla credibilità intrinseca e/o alla capacità da parte di ciascuna di spiegare il caso concreto.

¹³⁵ «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*».

¹³⁶ «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 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».

¹³⁷ «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».

¹³⁸ Recentemente, in Italia, l'attenzione mediatica è caduta sulla questione relativa alla presunta correlazione fra somministrazione del “vaccino trivalente” e comparsa dell'autismo (v. ad esempio l'articolo di stampa *Giudici che odiano la scienza*, in *Pagina99*, sabato 5 aprile 2014, p. 10-1). Questa tesi venne inizialmente sostenuta dal medico britannico Andrew Wakefield in un lavoro pubblicato in *The Lancet* nel 1998 ma dalla stessa rivista ritirato nel 2010 in ragione di svariate condotte “antiscientifiche” accertate da un'inchiesta condotta dal *General Medical Council* e di un non dichiarato conflitto di interessi dell'autore. Ciò nonostante, la giurisprudenza italiana vi ha fatto recentemente ricorso accogliendo domande di risarcimento presentate nei confronti del Ministero della Salute. Il precedente, risalente ad un anno prima dell'ufficiale ritiro della pubblicazione, è rappresentato da una sentenza del Tribunale di Busto Arsizio, sez. lav., 2.12.2009, Giud. Franca Molinari, nella quale leggiamo quanto segue: «(...) in campo biopatologico è estremamente difficile raggiungere un grado di certezza assoluta e, pertanto, la sussistenza di un nesso causale fra un determinato antecedente e l'evento dannoso può ben essere affermata in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, soprattutto quando manca la prova della preesistenza, della concomitanza o della sopravvenienza di altri fattori determinanti (...). «Ritiene (...) la scrivente che sia sufficiente a provare la sussistenza del nesso eziologico una “ragionevole probabilità” unitamente alla mancanza di prova di altre (con)cause determinanti». Negli ultimi anni la stessa direzione è stata seguita da numerosi tribunali italiani. Fra le sentenze di accoglimento più recenti, v. ad esempio Trib. Pesaro, 11.11.2013, Giud. Vincenzo Pio Baldi (disponibile in <http://autismovaccini.org>).

Una recente pronuncia della Cassazione¹³⁹ ha tentato di individuare alcuni criteri (non tassativi) destinati a disciplinare il giudizio discrezionale (di merito) circa la plausibilità e l'attendibilità dell'ipotesi scientifica *in sé*, qualora 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 l'ipotesi accusatoria fornendole "copertura" (come nel caso di Ferrara visto poc'anzi). Si tratta di una sentenza importante, forse la più rilevante e «matura»¹⁴⁰ in materia di causalità dopo la *Franzese* nella giurisprudenza italiana.

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 nella recente indagine di Luca MASERA¹⁴¹. Questo aspetto accomuna del resto la nostra esperienza a quella spagnola. «La preocupación fundamental de los jueces en relación con la prueba científica – scrive ad esempio HERNÁNDEZ GARCÍA – sigue centrándose, por un lado, en los aspectos procedimentales de producción del medio probatorio y, por otro, en la juridificación de la valoración del resultado científico aportado mediante la aplicación de formulas generales (sana crítica, libre convencimiento, prudente arbitrio) y, en el mejor de los casos, de cánones singulares (racionalidad conclusiva, cualificación del perito, claridad expositiva, ausencia de contradicciones internas o externas) que nada tienen que ver con las condiciones exigidas por el método científico para que una conclusión o hipótesis pueda ser tenida como aproximativamente fiable o segura. Formulas valorativas cuya finalidad no es otra, en muchos casos, que la de intentar legitimar comportamientos sustancialmente elusivos de los deberes judiciales de motivación justificativa de los presupuestos de las decisiones»¹⁴².

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'inalazione delle polveri, secondo la tesi accusatoria, avrebbe determinato a distanza di anni l'insorgenza di un mesotelioma pleurico e, così, la sua

¹³⁹ La già citata sentenza *Cozzini*: CP, IV, 17.09.2010 (dep. 13.10.2012), n. 43786, Rel. Blaiotta, commentata da R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto*, cit., p. 1712 ss., e M. GROTTI, *Morti da amianto e responsabilità penale*, cit., p. 561 ss.

¹⁴⁰ D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 12.

¹⁴¹ L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, p. 3 ss.

¹⁴² J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, in *Jueces para la Democracia*, 54, 2005, p. 73-4.

morte¹⁴³. La pronuncia ha investito il problema dell'individuazione, fra i soggetti che avevano assunto negli anni una posizioni di garanzia nei confronti del lavoratore¹⁴⁴, di quelli responsabili in virtù del nesso eziologico fra l'esposizione ad essi ascrivibile e l'evento patologico mortale¹⁴⁵.

In casi di questo genere fanno generalmente ingresso nel processo due tesi scientifiche rivali: 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) e quella per cui l'insorgenza e l'evoluzione della patologia dipenderebbero soltanto dalla prima esposizione (cd. *trigger-dose*, o *dose killer*). Accogliere l'una o l'altra significa porre le premesse per poter imputare materialmente l'evento *hic et nunc*, rispettivamente, a tutti o ad alcuni soltanto fra i garanti succedutisi nella posizione di controllo.

La Corte, nel cassare con rinvio la sentenza di Appello¹⁴⁶, ha stabilito che il giudice di merito è tenuto ad affrontare un «*giudizio critico nei confronti delle valutazioni tecnico-scientifiche proposte dagli esperti*»; e che, al fine di verificare «*se esista una teoria sufficientemente affidabile in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato*», 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

¹⁴³ Per una più attenta considerazione della vicenda si rinvia di nuovo a M. GROTTA, *Morti da amianto e responsabilità penale*, cit., p. 561 ss.

¹⁴⁴ Sul problema della successione nella posizione di garanzia v. ancora M. GROTTA, *Morti da amianto e responsabilità penale*, p. 565 ss.

¹⁴⁵ Come già ricordato (*supra*, par. 1.2), 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 più recente sentenza *Fincantieri*, CP, IV, 24.05.2012 (dep. 27.08.2012), n. 33311, Rel. Grasso, e il commento a entrambe le pronunce di S. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, cit., p. 7 ss.

¹⁴⁶ La Corte territoriale si era uniformata all'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui andrebbe accolta la tesi scientifica che qualifica il mesotelioma pleurico come *dose-dipendente* (cfr. *ex plurimis* Trib. Torino, I, 14.05.2012, 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.

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. 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 ragioni che hanno consentito di ritenere più credibile e affidabile la tesi scientifica su cui si intende fondare la decisione¹⁴⁷. «La Corte ha la consapevolezza di indicare al giudice di merito un compito assai impegnativo»¹⁴⁸; del resto, assunto (benché controverso) il paradigma di accertamento nomologico-scientifico, se «non può essere accettata l'idea che la risoluzione di un problema causale debba sempre sottendere una base scientifica precostituita e certa»¹⁴⁹, il problema continuerà inevitabilmente a porsi.

Gli esiti di un simile monito non sono facilmente prevedibili. Le difficoltà che i giudici incontreranno, specie dal punto di vista del coordinamento fra i diversi criteri affacciati, potranno essere valutate di volta in volta e nel corso del tempo, come accaduto oltreoceano per l'antesignana sentenza *Daubert*¹⁵⁰. Alla presa di posizione della Cassazione va comunque riconosciuto il merito di aver riaffermato la necessità di non “immunizzare” il diritto penale dall'evoluzione del dibattito epistemologico¹⁵¹. Il metodo

¹⁴⁷ V. la sentenza *Cozzini*, § 12 e ss., spec. § 16, dove la Corte indica l'«itinerario razionale» dell'indagine affidata al giudice di merito.

¹⁴⁸ Così, la stessa *Cozzini*, al § 16.

¹⁴⁹ *Id.*, § 15.

¹⁵⁰ *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 al precedente *Frye test* (*supra*, nota 130): occupandosi dell'ammissione della prova scientifica nel processo civile, la Corte ha affiancato al criterio della «general acceptance» 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, 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, oltre al contributo di M. RISINGER, *The irrelevance, and central relevance, of the boundary between science and non-science*, cit., p. 700 ss., v. 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*, Torino, 2004, 125, spec. p. 128 ss. e 132 ss. Nella dottrina italiana, cfr. i contributi di: M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *RTDPC*, 1996, p. 219 ss., spec. p. 232 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, *ivi*, p. 261 ss.; C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, suppl. a *DPP*, 2008, 6, 29, spec. p. 33 ss.

¹⁵¹ Tale necessità, pur nella notevole diversità di vedute che la caratterizza, è generalmente avvertita dalla dottrina penalistica. Dopo gli studi di Federico Stella, cfr. i più recenti contributi di L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 16 ss., e di G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, cit., spec. p. 59 ss., 77 ss. e 127 ss. Non si può perciò più sostenere che

di sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura trova del resto in quel contesto le sue stesse origini. Il problema, ora, è fare i conti le sue inevitabili disfunzioni e con la crisi di alcune sue fondamentali premesse, evidenti alla prova dei fatti ma già riconosciute dalla filosofia della scienza da diversi decenni. L'intento di riconsegnare al giurista una meno ingenua «immagine di scienza»¹⁵², e di indicare un modo più onesto di rivolgersi ad essa, va quindi accolto positivamente: il giudice non deve consultare un'entità che si esprime tramite legittimi emissari detentori di verità, bensì interrogarsi sulla credibilità degli interpreti chiamati dalle parti a “dire la propria” nel processo.

In questo messaggio della Cassazione si coglie chiaramente uno scarto rispetto al tradizionale atteggiamento di deferenza assunto dal diritto di fronte alla scienza, rispetto cioè al paradigma relazionale secondo cui gli scienziati sarebbero portavoce neutrali di un sapere oggettivo da offrire alla valutazione giuridica (*speaking truth to power*)¹⁵³. «El cambio de paradigma – avallato anche dalla dottrina spagnola – reclama asumir que la ciencia aparece como una institución socialmente dinamica, relacionada con otras insituciones en la definición de un orden que es al mismo tiempo epistémico y social. El derecho, como sistema institucional, ya no puede concebirse como un mero receptor pasivo de la ciencia, sino como un instrumento de interacción creativa en el sentido que utiliza y modifica los conocimientos científicos según las propias exigencias (...)»¹⁵⁴.

«la questione della capacità euristica delle teorie elaborate nell'ambito delle scienze naturalistiche è estranea al diritto ed involge temi di filosofia della scienza, non attinenti alla scienza penale, in quanto scienza giuridica che studia fenomeni umani»: così, invece, L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra “caos” e “logos”*, in *RTDPE*, 2009, 969, p. 1013. Al contrario – come osserva D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 876 e *passim*, spec. 881 ss. –, le soluzioni ai problemi affrontati dal giurista «non possono essere assicurate da mere indicazioni normative (...). Il 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».

¹⁵² Sul concetto utilizzato nel testo cfr.: V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, 1984, p. 22, nota 33 e *passim*; G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., p. 87 ss.

¹⁵³ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, p. 4 ss.; M. C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., p. 339 ss.

¹⁵⁴ Riferendosi a propria volta al pionieristico contributo di Sheila Jasanoff, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *Conocimiento científico y decisión judicial*, cit., p. 74.

Ora, però, si tratta di capire se e come tale compito possa essere assolto da ciascun giudice di merito¹⁵⁵; se simili parametri consentano al *peritus peritorum* di selezionare l'ipotesi scientificamente più attendibile¹⁵⁶; se e quando un *accertamento in condizioni d'incertezza* possa essere ritenuto compatibile con i canoni normativi di riferimento¹⁵⁷.

Su tali questioni, come noto, ci si interroga in realtà da molto tempo. Basti ricordare quanto più di trent'anni fa scriveva Manfred MAIWALD a proposito del caso *Contergan*: «quando manchi la certezza della conoscenza scientifica il giudice deve seguire la perizia che pare più plausibile, di più immediata comprensione, più convincente – ha perlomeno questa possibilità – oppure in tali casi dovrà rinunciare a formarsi un proprio convincimento, dovrà quindi assolvere l'imputato applicando la regola del *in dubio pro reo?*» Con Armin Kaufmann, l'autore tedesco concludeva sostenendo che «il giudice si dovrebbe limitare ad accertare se nell'autorevole cerchia degli esperti sia riconosciuta una determinata regolarità scientifica. Se così non fosse, allora si dovrebbe giungere all'assoluzione, conformemente alla massima *in dubio pro reo* (...)»¹⁵⁸.

L'esperienza recente mostra però che uno stato di “certezza”, di unanime riconoscimento o quantomeno di “largo consenso” nella «cerchia degli esperti» è raramente riscontrabile. Il carattere ipotetico e relativo di qualunque tesi scientifica¹⁵⁹ si mostra persino nei casi in cui il comune (erroneo) convincimento è quello di trovarsi al cospetto di verità inconfutabili o di modelli di spiegazione e previsione infallibili¹⁶⁰. La sfida di fondo colta e affrontata dalla Cassazione ha quindi un'immensa portata e ripropone questioni che interessano tanto il diritto e la scienza (i loro rapporti), in quanto detentori dei «mezzi di definizione», quanto l'intera «società del rischio». Che cosa

¹⁵⁵ Riferendosi alla sentenza *Cozzini*, non ritiene 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 (consigliere della medesima IV sezione della Corte di Cassazione).

¹⁵⁶ La scelta di cassare *con rinvio* in casi di questo genere è fortemente criticata da chi – ad esempio F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale (commento a Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010 – 4 novembre 2010, n. 38991)*, in *DPP*, 2011, I, p. 185 ss.; R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto*, cit., p. 1719 ss. – sottolinea l'impossibilità per il giudice di merito di motivare adeguatamente la scelta di una tesi scientifica in contesti di perdurante incertezza.

¹⁵⁷ Questione riproposta, di nuovo con riferimento alla *Cozzini*, da D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *RIDPP*, 2012, 4, 1231, p. 1236 ss.

¹⁵⁸ M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 113 ss.

¹⁵⁹ K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 275 ss., spec. 311.

¹⁶⁰ Le patologie umane, ad esempio, 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*, cit., p. 11 ss.).

costituisce “prova” «in un mondo nel quale il sapere e il non-sapere sui rischi si mescolano inestricabilmente e qualsiasi sapere è controverso e probabilistico»? *Chi è autorizzato a stabilire le leggi causali (o le norme di correlazione) in base alle quali può essere riconosciuto un nesso causa-effetto*¹⁶¹?

3.3. La prova della “causalità individuale” fra generalizzazioni (ipotesi) esplicative ed esclusione dei decorsi causali alternativi. Conclusioni.

Se l'accertamento causale si risolvesse in una meccanica assunzione – in quanto scientificamente “vere” – o nella libera definizione di «norme di correlazione» (leggi causali, leggi scientifiche, generalizzazioni del senso comune, ecc.) il diritto penale dovrebbe effettivamente smettere di occuparsene¹⁶². Ciò che consente – e forse impone – di persistere nel tentativo di stabilire canoni di giudizio adeguati alla prova della causalità materiale, invece, è proprio l'idea secondo cui il *processo* non può e non deve decretare la “scientificità” di una teoria e il *giudice* non può e non deve improvvisarsi fisico, biologo, geologo, medico, ecc., svolgendo una impossibile e irrealistica indagine sui corpuscoli newtoniani¹⁶³. «*Il processo penale* – leggiamo ancora nella sentenza *Franzese* – *appare (...) sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto*

¹⁶¹ U. BECK, *Conditio humana*, cit., p. 55. Ma non si tratta, evidentemente, di questioni nuove, nemmeno per il penalista: cfr., con particolare riferimento ai contributi di Engisch e Stella, il saggio di C. E. PALIERO, *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero a forma libera?*, cit., p. 1502 ss.

¹⁶² L'idea secondo cui l'accertamento causale si risolverebbe nella verifica del carattere incontrastato (certo, corroborato, generalmente accolto, ecc.) della “legge scientifica” all'interno della comunità scientifica, dovendosi altrimenti assolvere l'imputato in base al principio *in dubio pro reo* (Armin Kaufmann, Maiwald; più tardi Stella e i suoi allievi) è stato efficacemente criticata, ormai quasi trent'anni fa, da J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 44 (riflettendo sul caso *Contergan*) e 67 ss., spec. 72-3: l'errore di quel paradigma consisterebbe nel «señalar como unico objeto de la prueba penal la propia ley causal general o natural (...). Negar la cientificidad de toda prueba de la relación de causalidad que no esté generalmente admitida es un puro contrasentido, además de significar una completa subordinación judicial a la polémica científica, negando así a los jueces la facultad de apreciación de la prueba. Mantener, con razón, que el juzgador no puede sobreponerse a los conocimientos científicos generalmente admitidos, no puede querer decir que esté imposibilitado para fundametar lógica, racional e incluso científicamente la existencia de una relación de causalidad, en caso de que no exista ese reconocimiento científico general sobre la causa, también general».

Ciò nonostante, per due autorevoli riproposizioni di quell'impostazione – oltre agli autori italiani che verranno citati tra poco –, cfr. E. A. DONNA, *Imputación Penal y Ciencia*, in *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, cit., 193, spec. p. 216 ss. (sulla scorta di Hassemer, Puppe e dello stesso Arm. Kaufmann), e D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità*, cit., p. 1238, il quale ribadisce l'idea secondo cui i «principi dell'ordinamento giuridico ci dicono che, in caso di dubbio relativo alla causalità (generale o individuale), si applicherà il principio *in dubio pro reo*».

¹⁶³ V. invece, per l'ultima radicale espressione del “secondo Stella”, i saggi contenuti ne *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005.

verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'abduzione), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse». Compito del giudice, quindi, non è sostituirsi alla fideistica e (ormai) mitologica figura dello scienziato capace di distinguere il vero dal falso. L'acquisizione di una o più correlazioni "plausibili" rappresenta soltanto il possibile punto di partenza di un percorso non già dimostrativo bensì ipotetico-argomentativo.

Il vero punto di svolta segnato dalla giurisprudenza *Franzese* e dal suo «iter bifasico» consiste nell'aver emancipato il ragionamento probatorio dal modello di spiegazione nomologico-deduttivo di stampo neopositivista applicato secondo il canone di giudizio dell'*in dubio pro reo*¹⁶⁴. Quello indicato dalla Suprema Corte è un itinerario retrospettivo che riconduce ipoteticamente un evento ad una ipotesi esplicativa sì da poterlo ritenere, in via *provvisoria* e *congetturale*, effetto di una certa causa. Il ragionamento ipotetico del giudice, per molti versi simile a quello dello storico¹⁶⁵, del medico e di qualunque investigatore empirico – come ci mostrano molti esempi letterari: dal *dottor Semmelweis*¹⁶⁶ a *Guglielmo da Baskerville*¹⁶⁷, dall'ispettore *Dupin*¹⁶⁸ e *Sherlock Holmes*¹⁶⁹ a *Pepe Carvalho*¹⁷⁰ –, riflette nel genere il metodo pragmatico definito «abduzione» (o «ipotesi») dal semiologo e logico statunitense Charles Sanders PEIRCE¹⁷¹. L'*abduzione ordinaria* (o *selettiva*)¹⁷², 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 veridicità¹⁷³. La «*best explanation*» dell'evento può essere eventualmente individuata –

¹⁶⁴ V. di nuovo le citate osservazioni di Maiwald (M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 113 ss.).

¹⁶⁵ Cfr. i saggi di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, 393, e di G. UBERTIS, *La ricostruzione del fatto tra diritto e storia*, in *CP*, 2006, n. 3, 1206.

¹⁶⁶ Louis-Ferdinand Céline, *La Vie et l'Œuvre de Philippe Ignace Semmelweis* (1924).

¹⁶⁷ Umberto Eco, *Il nome della rosa* (1980).

¹⁶⁸ Nato dalla penna di Edgar Allan Poe.

¹⁶⁹ Il celebre protagonista dei gialli di Sir Arthur Conan Doyle.

¹⁷⁰ L'investigatore privato e *gourmet* ispiratore del *noir* mediterraneo di Manuel Vázquez Montalbán.

¹⁷¹ V. i saggi raccolti nel libro a cura di U. ECO - T. A. SEBEOK, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce* (1983), Milano, 2012. Cfr. inoltre: C. PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *CP*, 2005, 234; G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006.

¹⁷² G. TUZET, *La prima inferenza*, cit., spec. p. 66 ss. e 115 ss.

¹⁷³ 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» (G. TUZET, *La prima inferenza*, cit., p. 93 ss. e 124 ss.). Nella

deduttivamente e induttivamente – alla luce dell'evidenza disponibile e risultante dal contraddittorio fra le parti¹⁷⁴.

Sia chiaro che la compatibilità del modello *IBE* (*inference to the best explanation*) e delle sue diverse possibili declinazioni con le esigenze del diritto (con lo standard di prova e di giudizio del «ragionevole dubbio»¹⁷⁵), la sua utilizzabilità nel contesto del processo (che si svolge in un tempo limitato e che impedisce la verificabilità dell'ipotesi tramite riproduzione sperimentale) ed i suoi limiti euristici in genere sono e saranno oggetto di un lungo e intenso dibattito¹⁷⁶. Il trasferimento della questione causale dal piano nomologico-deduttivo (dimostrativo) a quello ipotetico-argomentativo (discorsivo) segna comunque l'inequivoco e (auspicabilmente) definitivo abbandono del paradigma metodologico neopositivista che si era cercato di imporre – come alla storia¹⁷⁷, anche – al diritto e al processo penale.

Giunti a questo punto – compreso 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 «causalità individuale».

Secondo l'orientamento più intransigente, fra quelli espressi dalla più recente dottrina penalistica, per poter raggiungere la “prova per esclusione” sarebbe necessario non soltanto fondare l'ipotesi accusatoria su “leggi scientifiche” certe (incontrastate, corroborate) ma anche conoscere *tutti i possibili antecedenti o decorsi causali associabili al tipo di evento*. Questa tesi, come noto, viene pensata principalmente in relazione al

dottrina penalistica, cfr. di nuovo O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, cit., p. 2178 ss.

¹⁷⁴ «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 *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 111, p. 126; negli stessi termini, R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 1274).

¹⁷⁵ «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533, co. 1, c.p.p. italiano): su accertamento causale e *reasonable doubt*, nella prospettiva metodologica indicata nel testo, G. CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale*, cit., p. 122 ss.

¹⁷⁶ Sul quale cfr. gli studi di M. S. PARDO – R. J. ALLEN, *Juridical Proof and the Best Explanation*, in *Law and Philosophy*, 2008, 27, n. 3, 223, p. 227 ss., e F. BEX – D. WALTON, *Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies*, in *Law, Probability and Risk*, 2012, 11, p. 113 ss.

¹⁷⁷ C. G. HEMPEL, *The Function of General Law in History*, in *The Journal of Philosophy*, 1942, 39, n. 2, p. 35 ss.

settore delle malattie professionali: benché ad esempio 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) e statisticamente solo in parte riconducibile a «cause conosciute»; quand'anche sia possibile escludere la rilevanza di ipotetiche esposizioni non-professionali, sarebbe pertanto impensabile accertare il nesso causale tra l'esposizione avvenuta nel luogo di lavoro e una patologia astrattamente riconducibile (anche o soltanto) ad altre e ignote cause¹⁷⁸.

Questa dottrina rappresenta una sorta di trasfigurazione dell'atteggiamento positivistico definitivamente archiviato dalla giurisprudenza *Franzese*.

Il *primo errore* consiste nel ritenere ancora dirimente il carattere *universale* o *statistico* della legge scientifica: nel primo caso la spiegazione avrebbe addirittura carattere deduttivo; mentre nel secondo si porrebbe il problema dell'esclusione dei fattori causali alternativi. Le ragioni *logiche* che *obbligano* a respingere questo punto di vista sono già state indicate¹⁷⁹. Anche ammettendo che il concetto di "legge universale" sia dotato di fondamento ontico o epistemologico – lo si ripete con una delle espressioni più autorevoli della nostra giurisprudenza – «il coefficiente probabilistico non è davvero importante»¹⁸⁰.

Il *secondo errore* consiste invece nel non considerare il circolo vizioso cui si è già fatto cenno¹⁸¹, quello che si annida nella ri-descrizione dell'evento finalizzata all'utilizzo di leggi scientifiche¹⁸². «Dell'angiosarcoma epatico – si osserva – 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»¹⁸³. A parte la relativa affidabilità del dato statistico, questa rilevazione, ritenuta di per sé idonea ad escludere l'accertamento della causalità individuale, si ferma sulla soglia del tipo di

¹⁷⁸ F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, cit., p. 4836-7; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., spec. p. 65 e 83 ss.

¹⁷⁹ *Supra*, par. 2.

¹⁸⁰ R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, cit., p. 1269.

¹⁸¹ *Supra*, par. 3.1.

¹⁸² M. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale*, cit., p. 249.

¹⁸³ R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., spec. p. 65.

evento (della patologia “angiosarcoma”), senza considerare che una più specifica ri-descrizione potrebbe portare ad escludere l'intervento di “cause ignote”¹⁸⁴ e persino a dimostrare il nesso individuale con una di quelle conosciute¹⁸⁵.

D'altra parte, appare difficilmente accettabile anche il punto di vista, per certi versi opposto a quello appena considerato, secondo cui non andrebbe esclusa la possibilità di confermare un'ipotesi non ancora sorretta dal leggi scientifiche in base ad una rigorosa esclusione delle spiegazioni alternative¹⁸⁶. Anche qui, naturalmente, bisognerebbe intendersi anzitutto sul concetto di “legge scientifica”¹⁸⁷: dal punto di vista del *consenso*, la questione posta nei termini indicati (in Italia) dalla sentenza *Cozzini* non appare di per sé risolvibile da parte del giudice di merito; mentre sotto il profilo specifico del *grado di corroborazione* è inevitabile doversi rifare a categorie scientifiche convenzionali e ufficiali quali quelle utilizzate dall'*Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro* con sede a Lione.

Come però si è detto, il giudizio relativo alla credibilità intrinseca di una norma scientifica di correlazione introdotta nel processo non esaurisce l'accertamento causale. Beninteso: affinché il processo non diventi un'occasione per suggerire o stabilire nuove e inedite ipotesi esplicative, la tesi accusatoria necessita di un sostegno pre-definito¹⁸⁸; ciò nonostante, non sembra potersi escludere *a priori* che tale base possa essere fornita – oltre che, come detto, da norme di correlazione indicanti mere possibilità o probabilità di causazione (*i.e.*, “leggi probabilistiche”)¹⁸⁹, anche – da ricerche assistite da relativo (non

¹⁸⁴ 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 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).

¹⁸⁵ V. ad es., di recente, CP, IV, 21.6.2013 (dep. 13.9.2013), n. 37762, Est. D'Isa, in *DPC*, 26 settembre 2014.

¹⁸⁶ M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 909-11. Per una soluzione giurisprudenziale paragonabile a questa tesi, nell'esperienza nord-americana, v. *Zuchowicz v. United States*, 140 F.3d 381 (2d Cir. 1998; citato e commentato da R. L. RABIN, *Reliance on Scientific Evidence in Tort Litigation*, cit., p. 133).

¹⁸⁷ *Supra*, par. 3.2.

¹⁸⁸ G. TUZET, *La prima inferenza*, cit., p. 93 ss. e 124 ss. M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 920-1, non esclude invece che in «casi estremi» il procedimento eliminativo «possa condurre a postulare una legge empirica e a riscontrarne la operatività nel caso concreto».

¹⁸⁹ In questo senso, e con specifico riguardo all'attività medico-chirurgica, cfr.: C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, *Los problemas penales actuales de la Biomedicina*, Santa Fe, p. 292 ss.; A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, cit., p. 178 ss., spec. 184 ss.

unanime) consenso¹⁹⁰ e persino da indagini di carattere epidemiologico¹⁹¹. Ciò che conta è che la “fonte” indichi al giudice una possibile spiegazione dell’evento e che possa essere messa in relazione con i fatti oggetto di contraddittorio e con altre plausibili spiegazioni. La struttura inferenziale del ragionamento probatorio richiede piuttosto che di fronte ad un’ipotesi esplicativa *di per sé* apparentemente debole (ad esempio perché dotata di scarso consenso presso la comunità scientifica, perché corroborata da poche ricerche, perché ricostruita potendo considerare solo pochi passaggi o “anelli causali” intermedi) la conferma degli elementi empirici a suo sostegno e l’esclusione delle spiegazioni alternative dell’evento plausibili e disponibili avvengano in maniera particolarmente rigorosa¹⁹².

¹⁹⁰ Nemmeno una teoria scientifica come quella indicante la correlazione (non universale, ma *probabilistica*) HIV/AIDS, intesa comunemente come un «fatto notorio», è assistita da unanime consenso presso la comunità scientifica mondiale (*supra*, par. 3.2).

¹⁹¹ Come visto, evidenze di carattere epidemiologico sono ritenute decisive dalla IARC per poter definire la cancerogenicità di un determinato “agente”.

Nella dottrina spagnola, questa possibilità è stata già riconosciuta da J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 32, 58-9, 76-7: secondo l’autore, plausibili studi epidemiologici potrebbero fondare una prova se non in contraddizione con leggi scientifiche note e incontrastate. Al riguardo, in relazione al noto caso del *síndrome tóxico* (dell’olio di colza), v. anche C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 295 ss. In Italia, a quanto risulta, la sostenibilità di una simile spiegazione causale non è esclusa da: R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l’inferenza causale*, cit., p. 1268-9; O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell’accertamento del nesso di causalità*, cit., p. 2179 (la quale tuttavia vede in questa possibilità un ipotetico ricorso ad una forma «straordinaria» di abduzione, con ciò escludendo che un’indagine epidemiologica possa rappresentare quella “regola” di partenza che la legge scientifica rappresenta per l’abduzione ordinaria); ed E. M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, cit., p. 143, 146.

Più articolata è la posizione di L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., spec. 105 ss., 166 ss., 311 ss., 406 ss.; ID., *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *CP*, 2008, 4415, spec. p. 4437 ss.: posta la «credibilità» dello strumento epidemiologico al momento di accertare la «causalità generale», la prova della causalità individuale sarebbe raggiungibile soltanto attraverso l’istituto (consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche) dell’«accertamento alternativo» della vittima (improprio). Per alcune critiche alla tesi dell’autore, cfr.: A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, p. 357 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., p. 82 ss.; M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., p. 514-5, nota 62.

¹⁹² La ricerca di un equilibrio variabile fra «causalità generale», ricorso ad una norma esplicativa, e «causalità individuale», esclusione delle spiegazioni alternative e corroborazione di quella di partenza, si riflette nel concetto – tolto dal suo contesto epistemologico originario – di «probabilità logica» utilizzato nella sentenza *Franzese*. Cfr. al riguardo: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l’aumento del rischio”*, cit., p. 47 ss. (prima delle pronuncia); A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1043; M. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale*, cit., p. 253-4; O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell’accertamento del nesso di causalità*, cit., spec. p. 2162 ss, 2178 ss.; A. VERRICO, *La prova scientifica e il libero convincimento del giudice nell’applicazione del criterio della “probabilità logica” nell’accertamento causale*, in *CP*, 2011, 11, 3807; L. MAZZA, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, cit., p. 823 ss.

L'inimmaginabile varietà di situazioni – di decorsi causali e di enunciati esplicativi – ipotizzabili è tale da non permettere di “disciplinare” o “procedimentalizzere” l'accertamento causale secondo schemi generali ulteriormente pre-definiti. «Nella ricostruzione dell'intera materia – quindi – è inevitabile un approccio casistico condotto alla luce dei principi informativi del sistema»¹⁹³. Stabilire che quanto riscontrato ed escluso “basti” per ritenere provato il nesso causale, del resto, non può che spettare al giudice di merito (che altrimenti, fosse possibile, potremmo tranquillamente sostituire con un *software*). Potrà sembrare una conclusione relativista, un modo per rievocare lo spauracchio del “libero convincimento”, ma appare metodologicamente più sostenibile del rigore caldeggiato da Federico Stella (e dai suoi allievi) «all'insegna di un canone di giudizio epistemologicamente debole quale quello di ragionevolezza»¹⁹⁴.

4. L'accertamento della “causalità omissiva”. Ovvero l'imputazione dell'evento per colpa nei reati omissivi impropri: evitabilità e diminuzione di chances.

Il metodo di accertamento indicato dalla sentenza *Franzese* riflette un itinerario logico di tipo *esplicativo* ed appare pertanto «strutturalmente adeguato» e applicabile alle sole ipotesi di causalità reale¹⁹⁵. Nei casi di omissione impropria, quelli di cui ora ci occupiamo, contestandosi al garante di *non avere adeguatamente (diligentemente) contrastato i fattori di rischio presenti nella situazione concreta ed effettivamente sfociati*

¹⁹³ E. M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, cit., p. 147.

¹⁹⁴ E. M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, cit., p. 135, la quale aggiunge che «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 L. MAZZA, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, cit., p. 829 – simboleggia la impotenza dell'uomo a far coincidere verità fattuale e verità processuale».

Il monito di *Giustizia e modernità* può continuare ad essere apprezzato sul piano etico-politico come «un *caveat salutare*» e «probabilmente indispensabile» per poter «incidere sulla prassi mediante una “terapia d'urto” volta a sradicare un costume troppo a lungo sedimentato» (G. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, cit., p. 539); ma affinché non si traduca in una forma di garantismo strumentale alla protezione del possibile colpevole più che a quella dell'innocente occorre abbandonare certi dogmi ad esso sottesi, in quanto ormai divenuti logicamente ed epistemologicamente insostenibili.

¹⁹⁵ Per ampie riflessioni sul punto e per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr.: P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 109 ss., spec. 123 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1680 ss.; ID., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 6 ss.

nella produzione dell'evento, la verifica probatoria decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità consiste in un giudizio *ipotetico-predittivo*, non già *esplicativo*, relativo a ciò che sarebbe accaduto qualora l'agente avesse adempiuto il dovere di diligenza¹⁹⁶. Ciò non toglie – anzi, implica – che presupposto indefettibile anche di questa valutazione sia la ricostruzione in termini “reali” (o materiali) del meccanismo di produzione dell'evento – se e quando possibile, secondo il modello inferenziale fin qui considerato –, perché è su di esso che avrebbe dovuto incidere la condotta diligente del garante, in considerazione dell'area di rischio (delle categorie di evento e delle fonti di pericolo) afferente alla posizione di garanzia. «In mancanza dell'assunto di partenza, qualunque congettura circa la portata impeditiva della condotta omessa non potrebbe essere falsificabile e, conseguentemente, sarebbe sfornita di qualunque valore euristico: ignorando l'effettivo decorso causale, sarebbe infatti illusorio attribuire una qualunque valenza eziologica all'antecedente virtuale, posto che la stima della rilevanza causale (nel caso: inibente) non si risolve in valutazione in termini assoluti, bensì in un giudizio di relazione (...)»¹⁹⁷.

La dottrina dominante identifica il requisito della causalità omissiva con il criterio della evitabilità: solo qualora all'esito del giudizio controfattuale sia dato ipotizzare che, con certezza o “quasi certezza”, l'intervento del garante avrebbe evitato l'evento lesivo, questo sarà ascrivibile alla sua mancata o inidonea attivazione. Pertanto, anche qualora l'omissione sussista e appaia inequivocabilmente colposa, senza la prova della prevenibilità oltre ogni ragionevole dubbio non potrà sussistere nessuna responsabilità.

Quest'orientamento poggia anzitutto sulla considerazione secondo cui quella omissiva rappresenterebbe una forma di responsabilità ben più onerosa di quella commissiva, giacché l'ordinamento non intima all'individuo soltanto di *astenersi* dal produrre eventi dannosi, bensì di *attivarsi* affinché determinati (potenziali o attuali) decorsi causali non sfocino in eventi lesivi¹⁹⁸. L'evitabilità dell'evento rappresenta quindi un presidio di garanzia. Ulteriormente, la fattispecie omissiva risulta priva di quel nesso di imputazione “forte” dato dal rapporto di causalità materiale fra condotta ed evento¹⁹⁹. Perciò, anche autori consapevoli della *probatio diabolica* in cui molto spesso si traduce

¹⁹⁶ *Supra*, par. 1.2 – 1.4.

¹⁹⁷ F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica*, cit., p. 159-60.

¹⁹⁸ Sulla ‘natura’ della pretesa statutale sottesa all'incriminazione dell'omissione, v. di recente A. CADOPPI, *Omissione, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Milano, 2011, 1311.

¹⁹⁹ P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 223.

l'evitabilità e «della necessità di un *equilibrio* fra disvalore di azione e di risultato (...) che superi l'oggettivismo del danno»²⁰⁰ sostengono che l'equivalente normativo della causalità commissiva dovrebbe tradursi nel requisito e nel corrispondente giudizio di certa (o altamente probabile) prevenibilità. Significativa, in questo senso, è la posizione assunta e difesa in Italia da Massimo DONINI, secondo il quale, mentre nel caso di colpa commissiva «il dubbio sull'evitabilità dell'evento non esclude che la causazione dell'evento sia “fatto proprio” del soggetto»²⁰¹, nel caso di condotta omissiva sarebbe sempre necessario verificare l'evitabilità dell'evento con una *probabilità confinante con la certezza*. Risolvere il dubbio sulla prevenibilità, che è anche quello sulla causalità dell'omissione, attraverso la teoria dell'aumento del rischio – si sostiene – porterebbe il nesso causale tra omissione ed evento a svanire del tutto²⁰².

Accogliendo persuasivi argomenti proposti da autorevoli esponenti della più recente dottrina, però, anche chi scrive concorda nel ritenere che la questione possa essere definitivamente sottratta al terreno della *causalità* e studiata – *anche* in relazione all'omissione impropria – su quello dell'imputazione *per colpa*, cioè della *causalità della colpa*²⁰³, o, se si preferisce, della *imputazione oggettiva dell'evento*²⁰⁴.

A venire in causa è, in Italia, la disposizione di cui all'art. 40 cpv. cpi: «*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire – si legge –, equivale a cagionarlo*». Sul piano letterale, come altre analoghe clausole di “conversione”²⁰⁵, essa si limita a richiedere due elementi: la titolarità di un *obbligo giuridico di impedire un evento penalmente rilevante*, ciò che comporta l'assunzione di una “posizione di garanzia”, e il *mancato impedimento* dell'evento medesimo da parte del garante²⁰⁶. Il

²⁰⁰ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., p. 534.

²⁰¹ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., p. 41 ss., spec. 44; cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 223.

²⁰² Più di recente, M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., spec. p. 533-5. Contrario a qualunque differenziazione fra imputazione colposa commissiva ed omissiva, invece, L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP*, 2000, 3, 1053, p. 1061 ss.

²⁰³ In particolare: 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. 1308 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., spec. p. 1697-8, 1701-2.

²⁰⁴ Cfr. in questi termini: M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 407 ss., 451 ss.; F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., p. 243-4; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., p. 952 ss.

²⁰⁵ Ad esempio l'art. 11 del codice penale spagnolo (*supra*, par. 1.3).

²⁰⁶ Così, F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1717.

giudizio sull' idoneità impeditiva del comportamento alternativo doveroso invece, come già abbiamo visto, si "incardina" nelle ipotesi di azione come in quelle di omissione rappresentando l'ultimo *eventuale* passo dell'imputazione del fatto tipico, da compiersi una volta che sia stata individuata e definita la norma di condotta inosservata e la rispondenza dell'evento al relativo modello di previsione e prevenzione (scopo di protezione)²⁰⁷. Il riferimento normativo, almeno per il diritto italiano, è quindi l'art. 43 (n. 3), secondo il quale il fatto dannoso è colposo se l'evento si verifica «*a causa*» dell'inosservanza di una norma di diligenza, prudenza o perizia.

Esaminare la questione dell' idoneità impeditiva della condotta alternativa lecita sul piano della colpa – o dell'imputazione dell'evento per colpa – consente di superare, o quantomeno di mettere in discussione, il dogma della evitabilità e di porre al centro dell'attenzione il *profilo teleologico della norma di condotta inosservata*. Infatti, benché venga sostenuto che «tutte le principali regole cautelari riguardanti la prevenzione di eventi lesivi (...) sono geneticamente programmate a neutralizzare rischi per l'integrità fisica e la vita»²⁰⁸, come abbiamo visto riferendoci all'attività medico-chirurgica²⁰⁹, talune norme di condotta finalizzate a contrastare determinate categorie (più o meno definibili) di eventi, pur essendo doverose, «non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo»²¹⁰.

Accennando a questo aspetto, abbiamo considerato un esempio di omessa diagnosi tempestiva²¹¹; uno dei tanti rispetto ai quali, *perizie alla mano*, non è possibile stabilire né se l'azione omessa avrebbe certamente impedito l'evento, né che sarebbe stata certamente inefficace allo scopo (in quell'esempio non era possibile stabilire se la definitiva degenerazione del tessuto muscolare sarebbe stata evitata qualora il medico avesse tempestivamente diagnosticato la lesione nervosa traumatica consentendo l'adozione delle opportune terapie). Ma questa problematica non coinvolge

²⁰⁷ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1709 ss. Si tratterebbe – nella terminologia adottata ad es. da M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 451 ss. – di un elemento dell'imputazione oggettiva «in senso stretto» (o «nesso di rischio»); cfr. l'utilizzo delle medesime nozioni dogmatiche in M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., *passim*.

²⁰⁸ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., pp. 62-63.

²⁰⁹ *Supra*, par. 1.4.

²¹⁰ P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 15.

²¹¹ *Supra*, par. 1.4.

esclusivamente il settore della responsabilità medica. Anche l'ambito della sicurezza sul lavoro offre utili esempi di questo genere.

Un'ipotesi di responsabilità strutturalmente analoga a quella che origina (ma non si esaurisce) nell'errore diagnostico è quella fondata sull'inadeguata elaborazione del documento di valutazione dei rischi (DVR) previsto dalla normativa antinfortunistica italiana (d. lgs. 81/2008, artt. 17 e 28). Come la mancata diagnosi del medico non consente di adottare tempestivamente le opportune strategie terapeutiche (la cui idoneità impeditiva dipenderà poi da numerosi altri fattori: lo stadio della malattia, le caratteristiche fisiche del paziente, ecc.), similmente, la mancata valutazione di certi rischi (poniamo esistenti) da parte del datore di lavoro non consente che il lavoratore venga adeguatamente istruito sul modo di affrontarli. Anche qui, il buon esito del meccanismo preventivo complessivo – eventualmente plurisoggettivo – non dipende soltanto dalla corretta valutazione dei rischi, ma anche dall'adeguata formazione dei lavoratori e – come vedremo esaminando la *dimensione relazione* della colpa penale²¹² – dalla capacità degli stessi destinatari dell'obbligo di formazione di tradurre le istruzioni ricevute in condotte diligenti²¹³.

In casi di questo genere, l'assunzione della tesi prevalente, volendo prendere sul serio il requisito della evitabilità oltre ogni ragionevole dubbio, porterebbe quasi sempre all'assoluzione (*in dubio pro reo*)²¹⁴. Il che impone una riflessione di carattere non solo dogmatico ma anche e soprattutto politico-criminale: tenere ferma l'idea che il diritto vigente richieda effettivamente la prova della *sicura efficacia impeditiva* della condotta doverosa omessa rispetto all'evento penalmente rilevante, si è osservato, significherebbe «decretare la *morte* della responsabilità medica per omesso impedimento di eventi lesivi a carico del paziente»²¹⁵ e, più in generale, ammettere *a posteriori* la non doverosità di qualunque regola modale per sua natura inidonea ad *assicurare* la buona riuscita

²¹² *Infra*, Cap. 5.

²¹³ Su “causalità della colpa” e omessa valutazione del rischio da parte del datore di lavoro, anche per i numerosi riferimenti alla giurisprudenza italiana di merito e di legittimità, v. il contributo di M. GROTTI, *Obbligo di formazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *DPC*, 25 settembre 2012, spec. p. 14 ss.

²¹⁴ Nonostante rifiuto di trattare la questione sotto l'insegna della “causalità omissiva”, ritengono imprescindibile la prova della *evitabilità*, ad esempio: F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., p. 243-4; F. ANGIANI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1308 ss., 1311.

²¹⁵ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1687-8; considerazione analoga in F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *CP*, 2010, 3, 1229, p. 1234.

dell'intervento preventivo e impeditivo. Avendo tali regole cautelari l'obiettivo di fronteggiare un determinato tipo di rischio, *per quanto possibile e nei limiti della competenza ascrivibile al singolo individuo*, aumentando le *chances* di salvezza del bene giuridico protetto, sembra in effetti più coerente – per non escluderne la obbligatorietà – richiedere, ai fini dell'imputazione dell'evento, che l'inadeguata attivazione abbia *diminuito le chances di salvezza*.

Benché a questa tesi possano essere opposte numerose critiche, ad esse sembra possibile replicare in maniera convincente.

In primo luogo – si è scritto anche di recente –, la teoria della *diminuzione di chances* comporterebbe l'abbandono della *csqn* e, con essa, del disvalore di evento, profilandosi una «imputazione oggettiva dell'evento senza causalità» e sulla base di meri parametri di rischio²¹⁶. Si è tuttavia già osservato che il requisito normativo della «causalità omissiva» *non implica* necessariamente l'evitabilità, ma soltanto un astratto *dovere impeditivo* e la *realizzazione dell'evento*. La questione, come per le fattispecie commissive, si pone piuttosto nei termini dell'imputazione dell'evento *per colpa*, laddove la «colpa» può essere talvolta integrata dall'inosservanza di norme di comportamento inidonee ad *assicurare* il buon esito dell'intervento impeditivo... in relazione agli eventi afferenti al loro specifico cono di protezione.

Si è poi osservato, ancora in senso critico, che «un problema *di fatto*, la difficoltà probatoria (...), diventa così la base per un mutamento *generale* di imputazione oggettiva»²¹⁷. Le ragioni anzidette indicano però che non si tratta soltanto di un mero problema di fatto (o di prova), ma di adeguare o conformare il giudizio di imputazione *alla tipologia di regole cautelari disponibili in taluni settori e alla loro natura teleologica*. Perciò, delle due l'una: o si rinuncia apertamente alla giuridicità delle regole cautelari incapaci di assicurare la prevenzione dell'evento, o si riconosce la possibilità di imputare la lesione non impedita quando sia data prova – quantomeno – di una effettiva diminuzione di *chances*.

A questo punto occorre però fare ulteriori precisazioni.

²¹⁶ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 101 ss.; ID., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., spec. p. 533-4. Analogamente, fra gli altri: D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità*, cit., p. 1235-6; nella dottrina tedesca, W. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (1988), Madrid – Barcelona, 2004, p. 594-5.

²¹⁷ Ancora M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., p. 533.

La prima è che tale prova implica necessariamente un giudizio *ex post*. Ciò che venne contestato a Roxin²¹⁸, quando propose il criterio dell'aumento del rischio, vale tuttora in relazione alla causalità della colpa (o all'imputazione dell'evento per colpa): tutte le azioni che oltrepassano la misura del «rischio consentito» determinano *ex ante* un aumento del rischio²¹⁹. La valutazione sulla diminuzione di *chances* (nell'omissione) deve essere effettuata in relazione all'evento concretamente verificatosi ed alla luce di tutte le circostanze di fatto conoscibili una volta ottenuta la spiegazione del decorso causale sfociato nell'evento²²⁰. «Non basterà dunque, a sostenere una sentenza di condanna, affermare che l'azione doverosa omessa era *in generale* idonea a diminuire il rischio di verificazione di eventi lesivi del tipo di quello verificatosi (...); ma occorrerà altresì fornire puntuale dimostrazione che quella condotta omessa sarebbe stata davvero efficace a contrastare» il decorso causale in atto «alla luce di tutte le conoscenze acquisite al momento del giudizio»²²¹.

Alla considerazione secondo cui pretendere l'evitabilità significa rinunciare *di fatto* alla rilevanza penale di certe (ipoteticamente *gravi*) inosservanze si potrebbe replicare che, «laddove di evidenzi un *deficit* relativo alla protezione di beni giuridici fondamentali in un certo settore», sarebbe necessario chiedersi, piuttosto, se il modello colposo causalmente orientato sia realmente idoneo a soddisfare le esigenze di protezione alla base della ristrutturazione sottostante al rifiuto della evitabilità; invece che insistere manipolando il 'vecchio' reato colposo di danno, in altri termini, potrebbe essere opportuno valutare la tipizzazione di illeciti di natura amministrativo-disciplinare o la predisposizione di modelli di pericolo concreto «incentrati su violazioni di gravità tale delle *leges artis* da poter essere avvertire come criminali»²²². Quella indicata, e da tempo studiata dalla dottrina²²³, è in effetti una via percorribile. Ma si tratta di una soluzione

²¹⁸ C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, cit., p. 431 ss. V., *supra*, Cap. 2, par. 3.5.

²¹⁹ K. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, cit., p. 134 ss.; più di recente, tra gli altri, C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 263.

²²⁰ M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 509, spec. 513 ss.; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., p. 961.

²²¹ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1723.

²²² P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 225-6.

²²³ V. di recente 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*, II, Napoli, 2011, 963, p. 987 ss., dove si propone di superare il modello del reato colposo di evento predisponendo «un sistema fondato (tra l'altro) su illeciti di condotta, tale da garantire che la pericolosità di quest'ultima

diversa e *non* necessariamente alternativa all'adozione del criterio d'imputazione della diminuzione di *chances*. Sostenere questa tesi non significa rinunciare al disvalore di evento trasformando surrettiziamente il reato omissivo improprio in un *reato di pericolo* o di *mera condotta*²²⁴: affinché si possa parlare di reato omissivo improprio, l'evento dannoso, che deve appartenere all'ambito di protezione individuato dalla posizione di garanzia, «si deve essere effettivamente verificato»²²⁵.

La teoria in discussione rappresenta una soluzione intermedia fra quella condizionalistica richiedente la sicura evitabilità dell'evento²²⁶ e quella normativistica che si accontenta della mera realizzazione del rischio²²⁷. Richiedendo la realizzazione di un evento naturalistico afferente alla scopo di tutela della posizione di garanzia e la verifica a posteriori di una effettiva diminuzione di *chances*, si evita di pretendere una prova *incompatibile con la natura ipotetica e (doppiamente) controfattuale del giudizio*²²⁸, proponendo al contempo un argomento plausibile sul piano dogmatico: la collocazione della questione sul piano dell'imputazione per colpa e la riflessione sul *profilo teleologico delle regole cautelari*.

L'estrema complessità della questione e la difficile sostenibilità del criterio condizionalistico dell'evitabilità, infine, si colgono chiaramente sul piano della *descrizione dell'evento*.

Riprendiamo l'esempio della lesione nervosa traumatica e ipotizziamo che, secondo le perizie, una diagnosi tempestiva avrebbe consentito con "alta probabilità" di evitare il *totale deperimento del tessuto muscolare*, ma non anche la *definitiva e sostanziale disfunzione articolare*. Ebbene, è chiaro che considerando l'evento come quello (più o meno) *hic et nunc* (il risultato dell'irreversibile lesione muscolare, cioè il danno fisico come tale) si potrebbe agevolmente giustificare una sentenza di condanna; generalizzando maggiormente – ma di poco, e comunque ragionevolmente – l'estremo

rispetto all'evento lesivo (...) sia attestata da regolarità scientifiche note o, in alternativa, demandata a una verifica giudiziaria nel caso concreto».

²²⁴ Così invece, tra i tanti: F. ANGIANI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1311; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 107; W. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., p. 594-5.

²²⁵ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1719; in termini analoghi, già M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 516.

²²⁶ Per tutti, M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., p. 532 ss.

²²⁷ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 25 ss., spec. p. 41 ss.

²²⁸ Cfr. al riguardo F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali*, cit., p. 1078 ss.

oggettivo del nesso di imputazione (considerando rilevante, in questo caso, la grave riduzione della mobilità, cioè il danno funzionale), l'evento dovrebbe invece ritenersi inevitabile (con conseguente assoluzione)²²⁹.

Di fronte al problema della ri-descrizione, a parere di chi scrive, nessuna soluzione può dirsi 'oggettivamente' corretta. Si può certo sostenere – con Paolo VENEZIANI – che, piuttosto che rinunciare al nesso “forte” della evitabilità nell'omissione, occorrerebbe considerare l'evento sempre «nella sua specifica dimensione di luogo e tempo, ossia *hic et nunc*», giacché «solo se si valuta l'evento con la necessaria precisione è (...) possibile impostare correttamente il giudizio circa a sussistenza del nesso di causalità» ed evitare di «restringere in maniera eccessiva la sfera della responsabilità penale» in rapporto alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose²³⁰. La soluzione si mostra tuttavia impraticabile sul terreno puramente naturalistico (quello proprio della causalità). Se da un lato l'evento *hic et nunc* non è quasi mai realmente distinguibile da altri ipotetici, dall'altro – paradossalmente – la sua eventuale esatta identificazione lo renderebbe imputabile ogni qual volta si riesca a dimostrare che la condotta alternativa lecita lo avrebbe impedito nella sua singolarità, senza però poter evitare un evento del tutto analogo e paragonabile sotto il profilo dell'incidenza lesiva (del pregiudizio al bene giuridico e all'integrità della vittima). Nell'esempio proposto, ammesso che si riesca a dimostrare l'esatta entità dell'attuale lesione nervosa lamentata dal paziente, si porrebbe il problema di comparare l'evento *hic et nunc* (quella lesione di quell'entità, sviluppatasi con quelle specifiche tempistiche e modalità) con una lesione ipoteticamente *più lieve* o con un'atrofia muscolare *leggermente inferiore* ma altrettanto pregiudizievole ed irreversibile; cioè con un danno naturalisticamente distinguibile, ma nella sostanza equivalente.

Dimostrare che una diagnosi tempestiva avrebbe *di poco* (ma quanto poco?) rimediato alla ridotta funzionalità dell'arto interessato dalla lesione – domandiamoci – consentirebbe davvero di ritenere evitabile, e quindi 'correttamente' imputabile, il danno fisico? È questo un giudizio che rende giustizia al disvalore di evento? In altri termini: siamo davvero convinti che il giudizio *ex post* sull'evitabilità dell'evento (quale evento?)

²²⁹ Cfr. di nuovo, di recente, CP, IV, 17.10.2012 (dep. 29.01.2013), n. 42519, cit., in materia di esposizioni professionali ed eventi multifattoriali (p. 5): può riconoscersi il nesso causale, implicitamente inteso come omissivo, «non solo nei casi in cui 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 (...)» (corsivo non originale).

²³⁰ P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 129-31.

rappresenti il miglior presidio garantistico contro un'indiscriminata e 'illiberale' espansione della responsabilità omissiva del garante?

Una volta che si sia chiarita la pertinenza dell'accaduto alla *posizione di garanzia* e allo specifico dovere di attivazione dell'agente, qualora venga in causa una regola di condotta inidonea ad assicurare il buon esito dell'intervento – *ma non per questo meno vincolante!* –, coerentemente, sul piano dell'imputazione per colpa, l'evento non impedito dovrebbe poter essere ascrivibile qualora *ex post* sia dato ritenere che l'adempimento del dovere avrebbe significativamente diminuito le probabilità di lesione del bene giuridico (aumentandone quindi le *chances* di salvezza)²³¹.

Abbandonate impraticabili teorie condizionalistiche²³², e portata la questione sul terreno normativo (politico-criminale²³³) dell'imputazione, il momento decisivo per l'attribuzione della responsabilità diventa allora quello della colpa e della prioritaria valutazione sul disvalore effettivo della condotta (*ex ante*). È lì che, anche a parere di chi scrive, occorre davvero «*fare sul serio*»²³⁴. Altrimenti, come spesso accade, dietro l'apparente garantismo della *csqn* applicata all'omissione potranno continuare a nascondersi ricostruzioni giudiziali del dovere di diligenza “obiettivamente esigibile” *funzionali* soltanto a che l'evento, *ex post*, possa dirsi evitabile “oltre ogni ragionevole dubbio”. Quanto è maggiore la pretesa di diligenza personificata dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*, infatti, tanto più agevole è – in linea generale – sostenere che la condotta alternativa doverosa avrebbe indubbiamente evitato l'evento²³⁵.

²³¹ Ritiene sia lecito ricorrere a imputazioni omissivo-colpose con aumento del rischio *anche minimo* M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 508 ss., spec. p. 512, 521; analogamente, nella più recente dottrina italiana, R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., p. 47 ss., 103 ss., 106.

²³² «Né il legislatore, né tantomeno l'interprete possono *inventarsi* un nesso causale tra un *non facere* ed un evento, laddove tale nesso non esista in *rerum natura*» (F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1716). Cfr. al riguardo anche R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 417-8, il quale in ipotesi di omissione sostituisce alla causalità condizionalistica la nozione di «causalità come influenza».

²³³ G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., p. 952 ss.

²³⁴ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1724; analogamente, F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., p. 1234, secondo il quale «il vero terreno, sul quale va trovato l'equilibrio tra esigenze di tutela degli interessi del paziente ed istanze della professione medica, è quello della colpa».

²³⁵ Cfr. *supra*, par. 1.4, quanto osservato in relazione al *caso della novocaina*.

CAPITOLO QUARTO

DOVERE DI DILIGENZA ED EVOLUZIONE SCIENTIFICO-
TECNOLOGICA

1. La “misura oggettiva” della colpa. Specificazione del campo d’indagine.

Come già accennato in sede di indagine retrospettiva¹, la concezione normativa della colpa è oggi condivisa tanto dalla dottrina italiana² quanto da quella in lingua spagnola³: il criterio di imputazione soggettiva di cui ci si occuperà da qui in avanti si sostanzia (anzitutto) nell’inosservanza del *dovere di diligenza*, elemento normativo della fattispecie per la cui definizione si fa rinvio a *regole cautelari* di fonte giuridica o sociale⁴.

La configurazione dogmatica della colpa, tuttavia, non si esaurisce nella sua misura oggettivo-normativa. Affinché l’inosservanza del dovere di prestare un’adeguata misura di diligenza nella relazioni sociali possa dirsi rimproverabile, e quindi colpevole, occorre altresì valutare se l’adeguamento alla pretesa comportamentale fosse concretamente e soggettivamente esigibile. Ferma restando «l’impossibilità logica del giudicare secondo il metro dello stesso soggetto da giudicare»⁵, solo qualora ragioni di carattere soggettivo, relative cioè all’individuo “in carne ed ossa” e al suo rapporto con il contesto in cui si svolge l’azione, non impediscano di ritenere che egli avrebbe potuto e

¹ *Supra*, Cap. 2.

² Per tutti: M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 636 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 168 ss.; ID., *Il reato come ‘azione’*, cit., p. 188 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 *RIDPP*, 1999, p. 86 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 10 ss.

³ Per tutti: A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 243 ss.; A. TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, in *ADPCP*, 1974, p. 25 ss.; R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, cit., p. 45 ss.; J. CERESO MIR, *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, in *ADPCP*, 1983, p. 471 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 51 ss.; B. J. FELIÓ SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 239 ss.; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 107 ss.

⁴ Sulla collocazione sistematica cfr. però G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 534 ss., e G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 313 ss.

⁵ H. MANNHEIM, *Der Maßstab der Fahrlässigkeit*, 1912, p. 41 (cit. da G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 292).

quindi dovuto adeguarsi alla pretesa di diligenza, la mancata conformazione a detta aspettativa potrà considerarsi penalmente rilevante⁶.

Nel prosieguo dell'indagine, restando entro i confini convenzionali indicati dalla categoria dogmatica del fatto tipico, ci dedicheremo al profilo oggettivo-normativo dell'imputazione per colpa, cioè all'oggetto – o al parametro relazionale – del successivo giudizio di esigibilità.

Nel capitolo precedente abbiamo esaminato la struttura dogmatica delle fattispecie colpose causalmente orientate, indicando i livelli di imputazione ad esse pertinenti e caratterizzando i relativi metodi di giudizio. Ora, raccogliendo gli spunti e riprendendo alcuni nodi problematici già tematizzati, si tratta di entrare nel vivo dello studio con l'obiettivo di proporre criteri interpretativi funzionali alla definizione giudiziale della “misura oggettiva” della colpa penale.

2. Teorie normative: la colpa come inosservanza del dovere di diligenza.

2.1. Il modello ricostruttivo prevalente. Dal dovere di diligenza alla regola cautelare obiettivamente esigibile. Colpa generica e colpa specifica.

Molto spesso la norma di condotta nella quale si sostanzia il dovere di diligenza non risulta pre-definita o codificata da parte dell'ordinamento⁷. In questi casi, secondo l'orientamento dottrinale consolidatosi e di gran lunga prevalente tanto in Italia (dove ci si riferisce alla categoria dottrinale della “colpa generica”) quanto in Spagna⁸, il dovere

⁶ Cfr.: A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 267-8; A. TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, cit., p. 26 ss.; R. NUÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, cit., p. 52 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 319 ss.; B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 342 ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, cit., p. 144; F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 109 ss.; M. MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, cit., p. 569 ss., 590 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 461 ss., spec. 560 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *IP*, 2012, p. 21 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 137 ss.

⁷ Sulla relazione concettuale fra dovere di diligenza e regola cautelare, da ultimo e per ulteriori riferimenti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., spec. p. 287 ss.

⁸ Per l'adozione del modello normativo di colpa basato sulla prevedibilità dell'evento dal punto di vista di un agente-modello (misura generalizzante ma differenziata), oltre ai contributi richiamati nelle prime note del Capitolo, cfr. i *Manuali* di: J. Cerezo Mir; F. Muñoz Conde e M. García Arán; S. Mir Puig; C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche e M. A. Boldova Pasamar; G. Fiandaca ed E. Musco; G. Marinucci ed E. Dolcini; D. Pulitanò.

di diligenza va 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»⁹. L'imputazione per colpa di un evento cagionato o non impedito si fonderebbe quindi su di un «dovere di riconoscere» le conseguenze delle proprie azioni da concretizzarsi in base al «combinarsi delle conoscenze nomologiche *standard*» del parametro normativo di riferimento (base nomologica) «con l'occasione (*Anlass*) di applicare tali conoscenze» (cd. base ontologica)¹⁰.

Altre volte, invece, l'ordinamento giuridico indica espressamente, ma *più o meno precisamente*, a quali norme di condotta è dovere conformarsi.

In passato autorevole dottrina sosteneva che ogniqualvolta l'evento fosse riconducibile all'inosservanza di una norma di diligenza positivizzata sarebbe mancata la necessità di concretizzare il dovere di diligenza ricorrendo a criteri e parametri ricostruttivi analoghi a quelli utilizzati per la “colpa generica”. Risultando «la valutazione della *rappresentabilità* o *prevedibilità* dell'evento, nonché il calcolo della misura concreta di diligenza da porsi in una data situazione, di già assorbito dalla regola giuridica»¹¹ richiamata dalla fattispecie, qualunque processo di concretizzazione o di individuazione sarebbe stato inutile¹². Per imputare l'evento lesivo sarebbe stato quindi sufficiente riconoscervi la concretizzazione dello specifico rischio che la norma violata mirava a prevenire¹³.

Come da tempo illustrato, però, «la frattura che sembra correre fra le due forme di colpa», quella che consiste nell'inosservanza di norme di condotte di matrice interpretativa (o di fonte sociale) e quella per inosservanza di regole scritte (o precostituite), è in realtà «più apparente che effettiva», poiché il problema di fondo proposto dalle seconde è in sostanza lo stesso che sorge per le prime, «cioè la differenziazione dell'imputazione a titolo di colpa dall'imputazione che si svolge su basi esclusivamente oggettive» (causale)¹⁴. In ciascun caso concreto si tratta allora di capire

⁹ Così, letteralmente, C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in *RIDPP*, 2007, 593, nota 124 (corsivo non originale).

¹⁰ *Id.*, nota 124.

¹¹ F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, cit., p. 94.

¹² Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 298; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 34.

¹³ Per una riemersione di quest'impostazione nella recente giurisprudenza, v. CP, IV, 12.10.2011 (dep. 19.12.2011), n. 46819 (commentata in *RTDPC*, 2012, 2, p. 105 ss.).

¹⁴ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237.

se la regola cautelare preconstituita rappresenti davvero la misura di diligenza obiettivamente esigibile, per cui il problema sarebbe già stato risolto positivamente a prescindere da indagini focalizzate sul caso concreto; o se sia invece necessario procedere all'individuazione di una norma diversa – più limitata, più stringente o altra – da quella indicata astrattamente.

A tal fine, sulla scorta dell'insegnamento di MARINUCCI, la dottrina italiana suole prendere le mosse dalla indicativa distinzione fra regole scritte «rigide» ed «elastiche»¹⁵.

Con il termine “elastica” si indica una norma che, per essere applicata, abbisogna «di un legame più o meno profondo, e più o meno esteso, con le circostanze del caso concreto»¹⁶. La sua struttura, tendenzialmente priva di indicazioni idonee a prescrivere precise modalità di comportamento, ma recante solitamente un generico obbligo di adottare «le misure comunque idonee ad evitare il pericolo»¹⁷, assegna «alla valutazione *ad hoc* del soggetto obbligato» non soltanto «la scelta della cautela più idonea a far fronte al rischio, ma lo stesso accertamento di questo (...), subordinando la necessità di adozione della misura preventiva alla verifica in concreto del pericolo derivante da certe attività o da certe fonti»¹⁸.

Fra le norme di prudenza che affidano alla concreta riconoscibilità/rappresentabilità del pericolo la definizione del dovere di diligenza, possono indicarsi quelle che disciplinano la *circolazione stradale*. Il Codice della Strada (approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, ma frequentemente emendato) all'art. 140, co. 1, stabilisce ad esempio che «*gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale*»; all'art. 191, co. 3, leggiamo invece che i conducenti dei veicoli «*devono (...) prevenire situazioni di pericolo che possano derivare da comportamenti scorretti o maldestri di bambini o di anziani, quando sia ragionevole prevederli in relazione alla situazione di fatto*»; ancora, l'art. 149, co. 1, stabilisce che «*durante la marcia i veicoli devono tenere, rispetto al veicolo che precede, una distanza di sicurezza tale che sia garantito in ogni caso l'arresto tempestivo e siano evitate collisioni con i veicoli che precedono*».

Per quanto riguarda un altro settore interessato dalla positivizzazione delle cautele, quello della sicurezza sul lavoro, basti per il momento citare alcuni obblighi di natura elastica ricavabili

¹⁵ Anche se autorevole dottrina preferisce distinguere fra regole «determinate» e regole «indeterminate» (F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 220 ss.).

¹⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237.

¹⁷ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 485 ss.

¹⁸ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 487.

dall'art. 15 del relativo t.u. (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, integrato con il d.lgs. 106 del 2009). Questa disposizione assegna al datore di lavoro l'obbligo di «*adottare le misure necessarie ai fini della prevenzione di incendi e dell'evacuazione dei luoghi di lavoro*», specificando che le stesse «*devono essere adeguate alla natura dell'attività, alle dimensioni dell'azienda o dell'unità produttiva, e al numero delle persone presenti*» (co. 1, lett. t); 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*» (lett. e); nonché, più in generale, il dovere di «*vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25 (...)*» (co. 3-bis), che a loro volta assegnano oneri precauzionali (oltre che ai fabbricanti, fornitori e installatori) *agli stessi lavoratori*. Questi ultimi hanno ad esempio il dovere di «*utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza*» (art. 20, co. 2, lett. c) e di «*utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione*» (lett. d).

Chiaramente, il dovere di diligenza indicato dalle cautele citate può essere esattamente individuato solo in relazione al caso concreto. Solo le circostanze fattuali che fanno da contesto all'azione possono suggerire all'agente, in base alle conoscenze nomologiche che presumibilmente gli appartengono (o che gli *dovrebbero appartenere*), come comportarsi al fine di prevenire eventi dannosi (o di arginare il rischio che si verifichino). Per questa ragione, buona parte della dottrina ritiene che qualora a venire in causa siano norme elastiche, si dovrebbe definitivamente abbandonare l'idea di trovarsi nel campo della “colpa specifica”¹⁹.

A una «logica diversa e antitetica» si ispirerebbero le norme giuridiche preventive determinate o a struttura rigida: «divieti formulati in forma netta e astratta»; «comandi il cui contenuto è tracciato secondo uno schema che non presenta aperture di sorta sulla realtà delle circostanze concrete»²⁰; disposizioni che indicano «con assoluta precisione il programma di comportamento cui si deve attenere il destinatario»²¹.

Eppure, nemmeno in relazione ad esse si può prescindere dal considerare le concrete circostanze del caso.

¹⁹ Osserva ad esempio O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 404, che «il codice della strada non ha fatto altro che fissare in disposto legislativo quello che comunque sarebbe stato il contenuto della diligenza di fonte sociale, elaborata attraverso i criteri di prevedibilità ed evitabilità dell'evento (...)»; cfr. F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 187 ss., il quale ritiene che la colpa per inosservanza di regole cautelari “aperte” sia equiparabile e riconducibile alla categoria della colpa generica.

²⁰ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 241.

²¹ P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 74.

Per un verso, l'osservanza di una norma di condotta chiaramente predeterminata potrebbe risultare *insufficiente* rispetto al fine preventivo o al grado di diligenza obiettivamente esigibile (secondo un dato parametro), stante la concreta riconoscibilità del pericolo che – nonostante o addirittura a causa dell'adeguamento a quella norma – si verifichi un evento dannoso. Questo giudizio potrebbe quindi imporre l'adozione di condotte informate a regole prudenziali diverse e ulteriori rispetto a quelle precostituite²².

Per altro verso queste ultime, benché abbiano il «pregio della determinatezza», possono talvolta «esporsi al sospetto di fondare la responsabilità penale sulla trasgressione della regola stessa (purché ne derivi causalmente l'evento)»²³. Per comprendere questo rischio riprendiamo un caso di scuola²⁴ e immaginiamo che il conducente Tizio attraversi un incrocio con il semaforo rosso e pochi metri più avanti, oltre l'area del medesimo crocevia, investa il pedone Caio e ne cagioni la morte: ebbene, non è affatto detto che la precedente ed inequivocabile infrazione, di per sé, renda l'evento imputabile per colpa, giacché potrebbe non sussistere alcun “nesso di rischio” (sotto il profilo dello “scopo di protezione della norma”) fra regola violata ed evento; in questo caso occorrerebbe infatti valutare, come accade in generale, la concreta prevedibilità dell'evento per stabilire come avrebbe dovuto comportarsi l'agente (condotta alternativa lecita) di fronte al (riconoscibile?) attraversamento del pedone, considerando le concrete circostanze in cui il fatto si è venuto a verificare.

Qualunque sia la loro struttura, in sintesi, «l'osservanza delle norme non vale 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». E ciò 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,

²² M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 108 ss., spec. 110 ss.

²³ P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 83 (si veda il ragionamento dell'autore a proposito del celebre caso del *ciclista ubriaco*); analogamente, di nuovo, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 109 ss.: «la afirmación de que de la observancia de las reglas generales de cuidado – en el sentido de disposiciones de seguridad – se deriva de forma inmediata la realización típica de un hecho imprudente es otra forma de aplicación del denostado criterio del “versari in re illicita”».

²⁴ Proposto da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 272, e già evocato *supra*, Cap. 2, par. 3.4.1.

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»²⁵.

2.2. L'indeterminatezza della fattispecie colposa. Orientamenti alternativi.

La colpa penale s'identificherebbe quindi tuttora, quantomeno in linea di principio, con il concetto della *prevedibilità* del risultato non voluto²⁶, criterio da intendersi come strumento ricostruttivo cui ricorre l'interprete allo scopo di individuare la regola cautelare o la norma di condotta la cui *inosservanza* integra un elemento costitutivo del fatto tipico colposo²⁷.

Decisive e numerose, tuttavia, sono le questioni ereditate da siffatta impostazione, come in varia misura riconosciuto anche da alcuni suoi autorevoli sostenitori²⁸. In sintesi: che cosa significa *prevedibilità*²⁹? quale *evento* definisce l'oggetto del giudizio³⁰? quale *probabilità* comporta il dovere di attivazione³¹? e, soprattutto, quale *punto di vista* occorre adottare nel valutare l'*obiettiva* rappresentabilità dell'evento occorso? Infine: è davvero possibile sostenere, in ossequio al principio di legalità (e ai suoi corollari di tassatività/determinatezza e irretroattività) che il giudice è "fruitore"³² e non anche "produttore"³³ di regole cautelari?

²⁵ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 250; analogamente, A. TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, cit., p. 29. Di recente e fra tutti: 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.

²⁶ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 291, e F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *DP*, II, 299, p. 300 ss.

²⁷ Ritengono più opportuno trattare di «rappresentabilità»: M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 638 (nota 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.

²⁸ Cfr. l'esposizione di F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *DPC*, 13 marzo 2012, p. 7 ss.

²⁹ Sulla «riconoscibilità o prevedibilità dell'evento», v. per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 201 ss., spec. 211 ss.

³⁰ Al riguardo, cfr.: G. FORTI, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *RIDPP*, 1983, p. 1559 ss.; L. FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso casuale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *DPP*, 1999, p. 719 ss.; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1301 ss.

³¹ Sul punto, di nuovo, F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1303 ss.

³² 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, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 56-7, ed E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 142-3, nota 83.

³³ Riconosce G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 525, che «la diligenza prescritta non è preconstituita all'indagine» che consente la sua ricostruzione. Esprime un certo disincanto anche L. EUSEBI,

Come vedremo esaminando dapprima alcune paradigmatiche vicende processuali, le questioni indicate restano aperte e il giudizio di colpa, nella maggior parte dei casi, si fonda su un criterio normativo applicabile soltanto mediante l'adozione di un parametro (il "punto di vista") lasciato alla libera elaborazione del giudice. Ciò, come noto, alimenta la denuncia di un *deficit* di determinatezza ritenuto da alcuni autori tanto intollerabile da giustificare l'abbandono della colpa penale³⁴.

L'esigenza di disciplinare un giudizio di colpa penale fondato su regole cautelari riconoscibili e preesistenti sia al giudizio che alla stessa condotta induce perciò altra parte della dottrina a proporre un modello alternativo basato sulla violazione di regole modali positivizzate, oppure, laddove residuino spazi di colpa generica, sull'inosservanza delle consuetudini comportamentali e delle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»³⁵. Questa soluzione, si dice, eviterebbe di strumentalizzare il singolo in funzione simbolica³⁶ e consentirebbe di rimettere al medesimo «corpo sociale la determinazione delle prassi cautelari», che quando siano 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 (peraltro al giudice tecnico, ossia reclutato per concorso) il compito pedagogico di instillare nei cittadini, a colpi di pena, lo slancio etico verso standard di tutela più elevati»³⁷.

La prevenzione dell'evento non voluto, cit., quando sostiene che «la determinatezza (...) delle ipotesi di colpa generica è solo fittizia»; e che «l'esperienza insegna come in esse la regola di condotta che si sarebbe dovuto rispettare venga ricostruita, non di rado, solo a posteriori».

³⁴ Per la dottrina italiana, si veda il già citato contributo di M. C. DEL RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, cit., p. 31 ss., spec. 46 ss.

³⁵ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 86 ss.; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss.

³⁶ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 274.

³⁷ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss. (167), il quale in un altro non lontano contributo, con proverbiale sarcasmo, scrive che «il giudice che consulta l'agente modello ricorda il soliloquio del ventriloquo che anima un fantoccio, la cui saggezza – nel dubbio – sconsiglia ogni assunzione di rischio» (ID., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *DPP*, 1999, p. 1296); sulle stesse posizioni D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 264 ss., il quale arriva però a sostenere l'obiettivo di una «totale immunizzazione della tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice». Cfr. pure F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 105 ss., 125 ss.

Si mostra critica nei confronti del «baremo del hombre medio» anche M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 134 ss., la quale però, nonostante sostenga che nei settori non regolamentati «para definir el riesgo permitido, no existe otro recurso que acudir a lo "socialmente adecuado", entendiendo por tal lo "usual en ese tipo de actividad", en una palabra la "costumbre"» (p. 305), al contrario degli autori italiani citati ritiene inevitabile il compimento di un «juicio de valor sobre el carácter prohibido o permitido de la acción» da parte del giudice (*op. ult. cit.*, p. 147, 152 ss.).

Secondo un'altra autorevole dottrina, il conferimento di un maggior grado di determinatezza alla fattispecie colposa passerebbe invece per la sostituzione dell'agente modello (inteso come parametro normativo differenziato, *homo eiusdem condicionis et professionis*) con quello della «migliore scienza ed esperienza» disponibile al tempo della condotta³⁸. «Trattandosi di definire un'esigenza obiettiva – scrive PADOVANI nel suo *Manuale* – non può che rilevare tutto quanto era idoneo, in rapporto alle conoscenze umane di un dato momento storico, ad impedire l'evento o a circoscrivere il rischio: il solo fatto che si profili l'utilizzabilità di una certa misura cautelare, ne impone in linea di principio l'adozione, a prescindere dalla peculiare situazione dell'agente e dalla corrispondenza del suo operato ad un modello di natura soggettiva»³⁹. Tale soluzione, specie di fronte ai vuoti di positivizzazione, permetterebbe secondo Ferrando MANTOVANI «di meglio soddisfare pure nella colpa le esigenze di *tassatività* e certezza giuridica, riducendo il rischio che la «intuizione» del giudice si elevi a fonte di produzione di regole cautelari scientificamente non confermate»⁴⁰.

2.3. L'insufficienza funzionale del modello tradizionale del reato colposo di evento. Il "principio di precauzione".

Al paradigma ortodosso di colpa, quello 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 alcune più recenti proposte di dare attuazione al *principio di precauzione* in materia penale: sul piano gius-positivo, elaborando regole o fattispecie precauzionali strumentali ad una gestione democratica del rischio incerto⁴¹; oppure, sul

³⁸ Questa tesi fu avanzata in Italia da F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 306.

³⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 212.

⁴⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 339.

⁴¹ C. M. ROMEO CASABONA, *Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo*, in *Estudios del derecho judicial*, 40, 2002, 153; ID., *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, in Id. (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao – Granada, 2004, 385, p. 403 ss., spec. 408 ss.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP*, 2008, 5, 647, p. 652.

In relazione alla possibilità di costruire fattispecie di pericolo direttamente ispirate al principio di precauzione, cfr. la concreta proposta di C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 534 ss.

piano esegetico-applicativo (colpa generica) – quello che più ci interessa –, valorizzando l'inosservanza di doveri strumentali alla conoscenza⁴².

Come è noto, il principio di precauzione ricevette i primi riconoscimenti gius-positivi nella disciplina tedesca federale del diritto ambientale (*Vorsorgerprinzip*, 1976) e all'interno di trattati e dichiarazioni internazionali a partire dagli ultimi anni '80 del secolo scorso. In Europa venne contemplato nel Trattato di Maastricht (1992)⁴³, trovando per la prima volta definizione nel Regolamento n. 178/2002 in materia di sicurezza alimentare⁴⁴. Le sue matrici filosofiche restano tuttavia controverse, pertanto – si potrebbe dire – ancora in fase di postuma elaborazione⁴⁵, e ciò consente di rinvenire “logiche precauzionali” in contesti che vanno ben oltre la tutela dell'ambiente, la sicurezza del prodotto, le biotecnologie e la protezione della salute in generale.

Di “precauzionismo” si è ad esempio parlato in relazione al fondamento politico della strategia antiterrorismo adottata dall'amministrazione statunitense dopo i fatti dell'11 settembre 2001: la seconda guerra in Iraq è stata combattuta – per lo meno anche – per impedire ciò che non si sapeva e che nemmeno si poteva sapere, cioè «se e in che misura le armi chimiche e nucleari di sterminio di massa fossero nelle mani dei terroristi»⁴⁶. Esso viene poi frequentemente evocato come principio di amministrazione pubblica e (al contempo) come criterio di attribuzione di responsabilità politiche e giuridiche individuali quando l'abbattersi dei fenomeni naturali (uragani, inondazioni, terremoti, ecc.) sull'opera dell'uomo produce disastri “evitabili” perché “prevedibili”⁴⁷.

Il principio di precauzione riflette dunque un'idea rarefatta, magmatica e facilmente strumentalizzabile allo scopo, perciò opportunamente definibile e valutabile soltanto in relazione al *contesto* di volta in volta in considerazione. Esso può assumere le sembianze di fondamento

⁴² Cfr.: C. M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 411 ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesis e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743, p. 1757 ss.

⁴³ All'art. 174.2, oggi art. 191.2 del TFUE.

⁴⁴ Art. 7: «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».

⁴⁵ Si suole nondimeno partire dall'etica della responsabilità di Hans Jonas (H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, 1990): su alcune possibili prospettive etiche alla base dell'idea di precauzione, A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, in *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, cit., 3, p. 7 ss., 14 ss.

⁴⁶ U. BECK, *Conditio humana*, cit., p. 86-8; al riguardo, nella letteratura penalistica, cfr. G. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 573, p. 611 ss.

⁴⁷ Come vedremo fra poco occupandoci della giurisprudenza *Sarno* e della sentenza di primo grado sul terremoto di L'Aquila (*infra*, par. 3.3).

etico di un nuovo paradigma di responsabilità individuale e collettiva⁴⁸, ma anche di un principio politico idoneo a giustificare qualsivoglia *stato di eccezione*⁴⁹ o a paralizzare le attività di ricerca o l'intervento dell'uomo sulla natura. Come criterio di governo dell'imponderabile e di prevenzione del non prevedibile (in senso nomologico e deterministico) potrebbe consigliare di agire dovendo immaginare la peggiore delle ipotesi possibili (principio del *maximum minorum*)⁵⁰ – dove l'ambito del *possibile* dovrebbe essere comunque circoscritto dalla disponibilità di *dati empirici*⁵¹ –, oppure in base a ciò che, oggetto di *timori sociali diffusi*, non può ragionevolmente essere escluso⁵².

Nel capitolo precedente abbiamo avuto modo di cogliere la natura frequentemente incerta del sapere nomologico sottoposto all'attenzione del giudice. *Mutatis mutandis*, cioè abbandonando la prospettiva del perito e del giudice (*ex post*) e assumendo quella dell'agente (*ex ante*), il problema si ripropone quando ci chiediamo se in un dato momento e in un dato contesto lo stato delle conoscenze fosse tale da consentire di prevedere ed

⁴⁸ Riconducibile all'idea kantiana dell'uomo "fine in sé stesso" e all'etica della responsabilità di Jonas, secondo A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, cit., p. 11 ss. Curiosamente, a testimonianza di una certa relatività ideologica delle orientamenti dottrinali in materia di colpa (cfr. L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 80) il canone kantiano viene evocato anche da parte dei sostenitori della teoria normativa "prasseologica" contro quella "deontica" classica (D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 274).

⁴⁹ Basti pensare di nuovo alla strategia di "sospensione" o di forte limitazione dei diritti civili adottata dai Paesi occidentali in seguito ai ricordati atti terroristici (controlli non autorizzati sulle comunicazioni; limitazioni della libertà di movimento; detenzioni preventive; ecc.). Oppure, in ipotesi di incertezza scientifica, al divieto di commercializzare o di utilizzare prodotti non ancora (o non più) ritenuti sicuri.

⁵⁰ «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 *Embracing risk*, Chicago, 2002, 273, p. 285 (citato da U. BECK, *Conditio humana*, cit., p. 88); cfr. pure la formulazione del *maximin* di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971 (indicata da D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 32).

⁵¹ «La imaginación científica, en todo caso, debe descansar en ciertos datos» (A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, cit., p. 13).

⁵² Sulla questione cognitiva sottesa all'idea di precauzione, specie qualora tradotta in un criterio di imputazione *ex post*, v. G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo"*, cit., 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). Tende invece a ridimensionare questa prospettiva, operando il principio di precauzione in condizioni di incertezza scientifica (e non in totale assenza di basi conoscitive), A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, cit., p. 13 ss.

arginare le conseguenze di certe condotte (quali tipicamente l'utilizzo e la somministrazione di sostanze nei luoghi di lavoro e la distribuzione di prodotti destinati al consumo) apparentemente innocue o non certamente dannose ma *a posteriori* rivelatesi inequivocabilmente tali⁵³.

Pensiamo al caso dell'amianto, materiale utilizzato su scala industriale fino a tempi relativamente recenti. Le attuali indagini retrospettive ci dicono che la sua pericolosità fu ipotizzata già alla fine dell'Ottocento⁵⁴ e persino riconosciuta dalla giurisprudenza dei primi anni del Novecento⁵⁵. Sappiamo inoltre che i primi studi sull'asbestosi, patologia professionale associata alla respirazione delle polveri prodotte dalla sua lavorazione, iniziarono ad apparire già dagli anni '20 del secolo scorso; che gli effetti cancerogeni vennero segnalati dalla metà degli anni '30 e che i primi lavori volti a dimostrare le correlazioni fra esposizione, asbestosi e tumore polmonare furono pubblicati nel 1938⁵⁶. Dopo una graduale intensificazione del dibattito nel corso degli anni '40, dalla metà degli anni '60 la comunità scientifica iniziò a mostrarsi generalmente concorde nel ritenere che il mesotelioma pleurico fosse conseguenza dell'inalazione delle fibre sprigionate dal materiale⁵⁷. Ciò nonostante, soltanto a partire dagli anni '90, di fronte alla drammatica ed inequivocabile evidenza della sua cancerogenicità, i legislatori europei iniziarono a vietarne qualunque forma di utilizzo⁵⁸.

⁵³ Quindi, anche qualora l'utilizzo della sostanza o la commercializzazione del prodotto abbia ottenuto tutte le necessarie autorizzazioni amministrative. Ad uno stato di "iniziale certezza" possono infatti seguire condizioni di "sopravvenuta incertezza" (J. ESTEVE PARDO, *El Desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las Incertidumbres de las Ciencia*, Barcelona, 2009, p. 144 ss.).

⁵⁴ Ad esempio dal medico austriaco A. NETOLITZKY, *Hygiene der Textilindustrie*, in *HH*, Jena, 1897, p. 1102-3.

⁵⁵ In Italia ad esempio già una sentenza del 1906 riconobbe la pericolosità dell'amianto: Trib. Torino, 22.10.1906, in *EP*, 1997, 21, 65.

⁵⁶ M. NORDMANN, *Der Verufkrebs der Asbestarbeiter*, in *Z. Krebsforsch*, 1938, 47, 288; F. HORNIG, *Klinische Betrachtungen zur Frage der Lungenkrebs der Asbestarbeiter*, in *ZK*, 1938, 47, 281. Questi risultati vennero resi disponibili anche negli Stati Uniti da L. TELSKEY, *Summary of "Clinical Considerations on the Questions of Industrial Cancer of Asbestos Workers"*, in *JHIT*, 1938, 20, 184.

⁵⁷ Questa breve ricostruzione è tratta prevalentemente dalla recente indagine di N. COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, 2011, p. 27 ss., al quale si rinvia per maggiori dettagli; sulla storia dell'industria dell'amianto cfr. S. ALTOPIEDI - S. PANELLI, *Il grande processo*, in *QSC*, 51, 2012, 17, p. 19 ss.

⁵⁸ 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 (l. 27 marzo 1992, n. 257). Per un quadro generale sull'atteggiamento dei legislatori europei, v. ancora N. COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause*, cit., p. 41 ss.

Domanda⁵⁹: *a partire da quando* l'ipotesi della pericolosità o della specifica cancerogenicità di una sostanza, di un prodotto, ecc., può essere considerata conoscenza nomologica doverosa ovvero propria dell'agente-modello?

Fino a quando sul piano del *consenso* e/o del *grado di corroborazione* i dati scientifici disponibili (in dato luogo e tempo) non appaiono riconducibili alla nozione di "legge scientifica", il modello colposo prevalente appare inservibile. Pertanto, qualora questo risultato venga percepito come ingiusto di fronte al verificarsi di «gravi e irreversibili»⁶⁰ eventi lesivi di beni giuridici primari (vita e salute), per giustificare la riaffermazione dell'intervento penale occorrerebbe rivedere la struttura del fatto tipico assegnando all'interprete nuovi e diversi parametri ricostruttivi.

È in queste ipotesi, quelle connotate da *incertezza nomologica*, che si suole fare espresso riferimento al principio di precauzione. La sua applicazione al reato colposo, osserva ROMEO CASABONA, potrebbe «desdibujar o al menos limitar el alcance del principio de previsibilidad objetiva como inexcusable punto de partida para la determinación de la conducta prudente en la situación concreta»⁶¹. Riconoscendo che, almeno in taluni ambiti, la «no previsibilidad» (secondo leggi scientifiche certe) non sempre corrisponde «a la negación de una conducta imprudente»⁶², però – precisa l'autore –, non si deve arrivare a giustificare una presunzione di colpevolezza contraria ai più basilari principi del diritto penale. L'obiettivo dell'interprete, piuttosto, dovrebbe essere quello di definire criteri che possano «ayudar al sujeto a identificar cuál es el comportamiento diligente antes de actuar en unas circunstancias en las que de lo contrario carecería o quedaría despojado de cualquier pauta orientativa»⁶³. Questo ipotetico paradigma alternativo, quindi, prima che una funzione di modello di giudizio per il giudice, dovrebbe svolgere quella di criterio-guida per l'agente che decida di porre in

⁵⁹ Sottesa all'importante contributo di G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *RIDPP*, 2005, 29 (espressamente formulata a p. 48).

⁶⁰ Secondo la definizione del principio di precauzione proposta da Bourg e Schlegel (D. BOURG – J.-L. SCHLEGEL, *Parer aux Risques de Demain. Le Principe de Précaution*, Paris, 2001, p. 140), il cui requisito viene ripreso da C. M. ROMEO CASABONA, *Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo*, cit., p. 44 (poi in *ID.*, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 390) e da A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, cit., p. 5.

⁶¹ C. M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 409.

⁶² *Id.*, p. 409.

⁶³ *Id.*, p. 411-2.

essere «una actividad de la que se sospecha un cierto riesgo no determinable ni verificable *ex ante*, debido a la incertidumbre científica sobre las leyes causales»⁶⁴.

Una concreta ridefinizione precauzionale della colpa generica (in mancanza di regole cautelari positivizzate), come noto, è stata proposta in Italia nel suggestivo ma criticatissimo intervento di Carlo RUGA RIVA. Nella prospettiva da egli suggerita, un dovere precauzionale di attivazione sanzionabile *ex post* (cioè in sede processuale) a titolo di colpa 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. La riconoscibilità di meri «dati *fattuali* anomali» genererebbe 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 cause degli eventi riscontrati⁶⁵. 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»⁶⁶.

In breve, 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

⁶⁴ *Id.*, p. 411. Cfr. più di recente C. M. ROMEO CASABONA, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, cit., p. 136-7.

⁶⁵ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1762.

⁶⁶ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1763 e 1775.

conosciute o conoscibili»⁶⁷. «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»⁶⁸.

Si noti che nelle prospettive indicate i tradizionali connotati del tipo colposo non escono di scena. L’*agente-modello* cui ricorre la dottrina prevalente resta assoluto protagonista: la *Maßfigur* rappresenta e raccoglie «gli attori del progresso tecnico» ai quali spetta il dovere di farsi carico, «nella società del rischio che essi concorrono a ingenerare, di tutte le cautele connesse alla loro attività», prima fra tutte quella di «cogliere i primi segnali di rischio»⁶⁹. Quanto alla *prevedibilità*, essa rimane il perno dell’obbligo di attivazione, benché appaia radicalmente trasformata⁷⁰: non più fondata – come preteso dal paradigma classico – su “leggi causali” note (nel circolo di rapporti), ma su meri elementi fattuali idonei a indurre il sospetto (solo nella tesi più estrema di Ruga Riva) e/o sull’apparizione di plausibili dati scientifici che, seppur insufficienti a confermarlo, nemmeno escludono il pericolo.

«En efecto – osserva Romeo Casabona –, al menos aparentemente, el principio de precaución no parece asimilable al criterio de la previsibilidad objetiva», giacché esso potrebbe venire in causa quando «se desconoce tanto el resultado que podría llegar a producirse como el mecanismo de producción (...)». E «dado que su punto de partida es la incertidumbre científica acerca de las posibles consecuencias que pueden derivarse de una acción (...) es cierto que tampoco puede anticiparse el curso causal de esa acción desde una perspectiva *ex ante*»⁷¹. Ciò nonostante, azzarda l’autore, esso «no supondría una quiebra de la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente ni de la culpabilidad», giacché, in prospettiva difensiva, «dada la producción de un resultado típico, al sujeto le bastará para acreditar que actuó conforme al cuidado objetivamente

⁶⁷ 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» (C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1777).

⁶⁸ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1764.

⁶⁹ *Id.*, p. 1766.

⁷⁰ Per G. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*, cit., p. 622, l’accoglimento del principio di precauzione comporterebbe invece la rinuncia al parametro della “riconoscibilità-prevedibilità dell’evento”.

⁷¹ C. M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 410.

debido con indicar que siguió las pautas de conducta de acuerdo con el principio de precaución»⁷², cioè di essersi attivato procedendo a tutte le indagini possibili senza aver però riscontrato plausibili conferme sulla pericolosità della condotta.

Il *dovere di saperne di più prima di agire* dovrebbe quindi indurre l'individuo ad un'indagine sull'esistenza di nuove correlazioni causali e scatterebbe di fronte ad «eventi sorprendenti»; l'agente-modello, specie nel modello deontico-precauzionale di Ruga Riva, sarebbe chiamato all'avventura della scoperta, cioè ad una sorta di *abduzione straordinaria* (ciò che al giudice, come abbiamo visto, non è di norma consentito ai fini della ricostruzione del nesso causale⁷³).

In sintesi, *de iure condito*, «il principio di precauzione potrebbe incidere sull'interpretazione della prevedibilità estendendone la portata fino a ricomprendere ipotesi di incerta causazione dell'evento, conseguenze dell'assenza di certezza scientifica sull'*an* e sul *quomodo* del nesso causale»⁷⁴, senza che l'indisponibilità di leggi scientifiche certe e definitivamente corroborate (semmai possibile) possa giustificare la mancata adozione di più efficaci misure preventive o la prosecuzione dall'attività⁷⁵. E fermo restando che, a garanzia dell'imputato, il rapporto materiale andrebbe comunque accertato, *ex post*, in base al tradizionale criterio condizionalistico sulla base di norme scientifiche⁷⁶.

3. Responsabilità colposa e gestione dei rischi sanitari, professionali e ambientali: paradigmi giurisprudenziali.

⁷² *Id.*, p. 411-2.

⁷³ Cfr. di nuovo G. TUZET, *La prima inferenza*, cit., p. 93 ss., 115 ss.

⁷⁴ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1774-5; in senso sostanzialmente adesivo, di recente, E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, p. 153 ss., spec. 160 ss.

⁷⁵ Giacché chiunque intraprenda una condotta potenzialmente pericolosa per beni giuridico-penalmente protetti *deve informarsi*; e qualora il livello di conoscenza risulti insufficiente ad assicurare la tutela di tali beni *deve astenersi*: riprendendo sul punto Claus Roxin, C. M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 409.

⁷⁶ C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1774-5. Sul metodo di accertamento del nesso di causalità e sul ricorso al sapere scientifico (norme di correlazione di tipo probabilistico ed epidemiologico, più o meno corroborate), v. *supra*, Cap. 3, par. 2 ss.

3.1. La colpa del personale sanitario fra disposizioni regolamentarie e dovere di diligenza.

3.1.1. *Il caso delle trasfusioni di sangue infetto nell'ospedale catalano Príncipes de España.* – L'opera di individuazione e concretizzazione del dovere di diligenza in condizioni di costante evoluzione del sapere scientifico si complica notevolmente quando i protocolli dettati per disciplinare attività complesse e ad elevato coefficiente tecnico – come tipicamente quella medico-chirurgica – appaiono essi stessi inadeguati rispetto allo “stato delle conoscenze” disponibili⁷⁷.

La possibilità che l'obsolescenza di una norma positivizzata possa essere ‘colta’ dal giudice dichiarando in sede processuale la vigenza di una regola di diligenza diversa da quella espressamente rivolta all'agente dall'ordinamento al tempo della condotta, contrappone l'opinione prevalente⁷⁸ alla denominata dottrina “prasseologica-positivistica”, secondo la quale, prevalendo ragioni di legalità, il diritto penale dovrebbe limitarsi a sanzionare la violazione delle regole modali positivizzate o l'inosservanza delle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»⁷⁹.

La questione fu affrontata dal *Tribunal Supremo* spagnolo⁸⁰ all'inizio degli anni '90, in relazione ad un caso piuttosto noto e ampiamente discusso, quando tre pazienti dell'ospedale catalano *Príncipes de España* (oggi *Hospital Universitario de Bellvitge*) risultarono positivi al test sulla presenza di anticorpi anti-*HIV* dopo aver ricevuto trasfusioni di sangue.

All'epoca dei fatti, d'accordo con quanto stabilito dal *Ministerio de Sanidad y Consumo* (*Orden* del 5 dicembre 1985), nella struttura ospedaliera catalana venivano regolarmente effettuate trasfusioni senza che si procedesse ad altri controlli che non consistessero nella pre-selezione dei donatori attraverso l'esclusione dei soggetti appartenenti a determinati “gruppi a rischio”. La Responsabile del servizio di ematologia

⁷⁷ «Lo “stato dell'arte medica” – osserva 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 *IP*, 2004, 733, 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».

⁷⁸ *Supra*, par. 2.1.

⁷⁹ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 166.

⁸⁰ STS, 18.11.1991, Rel. De Vega Ruiz. Cfr. i commenti di: J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, cit., 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 *RJCL*, 2007, 13, 211, p. 230 ss.; M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2008, p. 444 ss.

ed emoterapia della struttura, consapevole dell'esistenza e della *diponibilità di test specifici* per l'analisi del sangue destinato alle trasfusioni, nonché dei *rischi derivanti dalla prassi consolidata*, a partire dal giugno 1986 sollecitò più volte il Direttore sanitario del centro ospedaliero affinché disponesse, come di sua competenza, l'acquisizione di quanto necessario ad effettuare analisi più accurate sul materiale ematico.

Alla fine del mese di giugno, all'esito di un intervento chirurgico richiedente emotrasfusione, un paziente risultò contagiato dal virus. Il 10 ottobre dello stesso anno, quindi, la *Generalitat de Catalunya* impose alle strutture sanitarie di effettuare tutte le analisi appropriate (quelle allora disponibili: *ELISA*, *Wester blot* e altre) prima di procedere a qualunque donazione. La Responsabile dell'ematologia sottopose tale disposizione al Direttore sanitario il quale, tuttavia, inspiegabilmente, non la considerò per diversi mesi. Nel periodo compreso fra dal 10 ottobre 1986 e il 27 febbraio del 1987 – data in cui dispose finalmente tutti gli opportuni controlli –, nell'ospedale *Príncipes de España* vennero effettuati circa seimila prelievi e quasi tremila trasfusioni, all'esito delle quali altri due pazienti risultarono *HIV* positivi.

Dei fatti, cioè delle infezioni, vennero chiamati a rispondere sia la Responsabile del servizio 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 dal 1985 (persino prima che la *Comisión Asesora del SIDA de Cataluña*, nel novembre dello stesso anno, raccomandasse l'esame delle unità di sangue donato e che il *Bulletí Epidemiologic de Catalunya*, nel gennaio '86, indicasse quali indagini avrebbero consentito di rilevare la presenza del virus nel materiale da trasfondere) e infine 'codificati' 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 colpa⁸¹. Il *Tribunal Supremo* riformò la sentenza confermando il giudizio di imprudenza grave solo

⁸¹ Della *imprudencia profesional* ci occuperemo *infra*, par. 4.2.4.

a carico del Direttore ma escludendone il carattere *profesional*⁸², ritenendo invece *simple* (lieve) la colpa dalla Responsabile dell'ematologia: a parere del Collegio, 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 diligencia*.

3.1.2. *La violazione del dovere di diligenza nonostante l'osservanza della prassi. Prime riflessioni.* – I pazienti contagiati, come detto, furono tre. Il primo venne trasfuso prima che la *Generalitat* disponesse l'effettuazione di controlli sul sangue donato; mentre gli altri due successivamente. Contrariamente al parere dell'*Audiencia Provincial*, il *Tribunal Supremo* considerò ascrivibile agli imputati anche la prima infezione.

In termini teorici si tratta di stabilire se, vigenti norme *lato sensu* regolamentarie a disciplina di una certa attività, ciascun agente possa fare affidamento 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 sotteso*, debba adeguarsi a livelli di diligenza diversi ed eventualmente più stringenti.

Dal primo punto di vista, come osservava già MARINUCCI, l'osservanza delle regole cautelari positivizzate «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 precostituita⁸³.

Mentre dal secondo, quello che qui rileva, ci si deve chiedere se l'inadeguatezza dei modelli di comportamento precostituiti possa sempre tradursi in un alibi.

⁸² Anche se egli, a parere del *Tribunal*, «*sabía y conocía, por su reconocida competencia profesional, la necesidad de adoptar medidas precautorias*» (STS, 18.11.1991, cit., § 12).

⁸³ G. MARINUCCI, *Colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 250; analogamente, più di recente: 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.

Per questa soluzione milita tuttora buona parte della dottrina. «Se si concorda sul fatto che le norme cautelari scritte disciplinano una determinata classe di rischi – scrive ad esempio PIERGALLINI – 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»⁸⁴.

La soluzione del *Tribunal Supremo* sul primo caso di infezione andrebbe però condivisa per alcuni buoni motivi. Posto infatti che «los deberes de cuidado no se extraen exclusivamente de disposiciones administrativas»⁸⁵, il dovere di effettuare controlli ulteriori rispetto a quelli generalmente praticati discenderebbe, nel caso in esame, «de los abundantes debates y criterios científicos existentes hasta la fecha coincidentes en su necesidad» e dal fatto che «ya se realizaban en otros centros de Barcelona»⁸⁶.

Facendo astrazione dal coefficiente psicologico effettivo caratterizzante l’omissione cautelare di entrambi gli imputati, in termini puramente normativi le conclusioni citate, e nella sostanza da chi scrive condivise, impongono però di costruire (o di concretizzare) il dovere di diligenza assumendo a parametro di giudizio un agente-modello *eiusdem condicionis et professionis*, poiché non v’è altro modo di ritenere che per l’ordinamento (*rectius*, 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’imputato 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 catalane⁸⁷) non avevano ancora tradotto in norme valide *erga omnes* quelle stesse recenti scoperte scientifiche⁸⁸. D’altra parte,

⁸⁴ C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *RIDPP*, 1997, 1473, p. 1491, nota 51.

⁸⁵ C. M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232. Il termine “regolamento”, osserva J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, cit., p. 143, potrebbe risultare al penalista persino «un tanto desagradable», nel senso – spiega l’autore – che la valutazione sulla colpa penale dovrebbe restare tendenzialmente indipendente da quella puramente amministrativa.

⁸⁶ Di nuovo, C. M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232.

⁸⁷ Altre Comunità Autonome avevano prontamente adottato migliori controlli (*Id.*, p. 232).

⁸⁸ Peraltro, e per inciso, la correlazione *HIV/AIDS* s’identifica con un’ipotesi scientifica ancora per molti aspetti controversa. Questo per sottolineare nuovamente che unanimità e certezza, in ambito scientifico, non sono quasi mai raggiungibili.

disconoscendo la doverosità di un adeguamento a *standard* già noti e praticati – ma non ancora «diffusi» e «consolidati»⁸⁹, e quindi non riconducibili agli “usi” evocati da una parte della dottrina⁹⁰ – nel contesto professionale di riferimento, e rispondenti a *conoscenze scientifiche certamente disponibili agli agenti*, si finirebbe con l’attribuire all’inerzia degli organi pubblici il valore di un alibi costante.

Osserviamo che la colpa della Responsabile dell’ematologia, benché potesse essere forse esclusa valorizzando profili diversi dalla violazione cautelare⁹¹, di per sé indubbia, fu comunque ritenuta dai giudici *oggettivamente lieve* (con tutto ciò che ne deriva, come già ricordato, sul piano della qualificazione del fatto e delle conseguenze sanzionatorie)⁹². Sul piano normativo, ci troviamo di fronte ad una condotta di per sé *imprudente ma adeguata alle disposizioni vigenti*. La colpa dell’imputata consistette infatti nell’inosservanza di un livello di prudenza ulteriore e più stringente di quello indicato dal diritto positivo, eppure rispondente ad una cautela già dotata di una certa diffusione benché fondata su scoperte scientifiche recenti all’epoca dei fatti. Per altro verso, ella era *pienamente consapevole del rischio* che la sua condotta comportava, e per questo *si attivò ripetutamente* affinché il Direttore aggiornasse i ‘protocolli’ interni alla struttura sanitaria, pur *senza sottrarsi* dal commettere ulteriori imprudenze.

A ben vedere, quindi, gli elementi da considerare sono molti e di diversa natura. La colpa ascrivibile all’imputata risulta essere infatti *cosciente*, sul piano psicologico, in

⁸⁹ Osservano i giudici che se da un lato «*no había entonces criterios uniformes, comúnmente aceptados*», dall’altro «*la anamnesis, el cribado de la sangre, los test anti-SIDA o incluso las pruebas serológicas, que permitían detectar la presencia de anticuerpos, eran ya prácticas conocidas y sabidas*» (STS, 18.11.1991, cit., § 12.).

⁹⁰ In particolare da F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 242 ss.

⁹¹ 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 «*supralegal*» ritenuta in quanto tale inammissibile dal *Tribunal*, al § 21), cfr. di nuovo C. M. ROMEO CASABONA, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, cit., p. 232-3 (per la soluzione del conflitto di doveri, su cui v. anche la nota seguente) e J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, 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, «*pese a todo, contribuyó de forma directa a la realización de las transfusiones (...)*». Per quest’autore una via per escludere la responsabilità della Responsabile dell’ematologia, piuttosto, potrebbe essere quella di inquadrare il suo rapporto con il Direttore sanitario in una 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).

⁹² V. di nuovo il § 12 della sentenza. E cfr. sul punto T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 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. nota precedente).

ragione della consapevolezza del pericolo ma anche della conoscenza della condotta idonea a ridurlo; eppure *lieve*, sul piano strettamente normativo, perché l'inosservanza del dovere di diligenza, comunque parzialmente 'rimediata' (o quantitativamente ridotta) della contestuale attivazione⁹³, avviene per di più in condizioni di "conflitto normativo" (disposizioni vigenti *vs.* dovere di adottare controlli parametrati ai nuovi rischi) e di subordinazione gerarchica⁹⁴, aspetti che possono motivare un giudizio di *scarsa oggettiva esigibilità*⁹⁵.

3.2. Colpa e prevedibilità di un grave danno alla salute.

3.2.1. *La giurisprudenza italiana in materia di malattie professionali (dal petrolchimico di Porto Marghera allo stabilimento Eternit Sicilia).* – I processi sulle morti dei lavoratori esposti alle polveri di amianto e quello sul petrolchimico di Porto Marghera, in Italia, segnano indubbiamente un punto 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 d'incertezza. Recenti pronunce di merito e di legittimità in materia di malattie professionali⁹⁶ parrebbero infatti adottare

⁹³ Secondo la tipica declinazione del criterio di *gravità* nella dottrina spagnola (come in quella tedesca), la differenza fra *imprudencia grave* e *imprudencia leve* sarebbe di tipo essenzialmente *quantitativo*: «el que realiza una imprudencia simple infringe la misma norma de cuidado que el que realiza una imprudencia grave. La diferencia estriba en la (...) entidad del descuido (de la infracción del deber de cuidado). Es decir, el autor de una imprudencia simple es menos descuidado o más diligente que el autor de una imprudencia grave». «En todos los supuestos de imprudencia (...) será decisivo tener en cuenta si el autor adoptó o no alguna medida de seguridad o precaución. Y si la adoptó, su relevancia o entidad para evitar el hecho» (B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 332, 334-5). Ritorniamo sul tema nel Cap. 6.

⁹⁴ Il caso è interessante perché consente di riflettere anche sulla dimensione relazione 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 (*infra*, Cap. 5). Cfr. su questo aspetto, in relazione alla vicenda in commento: J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 31 ss. (che esamina la questione dal punto di vista dogmatico dell'autoria e della delega di funzioni); e M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., p. 444 ss. (che adotta invece la prospettiva concettuale del *Vertrauensgrundsatz*, *principio de confianza*).

⁹⁵ Su questi aspetti, sull'ipotesi di "conflitto normativo" e sul criterio di scarsa esigibilità idoneo a qualificare lieve la colpa già sul piano oggettivo, torneremo a partire dall'analisi della recente *riforma Balduzzi* in materia di colpa medica (*infra*, par. 4.2.2 ss.) per ricavarne infine alcune proposte ricostruttive (che saranno esposte nel Cap. 6).

⁹⁶ Sulla giurisprudenza in materia cfr.: 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 *DPC*, 25 gennaio 2011; ID., *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *DPC*, 22 luglio 2014.

un modello di colpa non soltanto eterogeneo rispetto a quello tradizionale⁹⁷, ma soprattutto ispirato da logiche di tipo precauzionale.

Tali sentenze esprimono un principio di diritto su cui la Corte di Cassazione insiste invero fin dai tempi della sentenza sul *disastro di Stava*: «*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*»⁹⁸.

Questa regola di giudizio venne accolta nella sentenza della Corte d'Appello di Venezia sul caso del *Petrochimico di Porto Marghera*⁹⁹, poi confermata sul punto in Cassazione¹⁰⁰.

Nel processo ai dirigenti della Montedison, uno degli aspetti più dibattuti fu il grado di corroborazione e di accreditamento dell'ipotesi scientifica (del serio sospetto basato su indagini sperimentali) della cancerogenicità della sostanza a cui venivano esposti i lavoratori, principalmente il cloruro di vinile monomero¹⁰¹. Ci si riferisce in particolare agli studi compiuti dal dott. 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 condotte del prof. Cesare Maltoni a partire dal 1971 (finanziate dalla stessa Montedison), i cui risultati furono resi noti nel 1974¹⁰².

Per il periodo antecedente alla pubblicazione degli studi di Maltoni, al fine di stabilire se la 'somministrazione' della sostanza pericolosa senza la contestuale adozione di misure preventive idonee ad evitare l'insorgenza dei tumori correlati fosse colposa,

⁹⁷ *Supra*, par. 2.1.

⁹⁸ CP, IV, 6.12.1990, Bonetti; la stessa massima si rinviene più di recente in CP, IV, 30.3.2000, in *FI*, 2001, II, 278 (ai fini dell'imputazione colposa non sarebbe necessaria la prevedibilità dell'evento *hic et nunc* «*quale si è 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*»).

⁹⁹ «*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*»: CA Venezia, II, 15.12.2004, Est. Contini, in *RIDPP*, 2005, 1670.

¹⁰⁰ CP, IV, 17.5.2006 (dep. 6.2.2007), n. 4675, in *FI*, 2007, II, 550.

¹⁰¹ V. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 649-50.

¹⁰² Cfr. le indicazioni di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1698-9, e la ricostruzione contenuta nel libro di F. CASSON, *La fabbrica dei veleni. Storie e segreti di Porto Marghera*, Milano, 2007 (p. 23 ss., 55 ss.).

occorrerebbe stabilire se lo stato delle conoscenze fosse tale da rendere doverosa una qualche attivazione da parte dei dirigenti Montedison.

La questione invero appare duplice, riguardando, 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*¹⁰³ (mancando la prova della effettiva conoscenza) e, in secondo luogo, l’idoneità di una simile informazione – in caso di risposta affermativa alla prima domanda – a generare un dovere di prevenzione (di ulteriore approfondimento scientifico, di sospensione delle attività, di informazione ad operai e autorità)¹⁰⁴.

Ma la Cassazione, ricorrendo al criterio di giudizio della giurisprudenza sul *disastro di Stava*, fornisce una soluzione apparentemente elusiva. Infatti, considerando indubbiamente nota da tempo l’idoneità del composto chimico a provocare altre (meno gravi) patologie¹⁰⁵, la sentenza riafferma 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 di 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 classico. Esse, da un lato, consentirebbero di imputare un evento *omogeneo ma più grave* rispetto a quello prevedibile in base alle cognizioni nomologiche dell’agente-modello; e, dall’altro,

¹⁰³ Possibilità da escludersi, a parere di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., p. 1700.

¹⁰⁴ Per la riproposizione delle medesime questioni in materia di colpa medica, v. il caso deciso da CP, IV, 28.10.2004, esposto e commentato da D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 272-3 (sul quale, qualche cenno *infra*, Cap. 6, par. 4.6).

¹⁰⁵ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 649.

segnerebbero la nascita del dovere di attivazione anche al cospetto di ipotesi scientifiche non (sufficientemente) corroborate di pericolosità più o meno specifica¹⁰⁶.

Sta di fatto che negli ultimi anni anche la giurisprudenza in materia di esposizione ad amianto ha costantemente seguito il medesimo percorso argomentativo. Fra le più recenti, la sentenza *Fincantieri* del 2012¹⁰⁷ 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 nella colposa uccisione di undici operai dei cantieri navali di Porto Marghera attraverso l'esposizione prolungata alle fibre di amianto e la mancata adozione (profilo omissivo della responsabilità colposa) di adeguati mezzi di protezione personale e di ogni misura idonea ad impedire o a ridurre quanto più possibile la dispersione delle polveri letali.

Come abbiamo visto¹⁰⁸, già nei primi decenni del secolo scorso la comunità scientifica internazionale segnalava la probabile correlazione fra esposizione alle fibre di amianto, asbestosi e cancro polmonare; più recente, risalente più o meno alla metà degli anni '60, è invece il generale accordo sulla specifica idoneità del minerale a provocare il mesotelioma pleurico¹⁰⁹. L'utilizzazione e la commercializzazione dell'amianto fu però proibita dallo Stato italiano soltanto dal 1992. Ciò nonostante, a parere dei giudici di Cassazione, non può ritenersi che *conseguenze pregiudizievoli del tipo di quelle poi verificatesi* non fossero prevedibili da parte degli imputati (direttori generali, direttori di stabilimento e altri). «Anche a voler considerare che fosse nota solo le generica tossicità delle polveri d'amianto, causa di asbestosi – scrivono – avrebbe risposto al principio di precauzione trattare con ogni cautele le polveri (...) di una sostanza comunque tossica».

¹⁰⁶ Così «la Corte difende una ricostruzione delle regole cautelari secondo la quale le stesse non sarebbero necessariamente fondate sul paradigma della certezza scientifica» (D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 133).

¹⁰⁷ CP, IV, 24.5.2012 (dep. 27.08.2012), n. 33311, Rel. Grasso, già indicata nel Cap. 3, par. 1.2, in relazione alla controversa qualificazione della condotta di esposizione a sostanze nocive (qui valorizzata nella sua componente omissiva). Su di essa v. anche 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 *IP*, 1, 2013, 143, p. 144 ss.

¹⁰⁸ Rinviano per maggiori dettagli alla recente indagine di N. COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause*, cit., p. 27 ss.

¹⁰⁹ Anche se la relativa “norma di correlazione”, specie in relazione al momento scatenante e agli effetti acceleratori delle successive esposizioni, presenta tuttora ampi margini di incertezza (v., *supra*, Cap. 3, par. 3.2).

L'elemento di novità di queste motivazioni risiede nell'espresso richiamo ad un *non meglio definito* principio di precauzione. Ma sul piano ricostruttivo incontriamo nuovamente le cadenze argomentative dei casi *Stava* e *Petrolchimico*: 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.

Ad analoghe motivazione ricorrono infine i giudici di Cassazione nel processo ai vertici dello stabilimento *Eternit Siciliana* di Siracusa¹¹⁰.

Il procedimento vedeva imputati 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'inalazione delle stesse da parte dei lavoratori». Questo fino al 1974, quando l'intervento di una ristrutturazione dell'azienda portò ad una significativa 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) ha 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 i sindacati dimostrarono di avere cognizione dei reali pericoli derivanti dall'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto. Perciò, ha concluso la Corte territoriale, ai vertici aziendali non dovrebbe poter essere richiesto di conoscere quanto legislatore, organi di

¹¹⁰ CP, IV, 12.7.2012 (dep. 22.10.2012), n. 1183, Rel. Dovero (in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com).

controllo e associazioni di categoria dimostrarono ancora di non sapere, perché circoscritto nell'ambito scientifico¹¹¹.

A queste osservazioni – che fanno indubbiamente riflettere – replica però la Cassazione affermando 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*». L'Estensore ritiene pertanto «*necessario rammentare che ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenzialità 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)*».

Come nei casi precedentemente esaminati, a parere della 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 (in quanto tale doverosa), bastando l'indubitabile conoscenza della sua pericolosità per la salute. Però attenzione: benché la pronuncia abbia soltanto inteso riprendere la costante giurisprudenza di legittimità in materia, vi si afferma – almeno in un primo passaggio e con la sentenza citata – che «*è sufficiente che l'agente fosse in grado di rappresentarsi la potenzialità lesiva e quindi una serie indistinta di danni*». Ovvero, 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 se stessi non rappresentabili in base a norme scientifiche di correlazione adeguatamente corroborate. Nel prosieguo della motivazione si precisa comunque che «*l'evento era prevedibile perché erano conosciute conseguenze potenzialmente letali della mancata adozione di quelle misure*» (citando le sentenze *Macola* del 2002 e *Camposano* del 2000¹¹²). 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 mera relazione fra esposizione alle polveri e asbestosi.

¹¹¹ V. sul punto la sentenza della Cassazione, p. 6-7 (§ 2.1).

¹¹² Su queste sentenze, v. lo studio di M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 94 ss.

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»¹¹³.

3.2.2. *Dalla prevedibilità dell'evento hic et nunc alla prevedibilità del tipo di evento: ragioni per un prudente ripensamento.* – 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. L'argomento va respinto senza mezzi termini: assumere questa massima significherebbe fondare il giudizio di imputazione esclusivamente sul requisito “forte” della evitabilità (*ex post*) – peraltro tutta da dimostrare! – facendo *tabula rasa* del prioritario giudizio *ex ante* sul disvalore della condotta. Sugli equilibri interni alla fattispecie fra giudizio *ex ante* (disvalore dell'azione) e giudizio *ex post* (disvalore d'evento), pur avendo già svolto qualche riflessione nel capitolo precedente¹¹⁴, torneremo fra poco¹¹⁵.

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. Mentre infatti le proposte indicate poc'anzi muovono da definizioni dell'agente-modello coerenti con un'etica della responsabilità in condizioni di incertezza¹¹⁶, nella giurisprudenza citata le

¹¹³ CP, IV, 12.7.2012 (dep. 22.10.2012), n. 1183, cit., § 5.4.

¹¹⁴ Par. 1.3, 1.4 e 4.

¹¹⁵ *Infra*, Cap. 5, par. 4.5.

¹¹⁶ Ri-descrizioni che si traducono in doveri di approfondimento e di informazione qualora si intenda intraprendere un'attività di cui si sospetta *scientificamente* la pericolosità (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

questioni relative al carattere doveroso (secondo un dato parametro) della specifica cognizione scientifica e della sua idoneità a generare un qualsivoglia dovere di prevenzione sono superate grazie ad una definizione generica (*rectius*, generalizzante) del danno rappresentabile: non già l'evento *hic et nunc*, o quantomeno quella specifica patologia, ma un *tipo di evento* omogeneo a quello effettivamente provocato e prevedibile. Così, rispetto al modello nomologico classico (prevedibilità dell'evento *hic et nunc* secondo leggi scientifiche disponibili all'agente-modello¹¹⁷), all'evento effettivamente rappresentabile ma non verificatosi (o comunque non oggetto di contestazione) verrebbe sostituito l'evento effettivamente causato dall'agente ma non prevedibile in base a norme di correlazione (o a leggi scientifiche) sufficientemente corroborate.

Nelle due prospettive dottrinali, quella classica e quella "precauzionista", ciò che consente all'interprete di determinare grado e contenuto del dovere di diligenza è sempre un parametro normativo ideale. Mentre però all'agente-modello "classico", che dispone di leggi scientifiche tutto sommato lineari benché probabilistiche, è fatto obbligo di arginare soltanto gli *eventi chiaramente prevedibili*, questo nuovo agente-modello, un agente modello immerso nell'epistemologia dell'incertezza¹¹⁸, è chiamato ad attivarsi anche in relazione ad un *rischio* ipotizzabile in base ad evidenze scientifiche o fattuali giudicate plausibili ma bisognose di ulteriori conferme.

Diverso è il ragionamento svolto della Cassazione sul caso del *Petrolchimico*. In quella ed altre successive sentenze, in effetti, l'impressione è che ritenendo sufficiente la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni *sia pure indistinta* non si faccia altro che giustificare *a posteriori* la condanna. Tale argomento, di per sé, come osservato in relazione al caso *Eternit Sicilia*, non può quindi essere ritenuto sufficiente. Poi però si precisa che le conseguenze ascrivibili, ancorché di per se stesse non prevedibili, devono essere del *medesimo tipo di quelle senza dubbio prevedibili*. E

ad ingenerare, cogliendone anche i primi *segnali fattuali* (C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1766).

¹¹⁷ Cfr. per tutti: C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1473 ss.; ID., *Il paradigma della colpa*, cit., p. 1670 ss.; L. FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso casuale*, cit., p. 727.

¹¹⁸ 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 (T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), Chicago – London, 2012), in contrapposizione a quello di *mainstream science*, v. J. R. RAVETZ, *The post-normal science of precaution*, cit., p. 348 ss.

con questa delimitazione dei danni imputabili, a parere di chi scrive, la Corte di Cassazione coglie un punto che potrebbe far riflettere anche la dottrina dell'evento *hic et nunc*.

Già sappiamo che un'opera di generalizzazione dell'oggetto del giudizio di riconoscibilità/prevedibilità è sempre inevitabile; qualora infatti ci riferissimo *davvero* all'evento naturalisticamente *hic et nunc*, questo non sarebbe praticamente mai imputabile per colpa.

Nell'impostazione ricorrente, il metodo di selezione degli «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 stesso¹¹⁹. Tali *modalità* 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 doverose¹²⁰. La ri-descrizione dell'evento prevedibile, più precisamente, andrebbe effettuata considerando soltanto «quegli accadimenti ed aspetti

¹¹⁹ Citando Engisch, nella dottrina spagnola, 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*, 1968, 915, p. 923; nella dottrina italiana, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 440.

¹²⁰ Queste le premesse logiche ed epistemiche del tuttora fondamentale 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 verificazione del fatto presenta una struttura logica analoga a quella che accerta la possibilità probabile *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).

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*»¹²¹.

Quest'impostazione, nonostante il suo ancoraggio (garantistico) ad una nozione rigidamente naturalistica (nomologica) di prevedibilità, offre in realtà all'interprete niente più che «principi direttivi suscettibili di ricevere adeguata concretizzazione solo tenendo conto delle peculiarità del caso di specie»¹²². 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 chiaramente l'indisponibilità di leggi scientifiche così dettagliatamente caratterizzate da consentire l'operazione ricostruttiva (ri-descrittiva) su base nomologica. Un esempio su tutti: la correlazione probabilistica fra esposizione alla fibre di amianto e insorgenza del mesotelioma pleurico corrisponde ad un'ipotesi scientifica tanto corroborata da poter individuare, ai fini del penalista, una "legge scientifica"; eppure, come visto a proposito della sentenza *Cozzini*, la patogenesi della malattia presenta tuttora aspetti ampiamente ignoti o controversi¹²³. Per fare un esempio banalissimo, se Tizio sgretola una copertura di *Eternit* sotto il naso di Caio, non sembra proprio che 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... siano aspetti dotati di una decisiva rilevanza. Tizio non potrebbe mai rappresentarsi l'ipotetico decorso eziologico della malattia, e neppure avrebbe molto senso rimproverarlo per una simile mancata rappresentazione. Piuttosto, qualora si verifici l'evento, potrà essere ritenuto responsabile perché *avrebbe dovuto sapere* che, così facendo, *avrebbe potuto provocare un gravissimo danno (una malattia mortale, perché attualmente senza rimedi) alla salute* di Caio.

¹²¹ Si tratta della proposta ricostruttiva avanzata da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 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».

¹²² Così, A. MASSARO, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *CP*, 2009, 12, 4699, § 4.

¹²³ *Supra*, Cap. 3, par. 3.2.

L'irriducibilità dell'imputazione per colpa ad un giudizio marcatamente naturalistico (con base rigidamente nomologica) pare invero abbastanza evidente.

Pensiamo, ad esempio, all'imputazione dell'evento-morte del consumatore allo spacciatore *in re illicita versatur* (ex art. 586 cpi). Da qualche tempo, grazie alla dottrina e alla giurisprudenza più sensibili al principio di colpevolezza¹²⁴ – anche sulla scorta del buon modello abolizionista spagnolo¹²⁵ –, è stata finalmente riconosciuta la necessità di ascrivere l'evento più grave non voluto dall'agente *almeno a titolo di colpa*. 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 normativizzante 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 variabili e non pre-definibili indici di probabilità) della “semplice” «*morte come conseguenza dell'assunzione, da parte di un soggetto specifico, di una determinata dose di droga*»¹²⁶.

Questo stesso paradigma d'imputazione, per evidenti ragioni di analogia strutturale, viene del resto ammesso da autorevole dottrina anche in relazione alla *colpa specifica*¹²⁷. E allora, visto che stiamo comunque parlando di *colpa concreto*, possiamo chiederci: fino a che punto conta davvero la definizione scientifica di ciascuna

¹²⁴ F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., *passim*; v. 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*»), CP, SU, 22.1.2009 (dep. 29.5.2009), n. 22676, in accoglimento della tesi della *colpa in concreto*, per cui l'evento materialmente derivato dal fatto doloso non dovrebbe più essere imputato se non in base ai medesimi criteri utilizzati per l'*ordinario giudizio di colpa*.

¹²⁵ La soluzione del legislatore democratico del 1983, come visto (*supra*, Cap. 2, par. 2.3) 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 non a caso come “modello” nello studio di F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 879 ss.

¹²⁶ V. sul punto 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).

¹²⁷ F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, cit, p. 187 ss., il quale ritiene che l'evento risulti imputabile qualora oltre alla *violazione della cautela* sussista la *riconoscibilità del pericolo*.

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 determinate che la ricerca medica, *per ragioni tutte proprie*, abbia 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, e concretizzando la riflessione: essendo noto fin dagli anni '50 (anche al di fuori della comunità scientifica) che l'esposizione all'amianto può provocare il cancro ai polmoni, che importanza ha – *ai fini dell'imputazione penale* – che solo dalla metà degli anni '60 sia stata raggiunto un generale accordo sulla correlazione amianto-mesotelioma, che altro non è se non un tipo di tumore che colpisce la membrana pleurica dello stesso 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 con la valutazione in termini di rimproverabilità tipica del diritto penale¹²⁸. Pertanto, se non sembra in effetti corretto imputare per colpa l'insorgenza di *un tumore* potendosi soltanto ritenere rappresentabile l'insorgenza di *un'asbestosi*, non altrettanto irragionevole appare la scelta giurisprudenziale di imputare eventi pregiudizievoli che, ancorché di per se stessi non prevedibili, sono *da un punto di vista valutativo* (e non meramente biologico!) del *medesimo tipo di quelli senza dubbio prevedibili*¹²⁹.

¹²⁸ 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 da sempre controverse anche all'interno della comunità scientifica. Indicativa della relatività e della “normatività” delle definizioni accolte dalla medicina ufficiale è ad esempio la recente e progressiva opera di ‘codificazione’ delle malattie mentali all'interno di sistemi diagnostici condivisi (le varie edizioni del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM*): sul punto, nella più recente letteratura penalistica, M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *RIDPP*, 2006, II, 539; 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. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *RIDPP*, 2014, 225, p. 230-1.

¹²⁹ Analoghe aperture sul punto sono espresse anche da D. CASTRONUOVO, *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».

Poco a che vedere, dunque, con il principio di precauzione. Come in punto di causalità¹³⁰, si tratta piuttosto di abbandonare metodi di giudizio che, benché ispirati da nobili fini garantistici, riflettono un atteggiamento naturalistico non sempre adeguato alle peculiari esigenze del diritto.

Chiaramente, l'utilità del paradigma della prevedibilità *ex ante* dell'evento (più o meno) *hic et nunc*, una volta depurato dai suoi eccessi naturalistici (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 presunte istanze di tutela provenienti dal corpo sociale o non meglio definite finalità politico-criminali.

3.3. *Il dovere di evitare la peggiore delle ipotesi possibili.*

3.3.1 *Le sentenze sul disastro di Sarno e sul terremoto di L'Aquila.* – Un allontanamento dal modello classico si avverte anche laddove l'incertezza non riguarda il carattere controverso o “non corroborato” del sapere rilevante, ma l'impossibilità di prevedere — o di escludere — il verificarsi di determinati fenomeni naturali alla luce delle conoscenze specialistiche disponibili e delle concrete circostanze di fatto.

Nel maggio del 1998, come si ricorderà, 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.

Nelle 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*

¹³⁰ *Supra*, Cap. 3, par. 2 e 3.3.

storicamente già verificatosi 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»¹³¹.

Come si vede, la sentenza tira in ballo un po' confusamente parecchie e non sempre pertinenti questioni. Ma l'elemento argomentativo più interessante, come osserva CASTRONUOVO, è l'implicita (inconsapevole?) applicazione del principio orientativo del *maximin*, secondo cui, come già ricordato¹³², *ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza andrebbe valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili*¹³³. Ci troviamo quindi di fronte ad un modello di responsabilità (per colpa) di tipo *lato sensu* precauzionale.

Ebbene, una logica identica a quella appena evidenziata regge, a quanto pare, anche la più recente sentenza con cui il Tribunale di L'Aquila ha condannato i 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 vittime¹³⁴.

¹³¹ CP, IV, 11.3.2010 (dep. 3.5.2010), n. 16761, Rel. Brusco, in CP, 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*, p. 101 ss. 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.

¹³² *Supra*, par. 2.3.

¹³³ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, *cit.*, p. 140 ss.; sul punto anche M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, *cit.*, p. 210-1, la quale mostra di temere che questo modello di giudizio possa essere esportato anche in materia infortunistica e applicato all'onere di valutazione dei rischi.

¹³⁴ Trib. L'Aquila, 22.10.2012 (dep. 19.01.2013), n. 380, Giud. Billi, in DPC, 21 gennaio 2013, con ampia nota di A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza "Grandi Rischi"*, *ivi*, 25 novembre 2013; cfr. le incisive note critiche di A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza "Grandi Rischi"*, *cit.*, p. 1818 ss., e C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in GP, 2013, 6, 403.

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 comprensibilmente 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 strettamente operativo, si aggiunse un elemento di confusione mediatica, dato dalla diramazione di pareri predittivi contrastanti, taluni allarmistici, di varia fonte e attendibilità, ragion per cui il capo della Protezione civile decise di convocare una riunione della suddetta Commissione per fare 'ordine' 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 rivolto alla popolazione *percepito* nel suo complesso come rassicurante. Una settimana dopo, quando molti cittadini avevano fatto ritorno alle proprie abitazioni *presumibilmente* sulla scorta delle dichiarazioni degli esperti, si verificò il temuto evento distruttivo.

I membri della Commissione, 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 sarebbe imputabili agli esperti perché indotte dalle loro parole a rimanere nelle proprie case abbandonando più stringenti misure di prudenza.

3.3.2. *Breve osservazione sulla sentenza di primo grado del processo 'Grandi Rischi'*. – La vicenda in questione, oltre a riguardare un processo in corso, è di tale complessità da non poter essere adeguatamente esaminata in questa sede, obiettivo che richiederebbe peraltro di esaminare la posizione di ciascun singolo imputato e di

affrontare una più dettagliata ricostruzione dei fatti. Ciò che qui interessa sottolineare è invece soltanto il paradigma di colpa sostenuto dalla sentenza di primo grado a partire da un inquadramento di tipo commissivo della responsabilità per gli eventi ascritti.

Esclusa la possibilità di configurare una responsabilità di tipo omissivo improprio¹³⁵, la responsabilità degli scienziati viene ricostruita dal Tribunale ricorrendo, come evidente, al controverso concetto di *causalità psichica*¹³⁶. Il decorso causale ridefinito dal giudice si compone infatti dei seguenti fattori interagenti: condotte consistenti in dichiarazioni pubbliche ritenute lacunose, contraddittorie e idonee a provocare un abbassamento del livello di prudenza nella popolazione; la scossa della notte del 6 aprile, verificatasi, come detto, in seguito ai numerosi e ravvicinati eventi sismici che si susseguivano dal dicembre 2008; la preesistente vulnerabilità degli edifici, il cui crollo determinò quella notte le numerose vittime¹³⁷.

Aderendo ipoteticamente a un modello di prevedibilità *stricto sensu* nomologico, il giudizio ascrittivo relativo al profilo di “colpa generica” contestato agli imputati dovrebbe 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-modello¹³⁸. Pertanto, sempre in teoria, il giudice avrebbe dovuto allegare fonti scientifiche accreditate a sostegno (quantomeno) della possibilità di ritenere imminente il verificarsi di intensi fenomeni sismici in quelle specifiche condizioni fattuali. La motivazione al riguardo appare però 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*»¹³⁹, 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*

¹³⁵ Cfr. sulla configurabilità o meno di una posizione di garanzia a carico degli imputati e nei confronti dei cittadini aquilani, le discordanti opinioni di A. GALLUCCIO, *Terremoto dell’Aquila e responsabilità penale*, cit., p. 22 ss., e C. VALBONESI, *La colpa trema*, cit., p. 406 ss., 413.

¹³⁶ 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». Cfr. però sul punto, anche per ulteriori riferimenti, i commenti citati nella nota precedente.

¹³⁷ Trib. L’Aquila, 22.10.2012, n. 380, cit., p. 388 ss., 840 ss.

¹³⁸ Cfr. la sentenza, 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. comunque C. VALBONESI, *La colpa trema*, cit., p. 404, 410 ss.

¹³⁹ Trib. L’Aquila, 22.10.2012, n. 380, cit., p. 216.

nella mancata promulgazione di uno stato di allarme», viene dato rilievo ad alcune pubblicazioni e a precedenti dichiarazioni degli stessi imputati per contestare loro la mancata “messa a disposizione” del proprio patrimonio di conoscenze¹⁴⁰.

Ebbene, il livello di conoscenze fornito dagli studi storici e geologici disponibili permette (e permetteva) senz'altro di identificare nella regione abruzzese una di quelle caratterizzate da un elevato grado di pericolosità, ma ciò soltanto sulla base di norme empiriche ed esperienziali di carattere generale che non consentono (né consentivano) alcuna previsione a breve termine. «Sappiamo ad esempio – scrivono Alessandro Amato e Fabrizio Galadini – 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»¹⁴¹.

Chiedersi se la valutazione del cd. “rischio sismico” effettuata in occasione della riunione del 31 marzo 2009 sia stata corretta ed esaustiva, quindi, rileva tutt'al più sul piano deontologico, ma 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 preventivi¹⁴².

¹⁴⁰ *Id.*, pp. 216, 823 ss.

¹⁴¹ A. AMATO – F. GALADINI, *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla “Commissione Grandi Rischi”*, in *Analysis*, 2013, n. 3-4, p. 6-7, 14.

¹⁴² Cfr. di nuovo A. PAGLIARO, *Bozza di osservazioni sulla sentenza “Grandi Rischi”*, cit., p. 1818, e A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., p. 25 ss.

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 approssimative) alla luce del sapere scientifico accreditato¹⁴³. Con la condanna, ciò che si rimprovera agli esperti della Commissione è di non aver agito (quando, come, per quanto tempo e con quali conseguenze?¹⁴⁴) prospettandosi *la peggiore delle ipotesi* fra quelle *immaginabili e non escludibili*¹⁴⁵. Ma in questo modo, se da un lato si suggeriscono condotte alternative che non farebbero un buon servizio alla comunità¹⁴⁶, dall'altro – come è stato elegantemente osservato in relazione alla giurisprudenza *Sarno* – la “colpa” perde totalmente i contrassegni di un giudizio normativo parametrato ad una *Maßfigur*, lasciando il soggetto in carne ed ossa del tutto solo (senza modelli comportamentali di riferimento) di fronte alla responsabilità di scelte talora tragiche¹⁴⁷.

4. Teorie normative e conoscenze tecnico-scientifiche.

4.1. Colpa, dovere di conoscenza, dovere di diligenza. Osservazioni preliminari ad un esame critico delle attuali teorie normative.

All'esito dell'indagine giurisprudenziale proposta – ciò che ha già consentito di avanzare numerose considerazioni –, si può osservare che la definizione della pretesa comportamentale in condizioni di incertezza e di costante evoluzione del sapere

¹⁴³ Cfr. invece C. VALBONESI, *La colpa trema*, cit., p. 411, dove alla fine del § 4 pare ricondurre il paradigma ascrittivo emergente dalla sentenza a quello della colpa in condizioni di “incertezza scientifica”. Pare a chi scrive che si tratti piuttosto di un caso di “colpa in assenza scientifica” (come pure sembra ritenere la stessa autrice a p. 405, ricorrendo alla locuzione «processo alla scienza senza la scienza»).

¹⁴⁴ Cfr. A. AMATO – F. GALADINI, *Gli argomenti della scienza*, cit., p. 7.

¹⁴⁵ Come ricorda S. JASANOFF, *Beni incalcolabili. Reimmaginare il nostro futuro tecnologico*, in S. Jasanoff - A. Benessia - S. Funtowicz, *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.

¹⁴⁶ «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» (ancora A. AMATO – F. GALADINI, *Gli argomenti della scienza*, cit., p. 13, e poi ulteriormente p. 25 ss.).

¹⁴⁷ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 146. A questo, 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 ambientale è riconducibile a scelte politiche effettuate nel corso di decenni, cozza chiaramente contro il principio di giustizia sostanziale.

scientifico obbliga l'interprete a risolvere almeno due questioni decisive: quella relativa alla definizione del bagaglio di conoscenze doverose nello svolgimento di una data attività¹⁴⁸; e quella, distinta ma dipendente dalla prima, concernente l'idoneità di determinate informazioni a generare un obbligo di prevenzione.

Entrambe riguardano chiaramente l'agente-modello, metafora dietro cui si nasconde la pretesa comportamentale sanzionabile dal giudice.

Per la dottrina prevalente, una re-interpretazione della colpa generica in chiave precauzionale sarebbe insostenibile perché comporterebbe una caratterizzazione marcatamente etica della *Maßfigur*; troppo etica perché slegata dall'argine garantistico della legge scientifica. Ciascun agente reale, 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 irreperibili¹⁴⁹ e all'occorrenza investigatore di nuove correlazioni causali. Accogliere il principio di precauzione, o logiche ad esso riconducibili, sul piano esegetico-applicativo significherebbe gravare l'individuo di responsabilità spettanti principalmente alle istituzioni pubbliche¹⁵⁰ ed esporre definitivamente il *Tatbestand* colposo a ricostruzioni giudiziali orientate dal *senno del poi*¹⁵¹.

Al *dovere di adeguamento* e al *dovere di sapere* si riferiscono, però, anche i sostenitori del modello dottrinale più diffuso. Se l'agente-modello rappresenta un aggregato ideal-tipico di competenze scientifiche, tecniche ed esperienziali, di capacità cognitive e percettive¹⁵², la responsabilità di un individuo può consistere esattamente nel non essersi adeguato a determinate conoscenze¹⁵³. Sanzionando la colpa incosciente,

¹⁴⁸ Giacché «(...) per l'integrarsi del fatto tipico, non basta che la pericolosità della condotta sia accertabile sulla base dell'insieme di generalizzazioni enunciative 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).

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ 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; cfr. G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo"*, cit., p. 614 ss., dove l'autore – con B. PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, in *Le Cahiers de droit*, 2002, 43, 1, 63, 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 *prospettiva* quale criterio di definizione e di orientamento delle politiche pubbliche.

¹⁵¹ F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 242.

¹⁵² G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., spec. p. 271-2 e 465.

¹⁵³ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 885 ss.; ID., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 648 ss.

com'è stato giustamente osservato, «si punisce la colpa precedente, la colposa ignoranza, il fatto di non aver messo cautela nel conoscere»¹⁵⁴. Ma conoscere che cosa? E perché?

Come visto, a tali domande non è sempre così semplice rispondere. Si comprende allora perché, di fronte alle difficoltà che l'interprete incontra nel definire o nel giustificare l'oggetto di questo *previo obbligo di prendere conoscenza* rinviando alla misura di diligenza incarnata da un agente-modello, parte della dottrina contemporanea abbia proposto di limitare il campo di intervento del diritto penale – dell'*ultima ratio* del sistema – alle sole violazioni di *norme di comune e acquisita scienza ed esperienza*, di *regole prasseologiche* e di *consuetudini prudenziali* radicate nel contesto relazionale di riferimento.

Tuttavia, come in parte già osservato e come meglio vedremo strada facendo, le differenze fra i menzionati paradigmi teorici non sono sempre così nette. Difficile, ad esempio, individuare sempre una la linea di demarcazione concettuale netta e definita fra normalità e norma, ovvero fra consuetudine cautelare e misura deontica¹⁵⁵: talvolta, come abbiamo visto esaminando il *caso catalano*, ci si può trovare di fronte a regole comportamentali indubbiamente disponibili (financo note) e già dotate di una certa diffusione, eppure non ancora radicate nel tessuto sociale o professionale di riferimento.

La teoria 'prasseologico-positivista' si distinguerebbe da quella prevalente (deontica) perché 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»¹⁵⁶. Certo, l'adozione di un paradigma di responsabilità strutturato su di un agente-modello consente di pretendere, almeno in termini generali, l'adeguamento ad una misura di diligenza ideale considerandola doverosa nonostante non risponda ad un modello comportamentale socialmente riconoscibile (in questo il suo carattere "deontico"). I due paradigmi teorici dovrebbero però coincidere in un altro aspetto: anche aderendo al modello di colpa prevalente, benché

¹⁵⁴ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562. Si tratta quindi di una "colpa per assunzione" (N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2012, p. 103 ss.) che rimanda ad una 'mancanza' precedente la condotta offensiva (secondo uno schema teorico per certi versi analogo a quello dell'*actio libera in causa*).

¹⁵⁵ Cfr., *supra*, nota 37, quanto osservato in relazione ai contributi di Fausto Giunta, Dario Micheletti e Mirentxu Corcoy.

¹⁵⁶ Così, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 245-6.

di frequente si tenda ad identificare la condotta diligente con la regola cautelare *necessaria ad impedire* un certo tipo di evento¹⁵⁷, si dovrebbe considerare sanzionabile l'inosservanza di una norma di condotta obiettivamente esigibile alla luce di determinate circostanze e secondo il parametro prescelto... *a prescindere dalla sua efficacia impeditiva*. Altrimenti, il giudizio sulla misura oggettiva della colpa rischierebbe di trasformarsi in una mera operazione ascrittiva.

Un modello di “rischio consentito” in base al quale si ritenessero sufficienti regole cautelari idonee soltanto a ridurre il rischio sarebbe incompatibile con la necessità ordinamentale di tutelare (anche penalmente) determinati beni fondamentali¹⁵⁸; ma siccome il diritto penale non può ricorrere a categorie normative incompatibili con gli ineludibili “vincoli realtà”, qualora non sia «tecnicamente possibile»¹⁵⁹, un comportamento diligente deve essere ritenuto doveroso anche quando ne possa derivare soltanto una diminuzione del rischio. Da ciò deriva che l'imputazione dell'evento “per colpa” può avvenire anche sulla base della violazione di regole “improprie”¹⁶⁰ e, per altro verso, che la misura di diligenza obiettivamente esigibile non può essere ricostruita, *ex post*, secondo il parametro dell'idoneità impeditiva dell'evento *hic et nunc* verificatosi. Anche in prospettiva deontica, quindi, il comportamento può essere ritenuto diligente quand'anche produttivo di eventi dannosi. La costruzione del dovere deve partire dal parametro di riferimento – dalle circostanze fattuali riconoscibili e dalle informazioni conoscibili *ex ante* – e non direttamente dall'evento constatabile *ex post*. Potrà sembrare un'osservazione scontata, ma dietro la frequente identificazione della “regola di diligenza” con la modalità comportamentale *idonea ad impedire un certo tipo di risultato* si nasconde il rischio di scivolare verso logiche puramente ascrittive (secondo le quali, dato un evento, la regola di condotta doverosa è quella idonea ad evitarlo, a prescindere dalla sua oggettiva esigibilità secondo un giudizio *ex ante*).

¹⁵⁷ Cfr. ad esempio: F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 151; S. F. ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, 2010, p. 387.

¹⁵⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 17 ss., spec. 22-3: «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».

¹⁵⁹ Di nuovo G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 20 ss.

¹⁶⁰ Ci si è già occupati di quest'aspetto studiando la rilevanza del *comportamento alternativo lecito* nella struttura della fattispecie, introducendo il concetto di «regola cautelare impropria» (*supra*, Cap. 3, par. 1.4 4) e difendendo la teoria della “diminuzione di chances” (*supra*, Cap. 3, par. 4).

Beninteso: mentre il medico che si trova al cospetto di *chiari ed inequivocabili indizi* di un decorso patologico in atto ha il dovere mettere in pratica *tutte le misure diagnostiche e terapeutiche a sua disposizione*, idonee o inidonee che siano ad assicurare il buon esito dell'intervento; il datore di lavoro che *espone* i lavoratori a sostanze pericolose deve invece adottare cautele *idonee ad impedire* che dalla propria condotta derivino conseguenze pregiudizievoli per la loro salute, e quando queste non siano disponibili non potrà che astenersi dall'uso di quei prodotti o di quelle sostanze¹⁶¹.

A quest'ultimo proposito, si è anche sostenuto che la norma cautelare, in quanto tale, dovrebbe avere contenuto *modale e conformativo*, non potendosi tradurre il dovere di diligenza in un obbligo di astensione¹⁶². Osserva però VENEZIANI – e chi scrive condivide – che 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»¹⁶³.

Ciò che conta, perciò – anche in prospettiva deontica –, non è l'adozione della misura necessariamente idonea ad evitare... ma l'adeguamento ad uno *standard* comportamentale doveroso in certe condizioni secondo un giudizio *ex ante*.

4.2. L'indirizzo “prasseologico-positivistico” e la colpa medica.

4.2.1. *Legalità della colpa ed equità di giudizio. Verso un possibile bilanciamento di valori.* – Oltre a quanto appena osservato, all'indirizzo ‘prasseologico-positivistico’ può essere opposto il rilievo secondo cui il ricorso a regole modali standardizzate o ‘consuetudinarie’ non sempre si rivela possibile o adeguato. Non sempre si rivela *possibile*, si osserva, perché ampi settori professionali o relazionali non sono né potrebbero essere compiutamente disciplinati da regole standard (anche non positivizzate). Non sempre si rivela *adeguato*, si aggiunge, perché norme codificate o

¹⁶¹ Cfr. quanto già osservato *supra*, Cap. 3, par. 1.2.

¹⁶² F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 194 ss., 234 ss.; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 253 ss.; analogamente, ricorrendo al concetto di «colpa speciale», F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 340.

¹⁶³ «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 “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 18-9).

ampiamente in uso in un dato contesto potrebbero essere connotate da un'obsolescenza o da un'inefficacia doverosamente riconoscibile da parte di chi dovrebbe essere tenuto ad applicarle (come visto, di nuovo, in relazione al caso catalano delle trasfusioni di sangue infetto¹⁶⁴).

Questo genere di critica può dare nondimeno l'impressione di risolversi in una petizione di principio: sostenere l'esigibilità di una condotta orientata da una regola più stringente o ulteriore rispetto a quella codificata o disponibile – ipotizzando che entrambe coprano il medesimo ambito di rischio – implica necessariamente il ricorso ad un certo parametro di diligenza, proprio ciò che i sostenitori della tesi in esame intendono evitare. Potrebbe cioè apparire vagamente tautologico affermare la necessità di un parametro attraverso una valutazione in termini di opportunità... fondata sullo stesso parametro.

C'è da riconoscere che uscire da questo circolo argomentativo non è possibile. Ma la tesi del mantenimento di un modello deontico di colpa può arricchirsi di una considerazione per così dire comparativa: 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*. Se causare un incidente stradale o la morte di un pedone per non aver rispettato un diritto di precedenza o il semaforo rosso può senz'altro integrare un'ipotesi di colpa (specifica), infatti, altrettanto rimproverabile appare l'inerzia dell'agente che si trovi chiaramente in condizione di riconoscere l'obsolescenza della regole in uso nel proprio settore.

Ripensando alla vicenda del *Príncipes de España*, ad esempio, pare davvero difficile accettare che il principio di stretta legalità – che rappresenta un valore ma non certo l'unico – possa proteggere la posizione di un agente, in quel caso il Direttore-medico dell'ospedale, chiaramente in grado di aggiornare le misure di prevenzione di propria competenza senza attendere che di ciò si occupassero le autorità catalane (o quelle spagnole). Sostenere che il responsabile del centro ospedaliero avrebbe potuto legittimamente continuare ad applicare il diritto positivo vigente e attenersi alle prassi consolidate, come fece, senza predisporre ulteriori controlli adeguati al nuovo tipo di rischio (in quel caso indubbiamente conoscibile dall'agente-modello, perché noto nel settore di appartenenza), significherebbe assegnare all'inerzia, alla lentezza o all'indisponibilità regolativa degli organi pubblici il valore di un alibi costante.

¹⁶⁴ *Supra*, par. 3.1.

Anche per questa ragione, l'obiettivo di definire un modello colposo compatibile con il principio di determinatezza/tassatività, di per sé condivisibile, non può giustificare una riduzione prasseologica o positivistica delle cautele penalmente rilevanti. Con questo rilievo, però, non si intende avallare un disinvolto accantonamento del problema della legalità, questione molto spesso superata ricorrendo a presunte necessità simbolico-funzionali. E nemmeno appare di per sé risolutiva, perché formalistica, la soluzione di ricavare dalla distinzione normologica fra dovere giuridico (indicato dalla fattispecie) e regola di condotta (cautela esigibile)¹⁶⁵ la pertinenza della questione assiologica al primo liberando dal fardello la seconda¹⁶⁶.

Ma piuttosto che ridurre la misura oggettiva della colpa alla violazione di cautele prestabilite o *lato sensu* consuetudinarie – con esclusione di ipotesi colpose altrettanto biasimabili –, si può cercare di tratteggiare coordinate criteriologiche generali che consentano all'interprete di stabilire quando, in concreto, il mancato adeguamento dell'agente a un dover-essere non altrimenti prestabilito possa ritenersi esigibile e rimproverabile tanto quanto la violazione di una cautela positiva determinata o già riconosciuta come “valida” nel contesto sociale e professionale di riferimento.

4.2.2. *Prime osservazioni sulla riforma Balduzzi.* – Benché per taluni aspetti criticabile, la recente *riforma Balduzzi* in materia di colpa medica potrebbe fornire utili indicazioni nella direzione appena accennata¹⁶⁷.

Concentrandoci sui profili strettamente penalistici, all'art. 3, co. 1, l. 8 novembre 2012, n. 189, leggiamo che «*l' esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento*

¹⁶⁵ Cfr. per tutti: M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 102 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 234; più di recente e ampiamente, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 287 ss.

¹⁶⁶ Così invece L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 502 ss., il quale a partire dalla condivisibile premessa secondo cui le «regole di diligenza non sono, propriamente, degli obblighi, ma delle semplici cautele» che «valgono a specificare *dal punto di vista delle modalità esecutive* l'adempimento corretto del dovere giuridico tipizzato dalla legge», conclude che «*il problema della genesi e del rinvenimento delle regole cautelari da parte del giudice è di per sé estraneo al principio di legalità*».

¹⁶⁷ Fra le più recenti riflessioni critiche generali sulla riforma e sul dibattito che ne è derivato, cfr.: D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 1 ss.; O. Di GIOVINE, *In difesa del cd. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *AP*, 2014, p. 1 ss.; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *RIDPP*, 2014, 3, 1176, p. 1186 ss.

della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»¹⁶⁸.

La disposizione riportata, come osservato da più parti, non brilla certo per rigore e per chiarezza¹⁶⁹, ma non appare corretto sostenere, come invece fatto in prima lettura, che la sua formulazione si risolve in una palese contraddizione. Nondimeno, per evitare che dalla lettera della novella possano ricavarsi soluzioni applicative incoerenti con lo scopo di contrastare il fenomeno della *medicina difensiva*¹⁷⁰, occorre chiarire il significato attribuibile al *rispetto* da parte del professionista delle *leges artis* accreditate e a quali condizioni ciò possa determinare un restringimento della tipicità colposa alle sole ipotesi colpa grave.

Ciò che a prima vista può apparire contraddittorio è che un esercente le professioni sanitarie possa agire colposamente... osservando determinate linee-guida¹⁷¹. Tuttavia, alla luce di quanto già osservato nei paragrafi precedenti, dovrebbe essere chiaro che l'aver agito rispettando le indicazioni contenute in norme precostituite non vale a escludere, di per sé, che la condotta possa essere giudicata inosservante in relazione ad un evento lesivo che si abbia provocato o concorso a determinare. Il problema interpretativo, piuttosto, consiste nel circoscrivere le ipotesi "colpa nonostante l'osservanza" riconducibili all'ambito applicativo della norma; ma per fare questo possiamo riferirci ai principi ricostruttivi indicati all'inizio del capitolo e, in particolare, ai casi in cui, come detto, non sembra né *possibile* né *adeguato* ridurre il campo delle regole cautelari rilevanti a quelle prestabilite da "linee guida" e "buona pratiche".

In taluni casi, abbiamo detto, l'operazione riduttiva non è possibile; e a questo proposito bisogna tenere presente due fattori. Da un primo punto di vista si osserva che, nonostante il crescente fenomeno della codificazione, vi sono ancora «interi territori della medicina non mappati da acquisizioni scientifiche definitive»; in essi, pertanto, non si

¹⁶⁸ Questa disciplina è stata oggetto di un'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano e respinta per manifesta inammissibilità dovuta a un vizio dell'atto di rimessione (C. Cost. 6.12.2013, n. 295, Rel. Frigo, disponibile in *DPC*, 9 dicembre 2013, con nota di G. L. GATTA): su di essa cfr. i contributi citati nella nota precedente e in quella successiva.

¹⁶⁹ Per tutti, A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *RIML*, 2013, 735, p. 736.

¹⁷⁰ In argomento, di recente: L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, cit., p. 1085 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

¹⁷¹ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *DPC*, 26 novembre 2012, p. 2 ss.

danno quelle «*evidences* su cui soltanto possono strutturarsi linee guida pienamente attendibili»¹⁷². Inoltre, e in secondo luogo, occorre considerare i limiti del potere precettivo assegnabile alle direttive espressamente indicate dalla riforma, le quali, se disponibili, consistono talvolta in indicazioni generiche, *elastiche* ed *eventuali*¹⁷³, in quanto tali inidonee a fornire precise regole modali¹⁷⁴. Come scrive ad esempio RISICATO, molto spesso «le linee guida non hanno (...) una reale efficacia vincolante o prescrittiva, dovendo necessariamente essere integrate dalle caratteristiche peculiari e irripetibili del caso concreto»; quindi, «ferme restando le notevoli potenzialità dell'istituto, appare probabilmente prematuro pensare che (...) possano rappresentare uno strumento in grado di ridurre a livello penalistico la discrezionalità del giudice o del consulente nell'individuazione della regola cautelare» violata dal sanitario¹⁷⁵. Entro la cornice fornita da tali discipline¹⁷⁶, insomma, può dover spettare all'agente l'individuazione della via corretta da seguire.

Fin qui, dunque, potremmo ipoteticamente chiamare in causa la nuova disciplina solo di fronte a casi di *colpa specifica* invero solo *apparente*.

¹⁷² A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 741; cfr. F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., p. 1234 ss.

¹⁷³ Perciò riconducibili alla categoria della norme *elastiche* (G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237) o *indeterminate* (F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 220 ss.). Cfr. ancora A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 743.

¹⁷⁴ «Le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista (...) si trovi a doversi addirittura derogare radicalmente»: così CP, IV, 29.1.2013 (dep. 9.4.2013), n. 268, Rel. Blaiotta, in *DPC*, 11 aprile 2013, § 9 (p. 15). Su limiti e vantaggi legati al ricorso a protocolli e linee guida, cfr.: 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, spec. p. 177 ss.; M. CAPUTO, «*Filo d'Arianna*» o «*flauto magico*»? *Linee guida e check-list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *DPC*, 16 luglio 2012.

¹⁷⁵ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, p. 24 ss.; analogamente, prima della riforma, F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., p. 1235.

¹⁷⁶ Sulla problematica riconducibilità delle linee guida alle «*discipline*» di cui all'art. 43 cpi, C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *RIDPP*, 2013, p. 250 ss., p. 273 ss. Sostiene da parte sua la Cassazione che le linee guida «non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica». Fra le ragioni per cui tali direttive non sarebbero in grado di offrire standard legali precostituiti ci sarebbero, da un lato, «la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida», e, dall'altro, «la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento privi della prescrittività propria di una regola cautelare (...)»: di nuovo, CP, IV, 29.1.2013 (dep. 9.4.2013), n. 268, cit., § 7 (p. 10) e § 8 (p. 14).

Le ipotesi a cui dovrebbe riferirsi la riforma *Balduzzi* sembrano però altre, ovvero quelle in cui l'ipotetica riduzione del "penalmente rilevante" alle sole regole precostituite apparirebbe *inadeguato*. Si tratta dei casi in cui il comportamento pretendibile dall'agente (secondo un parametro che lo rappresenti) risulta rispondente a una cautela più stringente rispetto a quella generalmente indicata di fronte a *casi analoghi*, cioè in relazione allo stesso *ambito di rischio*. Da queste ipotesi di ideale "concorso di norme"¹⁷⁷ andrebbero escluse quelle che in dottrina, in commento alla medesima riforma, sono state definite di concorso "apparente" e "cumulativo", ovvero quelle in cui «la portata preventiva della singola regola "codificata" (...) è incongruente rispetto allo specifico e concreto rischio» e quelle in cui non sia rispettata la prudenza o diligenza necessaria nel mettere in pratica la prestabilita norma di perizia¹⁷⁸.

L'estensione anche a tali ultime due categorie di ipotesi della delimitazione della tipicità alla sola colpa grave, più che apparire 'ontologicamente' scorretta, risulterebbe inconciliabile con quello che sembra essere il senso della nuova disciplina: riconoscere la *maggior difficoltà* o, se si vuole, la *minor esigibilità* sottesa all'adozione di una pratica inusuale e in questo senso "atipica", ma giudicata necessaria, *laddove già esiste* una regola di riferimento sulla quale l'agente dovrebbe poter fare relativo affidamento¹⁷⁹.

Così, di fronte ad un evento infausto che il medico avrebbe potuto cercare di impedire adottando una misura divergente dalle pratiche regolarmente suggerite, il giudice, soggettivizzando il giudizio di imputazione, dovrebbe ancora chiedersi: l'agente, alla luce delle particolari condizioni del paziente, dell'intervento di nuove variabili di rischio, ecc., avrebbe dovuto riconoscere la necessità di discostarsi dal percorso terapeutico generalmente e fino ad allora valido? Ovvero: il *medico-modello*, in quella specifica situazione, avrebbe seguito un itinerario alternativo¹⁸⁰? E allora, di nuovo: quali

¹⁷⁷ Ne abbiamo già visto un esempio esaminando il caso dell'ospedale *Principes de España* (*supra*, par. 3.1.1 e 3.1.2)

¹⁷⁸ A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 744 ss.

¹⁷⁹ In termini analoghi, ancora A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 746-7. Sul valore del "principio di affidamento" come criterio regolativo del tipo ci concentreremo nel prossimo capitolo, nelle cui conclusioni si coglierà forse meglio anche il senso di questa lettura della riforma.

¹⁸⁰ L'insostituibilità del parametro rispetto ad attività, come quella medica, non del tutto "procedimentalizzabili" è rilevata ad esempio da F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1294 ss., che però non manca di valorizzare la funzione di orientamento assunta dalle linee-guida, e così la loro idoneità a ridurre gradualmente l'indeterminatezza che affligge la colpa; cfr. al riguardo il recente contributo di M. CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario*, cit., p. 5 ss., spec. 53 ss.

qualità contraddistinguono l'*alter ego normativo* del professionista, quale modello consente di determinare la pretesa comportamentale obiettivamente esigibile (eventualmente divergente da ciò che vale *per lo più*) in relazione al caso concreto?

Tale giudizio, condizionato nella prassi dallo «spirito scienziato» che pervade la società contemporanea¹⁸¹ e dalle conseguenti, crescenti aspettative sociali nei confronti della medicina e di chi la pratica, comporta il rischio di anteporre l'istanza interventista alle garanzie del professionista. D'altronde, anche in questa materia occorre fare i conti con l'impossibilità di sottrarre la definizione della regola di condotta opportuna e doverosa ad una complessa ponderazione da compiersi caso per caso¹⁸². Neppure l'opportunità di ricorrere a *leges artis* – cioè a regole *standard* o se si vuole alle «*buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*» della nuova legge – esclude il dovere del professionista di scegliere fra percorsi diagnostici e terapeutici alternativi di fronte alle particolarità del caso clinico. Ma a garanzia dell'imputato, da un punto di vista difensivo, questo dovere di scegliere dovrebbe riflettersi nell'onere del giudice di valutare la riconoscibilità dell'occasione e di tutti gli elementi contestuali potenzialmente idonei ad indicare la via da seguire (pena, *versari in re illicita*)¹⁸³.

L'esplicito riconoscimento del valore *lato sensu* non scriminante dell'ossequio alle linee guida e alle “buone pratiche” e, dunque, della necessità, se del caso, di ricorrere a più stringenti norme di diligenza in relazione ad “ambiti di rischio” pur disciplinati mostra naturalmente pregi e difetti. Da un lato esso attenua i timori di un incentivo ad una certa “medicina difensiva”, giacché la scelta del medico di agire secondo i rassicuranti dettami del protocollo potrebbe non coincidere con l'interesse del paziente¹⁸⁴. Dall'altro, però, mette nuovamente in luce il problema di fondo, del tutto ignorato dalla novella: quale ruolo assume il sapere scientifico nella determinazione del comportamento

¹⁸¹ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 248.

¹⁸² Lo sottolineano a più riprese, tra gli altri, A. R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., *passim*, e F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., p. 1235 ss.

¹⁸³ Cfr. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 150 ss.; e ancora F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., p. 1236.

¹⁸⁴ Infatti, osserva C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare*, cit., p. 245, «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»; analogamente, sul rischio di incoraggiare la medicina difensiva per mezzo delle *guidelines*, 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.

doveroso? A *chi compete*, in ultima istanza, il giudizio sulla “credibilità scientifica” di una teoria o sulla adeguatezza di un metodo?

La questione ci riporta nuovamente al controverso ruolo del giudice. Come in punto di causalità, occorre definire e disciplinare la via del dialogo fra il “tecnico” e il giurista, fra il sapere specialistico e il diritto (penale). Non è quindi un caso che la Cassazione l’abbia affrontata richiamando espressamente i criteri indicati dalla citata sentenza *Cozzini*, teoricamente destinati a orientare l’attività del «custode del metodo scientifico» nel processo¹⁸⁵. Rispetto all’accertamento del nesso di causalità, però, lo scopo a cui tende l’indagine del *peritus peritorum* è qui differente¹⁸⁶: le conoscenze che deve considerare non sono destinate a fornire copertura *ex post* all’ipotesi accusatoria, ma a caratterizzare lo standard di diligenza dell’agente-modello al tempo della condotta, a fondare la definizione giudiziale della regola cautelare¹⁸⁷ e a fornire un parametro conoscitivo che consenta di circoscrivere – da un punto di vista non solo tecnico-scientifico ma anche *valutativo* – l’ambito di *punibilità* (di *rilevanza penale*) della sua inosservanza.

Ecco che, qualora il discostamento dalla *norma* (dal protocollo, dalla linea-guida o dalla “buona pratica”, in generale dalla *lex artis*), benché doveroso, appaia *più difficile* o *meno esigibile*, il rischio di attribuire in sede giudiziale un peso eccessivo alle istanze di tutela e alle aspettative provenienti dal corpo sociale può essere attenuato, come indicato nel *decreto Balduzzi*, dalla non punibilità della *colpa lieve*.

4.2.3. *Lex artis e dovere di diligenza in ambito medico. Regole cautelari “tipiche” (predeterminate) e “atipiche” (definibili solo in sede di giudizio)*. – Costituisce osservazione di buon senso, che qualunque professionista sottoscriverebbe in base alla propria esperienza, quella secondo cui, in campo medico, «solo in alcuni casi il rischio intrinsecamente correlato allo svolgimento di talune attività è “tipizzabile” con

¹⁸⁵ CP, IV, 29.1.2013 (dep. 9.4.2013), n. 268, cit., § 7 (p. 12). Si noti che il Consigliere relatore è il medesimo.

¹⁸⁶ Cfr. sul punto F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 162.

¹⁸⁷ Sui riflessi della riforma sul piano dell’accertamento, v. ancora C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo*, cit., p. 294 ss. Cfr. inoltre D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 268 ss., il quale corredando le proprie osservazioni con numerosi riferimenti alla più recente giurisprudenza, si mostra critico verso la prassi giudiziale di delegare l’intera valutazione sulla “colpa” (oggetto del processo) al parere dei consulenti tecnici.

riferimento ad una media statisticamente vagliata (c.d. rischio professionale *specifico*), mentre in altri – (...) la maggioranza – sfugge ad una previsione anticipata, scaturendo dalle peculiarità della vicenda concreta (c.d. rischio *aspecifico*)»¹⁸⁸.

Quando il tipo di rischio (decorsi eziologici attuali o potenziali) che il medico si trova ad affrontare corrisponde al modello di previsione contemplato da una *norma tecnica standard* (preferibilmente ma non necessariamente indicata da un protocollo) il dovere di diligenza può senz'altro coincidere con essa¹⁸⁹, e il giudizio in concreto si risolve nella valutazione – affidata comunque e inevitabilmente al giudice – relativa alla riconoscibilità dell'occasione (*Anlass*) di applicare quel determinato metodo diagnostico o terapeutico.

Tuttavia, in generale, l'inosservanza di un modello comportamentale “tipico” (cioè concepito ed eventualmente ‘codificato’ in relazione a situazioni *induttivamente tipiche*) «no supone todavía la infracción del deber de cuidado»¹⁹⁰, poiché, al contrario, «en ocasiones (situaciones atípicas), la vinculación a ese deber de cuidado puede requerir un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada en el caso concreto y recurrir al criterio de lo que haría el profesional prudente en una situación semejante»¹⁹¹.

Oltre che essere dotate di un consistente sostrato empirico, tali osservazioni hanno il pregio di suggerire *soluzioni criteriologiche generali* funzionali ad un recupero quantomeno parziale delle legittime aspirazioni ad un modello di colpa compatibile con il principio di legalità, ma non per questo piegato ad una rigida e totalizzante ‘procedimentalizzazione’ dell’attività professionale¹⁹².

¹⁸⁸ In questi termini (ricorrendo a nozioni utilizzate da DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Padova, 1955), A. R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 750-1.

¹⁸⁹ Si tratta dei casi nei quali «el contenido del deber de cuidado objetivo puede llenarse acudiendo a las reglas generales aplicables a casos “típicos” o semejantes», facendo cioè riferimento a quel «conjunto de reglas técnicas o procedimientos» che si è soliti denominare *leges artis* (C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 269; ID., *El tipo del delito de acción imprudente*, cit., p. 129.).

¹⁹⁰ «Aunque sí frecuentemente es indicio de ella» (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).

¹⁹¹ A. JORGE-BARREIRO, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, in *EPC*, 1989-90, 14, 137, p. 151; C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., II, p. 271-2; analogamente, più di recente, E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 146; M. A. RUEDA MARTÍN, *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*, in *InDret*, 4, 2009, p. 48 ss.

¹⁹² Procedimentalizzazione che, come detto, potrebbe incoraggiare il fenomeno della medicina difensiva (L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 26; C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare*, cit., p. 245; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., p. 140 ss.) e, se attuata in maniera troppo rigida, limitare la libertà di metodo di trattamento che deve essere garantita al professionista per consentire l'evoluzione e il

L'ultima situazione configurata – quella del doveroso discostamento dal modello comportamentale rispondente a *leges artis* – risponde sostanzialmente alle ipotesi di colpa “residuale” per le quali la *riforma Balduzzi* prevede oggi la punibilità della sola colpa grave. Poco fa¹⁹³, proponendo un'interpretazione oggettivistica della novella, si è detto che la sua *ratio* (o, meglio, una sua plausibile chiave interpretativa) potrebbe risiedere nel riconoscimento della *maggior difficoltà* o della *minor esigibilità* (già da punto di vista dell'agente-modello, poi anche dell'agente concreto) sottesa alla necessità di disattendere quelle regole di condotta *standard*, “buone pratiche” e linee guida (qualora, queste ultime, sufficientemente determinate e aventi funzione cautelare) sulle quali l'agente dovrebbe, in linea di principio, poter fare relativo affidamento¹⁹⁴.

Quest'interpretazione può essere ora meglio spiegata.

In taluni casi, si è detto, il dovere di diligenza può coincidere con modelli comportamentali corrispondenti a *leges artis*. Potrà dunque trattarsi di regole cautelari codificate e reperibili all'interno di linee-guida sufficientemente dettagliate aventi carattere precettivo¹⁹⁵; o di tecniche diagnostiche o terapeutiche dotate, a prescindere dalla forma scritta, di ampio e *tendenzialmente stabile* riconoscimento presso l'ambito professionale di riferimento (protocolli e “buone pratiche”)¹⁹⁶.

miglioramento delle pratiche mediche (C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., II, p. 269 ss.).

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*, 1995, 3, 193; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *DPP*, 1998, 6, 667; ID., *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *DP*, 2002, 2, 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; e C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., p. 288 ss.

¹⁹³ *Supra*, par. 4.2.2.

¹⁹⁴ Analogamente, di nuovo, A. VALLINI, *L'art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., p. 743 ss., spec. p. 747, il quale tuttavia valorizza i criteri dell'affidamento sulla norma precostituita e dell'esigibilità soltanto sul piano della *misura soggettiva* della colpa.

¹⁹⁵ Il problema dell'individuazione delle fonti aventi reale portata cautelare e disciplinare resta naturalmente aperto e particolarmente complesso. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si rinvia di nuovo ai recenti contributi di M. CAPUTO, *“Filo d'Arianna” o “flauto magico”?*, cit., p. 3 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., p. 273 ss., e A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 62 ss., 177 ss.

¹⁹⁶ In termini analoghi, A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *DPP*, 2013, 2, 216, p. 224.

Il concetto di *lex artis* – nell’accezione indicata poc’anzi¹⁹⁷ – indicherebbe quindi quelle stesse regole modali che secondo Fausto GIUNTA (ed altri¹⁹⁸), per ragioni di legalità, dovrebbero esaurire la gamma delle norme di diligenza, prudenza e perizia penalmente rilevanti. In entrambi i casi, qualora ci si riferisca a «estándar de conducta para situaciones prefiguradas»¹⁹⁹ o alle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»²⁰⁰, si fa comunque riferimento ad ipotesi di «rischio (...) “tipizzabile” con riferimento ad una media statisticamente vagliata»²⁰¹; ovvero a *regole cautelari predeterminate e dunque “tipiche”* sotto il duplice profilo sociologico e teleologico: norme di condotta – scritte e non – dotate di indubbio consenso e, di conseguenza, di un ambito di protezione predefinito dall’esperienza²⁰².

Quando in ragione delle peculiarità della vicenda concreta (c.d. rischio *aspecifico*)²⁰³ non siano disponibili modelli comportamentali ‘standardizzati’, piuttosto che rinunciare a priori all’intervento penale, ciò che si può proporre è di riferirsi, *generalizzandolo*, ad un criterio analogo a quello della «speciale difficoltà» – elemento di valutazione contemplato dall’art. 2236 del codice civile italiano²⁰⁴, noto alla

¹⁹⁷ Ma non così ricorrente nella dottrina penalistica. Cfr. ad esempio, fra i tanti, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 45 ss., dove il concetto di *lex artis* riflette quello sintetico e normativo di “rischio consentito”, indicando genericamente i margini di libertà di azione del medico (modello) in relazione alle circostanze del caso concreto; e C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare*, cit., p. 243, il quale identifica la regola dell’arte con la «migliore scelta terapeutica» nel caso concreto, lasciando così parimenti “in sospenso” il problema della concretizzazione del dovere di diligenza. All’estremo opposto si colloca l’opinione di J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, cit., p. 170, secondo il quale con *lex artis* potremmo solo riferirci, «allí donde existan, a máximas de reconocimiento general, sin que pueda venir determinada por la iniciativa individual del profesional al amparo de la libertad de método».

¹⁹⁸ In relazione alla colpa medica, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 256 ss., 264 ss. (spec. 268), e C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo*, cit., p. 268 ss.

¹⁹⁹ 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^a ed.), cit., p. 184.)

²⁰⁰ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., spec. p. 165 ss.

²⁰¹ A. R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 750-1.

²⁰² Sulla inevitabile dinamicità delle *leges artis*, specie in relazione all’attività medica, cfr. H. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 149; ID., *La imprudencia médica*, Valencia, 2001, p. 57 ss.

²⁰³ Di nuovo A. R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 750-1 (ancora con rinvio alla citata opera di DE MATTEIS, *La responsabilità medica*).

²⁰⁴ 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 oggetti di *dibatti 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.

giurisprudenza (anche se troppo spesso in funzione puramente retorica)²⁰⁵ e già adottato in prospettiva di riforma penale²⁰⁶ – o se si preferisce a quello della *esigibilità*, da intendersi però in maniera anzitutto *oggettiva*.

Chiaramente, come detto, basando la determinazione della diversa pretesa comportamentale su di un parametro generalizzante, si corre il rischio di assecondare le crescenti aspettative sociali nei confronti della medicina e di chi la pratica trasformando l'*ultima ratio* del sistema in un mero strumento di riparazione²⁰⁷. Ma è proprio in questi casi che, a beneficio dell'imputato e in ossequio al principio di sussidiarietà, dovrebbe venire in causa il criterio di *gravità*. Per quanto normativo e indeterminato possa essere, questo elemento di valutazione potrebbe spingere l'interprete – al quale volenti o nolenti il giudizio di colpa compete, ma sul quale ricadrebbe un corrispondente onere di motivazione – a valorizzare l'eterogeneità strutturale (dal punto di vista del destinatario della norma) della *colpa per mancato adeguamento ad aspettative di condotta parametrata ad un'agente ideale* (regole “atipiche”, ovvero *determinabili solo in sede di giudizio*) rispetto alla *colpa per violazione di regole “tipiche”* (*leges artis*).

La distinzione proposta, si badi bene, non coincide con quella (ampiamente nota in Italia, quasi sconosciuta in Spagna) fra “colpa generica” e “colpa specifica”²⁰⁸. Parte della dottrina ritiene che, anche in relazione a quest'ultima classificazione, il differente grado di reperibilità o riconoscibilità della norma possa tradursi in criteri di giudizio differenziati²⁰⁹. Ma la distinzione fra regole predefinite e non (in questo senso, volendo, “tipiche” e “atipiche”), a differenza della precedente, consentirebbe di valorizzare le forti analogie esistenti (sul piano per l'appunto della *esigibilità oggettiva* dell'adeguamento a diligenza) fra *regole scritte* e *norme di condotta ampiamente in “uso” nel corpo sociale*

²⁰⁵ E utilizzato in relazione al limite della “gravità”, qualora ritenuto applicabile alla colpa penale, *ex art. 2226 c.c.*: sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 736 ss.

²⁰⁶ Nel Progetto-Riz di riforma del Libro I del cpi (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*». V. al riguardo D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 255 ss.

²⁰⁷ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 152, 165.

²⁰⁸ *Supra*, par. 2.1.

²⁰⁹ Si fa riferimento al già citato contributo di 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 verifica della violazione della cautela prestabilita, basterebbe accertare la prevedibilità del pericolo.

o nel contesto professionale di riferimento (riconducendole ad un'unica categoria concettuale funzionale, come vedremo strada facendo, a definire in termini generali i margini della tipicità colposa).

La soluzione ricostruttiva abbozzata consentirebbe inoltre di attenuare in via analogico-interpretativa un'incongruenza della nuova disciplina *Balduzzi*. A ben vedere, la colpa grave potrebbe rappresentare il criterio minimo di imputazione non soltanto quando il medico abbia applicato erroneamente linee guida o buone pratiche (per violazione di una norma "atipica", avendone rispettata una "tipica"), ma anche quando, dovendo "navigare a vista", sia chiamato a rispondere a titolo di colpa generica *tout court*²¹⁰. Una difficoltà analoga a quella che può incontrare l'operatore di fronte alla (teorica) necessità di discostarsi da una pratica sulla cui generale validità *deve poter fare affidamento*, infatti, può sussistere anche quando *nessuna norma generalmente riconosciuta* indichi un possibile itinerario diagnostico-terapeutico da seguire.

4.2.4. *Colpa per imperizia e colpa professionale vs. colpa comune?* – Chiediamoci allora se la valorizzazione del *tipo di norma cautelare* violata e l'inclusione del criterio interpretativo di *gravità* dell'inosservanza sul piano tipico-soggettivo possano riguardare – *de iure condito* – qualsiasi ipotesi di colpa.

Uno dei maggiori aspetti critici della riforma *Balduzzi* consisterebbe nella disparità di trattamento tra la disciplina "di favore" applicabile agli esercenti professioni sanitarie e quella "comune" (prevista dal codice) applicabile a chiunque altro eserciti una professione e sia parimenti tenuto al (tendenziale) rispetto di determinate *leges artis*. A venire in rilievo, si è osservato, è «l'ineludibile 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»²¹¹.

Ulteriormente, l'ambito applicativo della recente disciplina – come già quello del regime civilistico di cui all'art. 2236 c.c. (che però si riferisce al «prestatore d'opera») –

²¹⁰ Cfr. C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *RTDPC*, 2013, n. 4, 51, p. 66.

²¹¹ A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., p. 225.

sarebbe limitato alle sole ipotesi di *imperizia*. Questa lettura è sostenuta sia in dottrina²¹² che nella prima giurisprudenza di legittimità in materia, 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*»²¹³.

Le questioni da affrontare, dunque, sono due e di diversa natura: da un lato, da un punto di vista politico-criminale (e probabilmente solo *de iure condendo*), occorre chiedersi se sia opportuno riservare una siffatta disciplina al solo ambito della colpa medica²¹⁴; dall'altro, sul piano concettuale e interpretativo (*de iure condito*), se sia possibile e fondato distinguere a tal fine l'imperizia dall'imprudenza e dalla negligenza.

Occupiamoci ora del secondo aspetto.

Per quale ragione, dunque, l'imperizia meriterebbe di per sé un trattamento privilegiato (almeno sulla carta) rispetto a casi ipoteticamente non riconducibili a detta nozione?

Nell'applicazione delle *regole dell'arte e della professione*, si potrebbe osservare, l'agente 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 di favore e della sua circoscrizione all'imperizia starebbe quindi l'esigenza di non inibire troppo l'operato del professionista gravandolo di eccessive cautele²¹⁵.

Dal carattere tecnico o professionale di un'attività può tuttavia derivare un'esigenza opposta a quella appena considerata: quella di indurre i destinatari delle norme ad un innalzamento della soglia di diligenza quando da essi dipenda la sorte di beni giuridici primari (prevenzione generale); e di impedire che continuino ad esercitarla quando abbiano dato prova di essere inidonei (prevenzione speciale).

Questa finalità mista general e special-preventiva spiegherebbe l'istituto della *imprudencia profesional* previsto dall'ordinamento spagnolo.

²¹² Ad esempio da: P. PIRAS, *In culpa sine culpa*, cit., p. 3; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., p. 66; e L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 28.

²¹³ CP, IV, 24.1.2013 n. 11493, Pagano (sulla scorta della nota sentenza n. 166/1973 della Corte Costituzionale relativa all'art. 2236 c.c.).

²¹⁴ 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 cfr. però M. CAPUTO, «*Agente modello*» e responsabilità per colpa in campo sanitario, cit., p. 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.

²¹⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 541.

Introdotta nel cpe del 1944, la figura in questione è stata fatta oggetto negli anni di numerose revisioni che ne hanno alternativamente ampliato e ristretto l'ambito applicativo. Riferibile inizialmente alle sole infrazioni commesse nell'ambito della *circolazione stradale*, con la riforma del 1963 – avendo evidenziato la dottrina la sostanziale iniquità risultante da un trattamento irragionevolmente differenziato²¹⁶ – assunse portata generale, finché l'ulteriore intervento legislativo del 1989 limitò la speciale modalità colposa ai soli casi di *imprudencia temeraria*²¹⁷.

Oggi l'istituto è applicabile alle fattispecie di omicidio, lesioni, aborto e lesione al feto (artt. 142.3²¹⁸, 146.2²¹⁹, 152.3²²⁰ e 158.2²²¹ cpe) 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)²²². Si noti quindi che la maggior gravità della *imprudencia profesional* non corrisponde ad un criterio idoneo a definire il limite inferiore della colpa punibile, indicando invece l'applicabilità dell'ulteriore aggravamento sanzionatorio ad un'*inosservanza comunque grave* (integrante un *delito imprudente*).

L'ipotesi aggravante ricevette in un primo momento automatica applicazione²²³. Tuttavia, col passare del tempo, la gravità delle conseguenze sanzionatorie previste dalla disciplina anteriore al 1995 indusse la giurisprudenza a distinguere fra “vera e propria” *culpa profesional* e “semplice” *culpa del profesional*. Quest'operazione ermeneutica si basò su suggerimenti provenienti dalla dottrina più sensibile al principio di colpevolezza, secondo la quale lo svolgimento di una data attività e la qualifica soggettiva dell'agente

²¹⁶ «No se alcanza el motivo de por qué otros profesionales, médicos, arquitectos o conductores de trenes, pongo por caso, no han de sufrir idénticas agravaciones en sus propias culpas, siendo así que en no pocas ocasiones los resultados de ellas son harto más catastróficos y espectaculares que las determinadas por vehículos a motor» (A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 542).

²¹⁷ N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»*, cit., p. 370 ss.

²¹⁸ «Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».

²¹⁹ «Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años».

²²⁰ «Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años».

²²¹ «Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años».

²²² Sulle varie questioni interpretative sollevate da siffatto regime sanzionatorio, di recente, P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 2013, p. 369 ss.

²²³ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 22.

non potevano ritenersi condizioni sufficienti a qualificare *professionale* la condotta colposa²²⁴.

La maggior gravità dell'infrazione avrebbe potuto tutt'al più ricavarsi dal carattere professionale della regola cautelare di volta in volta inosservata²²⁵. Si giunse così a ritenere che l'inosservanza del dovere di diligenza da parte del professionista potesse essere giudicata penalmente *profesional* soltanto quando, nel caso concreto, tale proprietà risultasse dal *carattere tecnico e specifico* della *lex artis* inosservata²²⁶.

L'aspetto rilevante, in questa sede, è che l'associazione fra *imprudencia profesional* e imperizia²²⁷ si è rivelata funzionale ad una progressiva emarginazione interpretativa della corrispondente disciplina sanzionatoria. La condizione del "carattere tecnico" della norma di condotta inosservata consente alla giurisprudenza di restringere sempre di più il campo applicativo del regime sfavorevole, andando ben oltre l'oggettività del *tipo di attività* e del *tipo di agente*²²⁸.

Tuttavia, se da un lato l'intenzione dell'interprete può apparire «lodevole»²²⁹, giacché avremmo altrimenti assistito all'espansione incontrollata di una responsabilità "da posizione", dall'altro il ricorso alla nozione di imperizia determina in realtà una

²²⁴ Sulla dottrina relativa alla disciplina previgente, nella quale al posto della attuale *imprudencia profesional* si consideravano la *impericia* e la *negligencia profesional*, cfr.: M. A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, *El problema de la lagunas "conscientes" y la jurisprudencia "creativa" a través de un ejemplo: la distinción entre culpa profesional y culpa del profesional*, in *PJ*, 1990, 18, 113, p. 114 ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, cit., p. 145.; B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 335 ss.

²²⁵ In relazione alla *imprudencia profesional*, la giurisprudenza spagnola suole ritenere «*imperdonable e indisculpable que una persona que pertenece a una profesión o a la actividad de que se trate y a la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica*» realizzi una condotta contraria a quelle stesse regole professionali: così, *ex multis*, STS, 22.4.1988 (riportata in J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 22); STS, 18.11.1991 (sulle trasfusioni di sangue infetto). Sulla "maggiore gravità" dell'infrazione dei doveri stabiliti da norme tecniche, con specifico riguardo alla medicina, cfr. C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 282. Contrario invece a ritenere l'imperizia, di per sé, "ontologicamente" più grave delle altre ipotesi di colpa, in Italia, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 886.

²²⁶ Di nuovo B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 336-7.

²²⁷ N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»*, cit., p. 373 ss., che sintetizza nei seguenti termini le condizioni richieste dalla costante giurisprudenza del *Tribunal supremo* al fine di applicare il regime sanzionatorio previsto per la colpa *profesional*: a) «en cuanto al sujeto activo, que realice los actos en el ejercicio de su profesión»; b) «respecto a la conducta, debe pertenecer a los actos que de manera habitual son exigidos y se practican ordinariamente por los profesionales del ramo»; c) en cuanto a la culpabilidad, es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional». Per una più particolareggiata e aggiornata indicazione di tali requisiti, cfr. la rassegna giurisprudenziale di 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., p. 586 ss.

²²⁸ Cioè oltre la «odiosidad de todo lo objetivo» (A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 547 ss.).

²²⁹ N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»*, cit., p. 370 ss.

situazione di incertezza ed esiti talvolta paradossali, consentendo non di rado di applicare l'interdizione dall'esercizio della professione – sanzione che può considerarsi persino più afflittiva dell'aumento di pena previsto dall'antecedente normativa²³⁰ – ad autori di condotte colpose ben lungi dall'apparire “professionali”²³¹.

La «relatività» della distinzione fra negligenza, imprudenza, imperizia è già da tempo segnalata 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»²³². In fin dei conti – concludeva Marcello GALLO – «data la struttura obiettiva delle qualifiche in esame [egli si riferiva a quelle indicate dall'art. 43 cpi], 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»²³³.

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 questi non sia in grado di applicare le conoscenze necessarie pur possedute; e, infine, quando non sappia cogliere l'occasione (*Anlass*) di utilizzare le medesime. Si potrebbe quindi concludere che tale elemento può essere riconoscibile praticamente in qualsiasi ipotesi di colpa in cui concorrano anche indizi di imprudenza o negligenza.

²³⁰ Cfr. N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»*, cit., p. 372; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 26-7; C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, II, cit., p. 282; P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, cit., p. 370-1. Dichiaratamente favorevole alla sanzione interdittiva, in quanto ritenuta dotata di una maggior efficacia preventiva, M. CORCOY BIDASOLO, *Prólogo a la segunda edición*, in *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Montevideo – Buenos Aires, 2013, XXVI.

²³¹ Come dimostra l'analisi giurisprudenziale compiuta da N. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia «profesional»*, cit., p. 373 ss.

²³² M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 641.

²³³ Con Marcello Gallo, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 216; analogamente, più di recente, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 542.

Torniamo ancora una volta all'ospedale *Príncipes España*. Come dovremmo qualificare le condotte colpose del Direttore e della Responsabile dell'ematologia? Seguendo Marcello Gallo, non troveremmo alcun ostacolo ad applicare all'imputata (la cui colpa venne ritenuta *leve*) il regime previsto oggi in Italia dalla *disciplina Balduzzi*, e al Direttore della medesima struttura l'aumento di pena della pre-vigente disciplina spagnola o la sanzione interdittiva applicabile dal 1995. Eppure, a conferma della evidenziata relatività, non pare si possa negare che quei comportamenti presentassero sul piano strettamente normativo (a prescindere dall'elemento psicologico) una buona, forse persino prevalente dose di imprudenza²³⁴. La decisione dipenderebbe quindi dalla benevolenza o dalla smania punitiva del giudice di turno²³⁵.

In fondo, come autorevolmente osservato anche nella dottrina spagnola, sembra davvero difficile pensare che i doveri inerenti all'esercizio di una professione, per quanto "tecnici", non facciano mai proprie norme di prudenza o diligenza²³⁶. L'imperizia sarebbe quindi categoria normativa soltanto 'indicativa' e in quanto tale incapace di fornire una qualificazione esaustiva di una concreta fattispecie colposa²³⁷.

4.2.5. *Prime indicazioni ricostruttive e conseguenze applicative.* – Nei paragrafi precedenti, prendendo le mosse dall'esame dell'orientamento dottrinale "prasseologico-positivistico" e svolgendo alcune riflessioni sulla vigente disciplina della colpa medica e della *imprudencia profesional*, si è cercato di individuare possibili criteri ricostruttivi ascrivibili ad un modello di colpa penale di tipo "deontico" compatibile con l'esigenza di legalità (di riconoscibilità *ex ante* della norma) e con quella di equità di giudizio.

²³⁴ Se intesa come «trasgressione di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute» (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 541).

²³⁵ Come già ricordato, mentre la *Audiencia Provincial* condannò entrambi gli imputati per *imprudencia temeraria* con l'aggravamento della pena dovuto alla qualificazione *profesional* della colpa (SAP Barcelona, 20.11.1989), il *Tribunal Supremo* confermò l'imprudenza *grave* solo a carico del Direttore escludendone il carattere *profesional*. «*La culpa profesional* – si legge nella STS, 18.11.1991 – *es equivalente a impericia porque descansa en el defectuoso cumplimiento de las reglas de la lex artis, si bien – si ammette – no se desconoce la a vecez difícil delimitación de los dos contenidos imprudentes*».

²³⁶ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., p. 24. Riprende la «tendencia hacia la desaparición de las llamadas imprudencias profesionales», sostenendo l'eliminazione della fattispecie di cui all'art. 447 cpe (*prevaricación imprudente* del giudice), J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *La imprudencia en la actividad judicial*, in *CDJ*, 2002, III, 101, p. 118 ss., 130.

²³⁷ «Nella realtà dei casi complessi – osserva commentando la *disciplina Balduzzi* O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. decreto Balduzzi*, cit., p. 6 ss. – 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».

In questa direzione, si è detto che in relazione all'inosservanza di uno *standard* di diligenza *tipico* nel contesto professionale (o sociale) di riferimento, la rilevanza penale o l'eventuale applicazione di un regime sanzionatorio sfavorevole (per le sole fattispecie colpose per cui è previsto) si giustificherebbero in ragione della disponibilità e, di conseguenza, dell'indubbia "esigibilità oggettiva" di una condotta conforme a diligenza. Qualora invece si contesti all'agente di non essersi adeguato ad un'aspettativa comportamentale di carattere "atipico" (cioè non riconducibile a *leges artis* o a prassi cautelari generalmente riconosciute), la rilevanza penale del fatto dovrebbe giustificarsi (e motivarsi in sentenza) ricorrendo ad argomenti che dimostrino una rimproverabilità paragonabile – normativamente *equivalente* – a quella riferibile alle inosservanze del primo tipo.

L'ipotetica adozione di un simile modello interpretativo – come si vede ancora in fase di costruzione – dovrebbe naturalmente tener conto delle ineludibili peculiarità di ciascun sistema positivo.

L'ordinamento italiano prevede attualmente due regimi: quello generale previsto dal codice (art. 43 cpi) e quello applicabile alla sola colpa medica (art. 3 co. 1, l. 8 novembre 2012, n. 189).

Per quanto riguarda il secondo, ipotizzando il superamento del limite tutto sommato relativo dell'imperizia, la sfida interpretativa fondamentale consisterebbe nel rimediare alla insoddisfacente limitazione della responsabilità per colpa grave ai soli casi in cui l'esercente le professioni sanitarie si sia erroneamente attenuto a linee-guida o a buone pratiche, giacché le medesime *difficoltà* operative potrebbero sussistere anche nel caso in cui si sia costretti ad agire senza l'ausilio di regole modali consolidate.

La disciplina del codice, dal canto suo, non indicando criteri orientativi a beneficio dell'interprete, potrebbe teoricamente prestarsi a qualsiasi ricostruzione generale. Se non fosse che il sistema prevede, ora, una disciplina speciale escludente in taluni casi la rilevanza penale della colpa medica lieve, si potrebbe persino ipotizzare l'adozione del modello interpretativo basato sulla distinzione fra regole *tipiche* e *atipiche* in relazione a qualunque ambito di responsabilità, ritenendo comunque grave (*i.e.*, penalmente rilevante) la violazione delle prime e punibile solo a determinate condizioni (quando

parimenti grave, sotto il profilo dell'esigibilità oggettiva) il mancata adeguamento alle seconde²³⁸.

Diverso è il discorso per l'ordimento spagnolo, dove il codice penale vigente distingue espressamente *imprudencia grave* e *imprudencia leve* sul piano della qualificazione del tipo di illecito (comunque punibile)²³⁹. *De iure condito*, quindi, il metodo di giudizio ipotizzato potrebbe soltanto assistere l'interprete allo scopo di distinguere i casi di *delito* (ed eventualmente di *imprudencia profesional*) a quelle di mera *falta*, e solo eccezionalmente il fatto colposo dal fatto non punibile²⁴⁰.

Va però di nuovo segnalato che il *Proyecto de Ley Orgánica* per un nuovo codice penale del 20 settembre 2013 prevede la depenalizzazione delle ipotesi di *falta*, perciò qualora la riforma venisse approvata, la "gravità" della colpa andrebbe a segnare in via generale il confine fra *illicito colposo* e *fatto inosservante penalmente irrilevante*.

4.3. Gli indirizzi deontici e la definizione della base nomologica di giudizio. Ulteriori riflessioni in materia di malattie professionali.

4.3.1. *Introduzione.* – Ritenendo opportuno mantenere il rimprovero per colpa anche in taluni fra i casi in cui non si può accusare l'agente di non essersi adeguato a regole modali codificate, 'usuali' o 'consuetudinarie', il nodo da cui occorre ripartire concerne l'individuazione di un parametro di giudizio idoneo a definire misura e caratteristiche della pretesa comportamentale "atipica" obiettivamente esigibile.

4.3.2. *La tesi della «migliore scienza ed esperienza».* – Come accennato all'inizio del capitolo, di fronte alla nota indeterminatezza dell'agente-modello, secondo alcuni autori la regola di diligenza andrebbe determinata in base al parametro della «migliore scienza ed esperienza» disponibile al tempo della condotta²⁴¹.

²³⁸ Ritengono irragionevole delimitare il campo applicativo di un regime come quello previsto dalla riforma Balduzzi al solo ambito della colpa dell'esercente le professioni sanitarie, fra gli altri: O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. decreto Balduzzi*, cit., p. 6 ss.; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, cit., p. 1193 ss., 1205 ss.

²³⁹ *Infra*, Cap. 6, par. 3.3.

²⁴⁰ Il *delito* di cui all'art. 267 cpe, ad esempio, è punibile soltanto a titolo di *imprudencia grave* («*Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos*»).

²⁴¹ La tesi – già sostenuta da F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 306, e T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212 – viene ulteriormente sviluppata nella recente monografia di M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., spec. p. 165 ss., 402 ss.

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»²⁴²; la *tipicità*, estranea a qualunque giudizio individualizzante, andrebbe definita da una regola cautelare, se disponibile, «uguale per tutti»²⁴³. 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»²⁴⁴. Sul piano politico-criminale, inoltre, l'impostazione sarebbe idonea a garantire il perseguimento di obiettivi di prevenzione generale. E su quello dei principi importerebbe un maggior rispetto del principio di tassatività, «riducendo il rischio che la intuizione del giudice si elevi a fonte di produzione di regole cautelari scientificamente non confermate»²⁴⁵.

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*»²⁴⁶. Il dovere di diligenza si concretizzerebbe nella cautela più stringente perché rispondente al sapere “elitario” o a quello più “progredito” al tempo della condotta, ovvero nell'obbligo di fare tutto il possibile alla luce delle «conoscenze umane di un dato momento storico»²⁴⁷.

L'aspetto maggiormente criticato della tesi in discussione è l'eccessivo innalzamento del livello di diligenza preteso, ciò che rifletterebbe un'esaltazione della funzione general-preventiva²⁴⁸ che nemmeno un aggiuntivo giudizio di colpevolezza parametrato sull'agente-modello permetterebbe di compensare²⁴⁹.

²⁴² M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 409-14.

²⁴³ In termini analoghi, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212, e M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 407.

²⁴⁴ M. GROTTI *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 402 ss.

²⁴⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 339-40; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 398.

²⁴⁶ M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 165-9; cfr. F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 306.

²⁴⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

²⁴⁸ F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, 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*, cit., p. 141-3, nota 35.

²⁴⁹ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 267.

Cominciamo allora a riflettere sulla funzionalità della soluzione proposta e del criterio così qualificato riprendendo il tema delle malattie professionali. Dato che si propone un parametro “tecnico”, chiediamoci ad esempio che cosa avrebbe potuto concludere un perito, poniamo negli anni ‘50 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.

Ebbene, siccome il nostro consulente si sarebbe trovato al cospetto di ipotesi scientifiche di generica pericolosità o di più specifica cancerogenicità (ancora) piuttosto isolate e bisognose di ulteriori riscontri, possiamo ragionevolmente immaginare che avrebbe adottato il criterio della “generale accettazione”²⁵⁰, 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.

Considerato che l’obiettivo della tesi in discussione è quello di conferire maggior determinatezza alla fattispecie colposa, è difficile pensare che fra le «migliori conoscenze nomologiche del tempo»²⁵¹ si possano includere anche quelle alla portata di «una sola persona»²⁵², sottratte in quanto tali a qualunque forma di controllo, verifica, ecc., da parte della comunità scientifica. Nemmeno un ipotetico «esperto universale» potrebbe prevedere la futura conferma di un’ipotesi bisognosa di ulteriori riscontri. Opinare diversamente significherebbe andare ben oltre la logica precauzionale²⁵³ o rischiare di confondere il giudizio di colpa con l’accertamento causale (che avviene al contrario sulla base delle *conoscenze attuali*)²⁵⁴. Pertanto, *dovendo mantenere un punto di vista rigorosamente ex ante sul conoscibile*, nell’ipotesi considerata l’utilizzazione del *solo*

²⁵⁰ Criterio adottato anche in giurisprudenza a partire dalla sentenza *Frye v. Unites States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), richiamata *supra*, Cap. 3, par. 3.2.

²⁵¹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

²⁵² Così invece M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 168-9.

²⁵³ Logica che sottende un’idea – l’incapacità della scienza di fornire soluzioni ai problemi che essa stessa produce – antitetica a quella assunta dall’orientamento qui criticato. Cfr. J. ESTEVEPARDO, *El Desconcierto del Leviatán*, cit., p. 100 ss., 125 ss., 151 ss.

²⁵⁴ Cfr. la replica di M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 415 ss.

sapere «confermato» o «più affidabile» finirebbe con l'escludere l'esistenza di una qualunque esigibile misura di prevenzione.

La maggior debolezza della teoria sembra quindi di carattere epistemologico. Considerando le ragioni strettamente penalistiche (conferire certezza e oggettività al fatto tipico colposo) che muovono i sostenitori di questa teoria, si ha cioè l'impressione che essa presupponga cripticamente una «immagine di scienza»²⁵⁵ troppo legata all'idea dell'inesorabile progresso e del lineare miglioramento delle conoscenze, al mito della oggettività del metodo scientifico²⁵⁶ e della uniformità dei suoi risultati²⁵⁷. Non ci si avvede, infatti, della «disagevole determinabilità della migliore scienza ed esperienza in molti settori dell'agire umano (...) oggetto di continua ricerca e di incessante sviluppo»²⁵⁸, e si pretende di *dedurre una norma di comportamento* (la più efficace) *da una selezione avalutativa del sapere rilevante* (il “migliore”).

Un simile atteggiamento, inoltre, si traduce in una rinuncia all'elaborazione di un parametro autenticamente normativo e in un abbandono al consenso vigente nella comunità degli esperti. La teoria della “miglior scienza” finirebbe col 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»²⁵⁹.

A difesa della soluzione in esame, si sostiene che essa conferirebbe coerenza alla categoria della colpa uniformando colpa generica e colpa specifica attraverso un

²⁵⁵ Come già in precedenza (*supra*, Cap. 4, par. 3.2.), si fa riferimento al concetto utilizzato da V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica*, cit., p. 22, nota 33 e *passim*; e analogamente da G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, cit., p. 90 ss.

²⁵⁶ V. di nuovo al riguardo 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.; e J. ESTEVE PARDO, *El Desconcierto del Leviatán*, cit., p. 21 ss.

²⁵⁷ «Specifiche visioni della scienza – scrive M. C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, cit., p. 341 – possono condizionare la qualificazione giuridica di un fatto o, viceversa, particolari modelli giuridici possono venire legittimati attraverso concezioni scientifiche con essi coerenti».

²⁵⁸ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 267.

²⁵⁹ V. ancora M. C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, 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 degli esperti del settore». Antitetico a questo è il modello di «co-produzione» (S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., spec. p. 79 ss.), secondo cui non solo il sapere specialistico influisce sui concetti del diritto, ma anche le tipiche esigenze di quest'ultimo si riflettono nella selezione del sapere scientifico (giuridicamente) rilevante.

medesimo parametro definitorio²⁶⁰. Eppure, come abbiamo visto, dell'incapacità da parte delle istituzioni pubbliche e degli organi competenti di predisporre regole di comportamento aggiornate alle più recenti conoscenze gli esempi non mancano: il divieto di utilizzare e commercializzare amianto, in Italia, arrivò soltanto con la l. n. 257 del 27 marzo 1992 (con almeno vent'anni di ritardo); e quando la *Generalitat de Catalunya* impose alle strutture sanitarie di analizzare il materiale destinato alle trasfusioni (*Orden* del 10 ottobre 1986) quei controlli erano già stati adottati da alcuni centri spagnoli.

Ma v'è di più. Qualunque norma codificata riflette inevitabilmente giudizi di valore o, se si preferisce, bilanciamenti di interessi. Tipico è caso delle disposizioni dettate da logiche precauzionali, frequentemente adottate nei protocolli sanitari²⁶¹ o in materia di sicurezza alimentare²⁶². Si può peraltro osservare che mentre in ipotesi di colpa specifica la “miglior scienza ed esperienza” sarebbe disponibile all'agente tramite una norma chiara e reperibile, in ipotesi di colpa generica ricadrebbe interamente sull'individuo l'onere di individuare detto *standard*.

Il parametro in discussione potrebbe forse apparire risolutivo se riferito alle migliori misure tecnologiche, consentendo ad esempio di sostenere che il sistema RSC (sistema della ripetizione continua dei segnali) è l'opzione più adeguata a garantire la sicurezza del trasporto ferroviario²⁶³. Però chiediamoci: l'ipotetica esistenza di sistemi tecnologici più recenti o ritenuti più sicuri in qualche altra parte del Mondo – già in dotazione o ancora in fase di collaudo – renderebbe il sistema RSC inidoneo a fissare la pretesa comportamentale riferibile alle Ferrovie dello Stato? A ben vedere, neppure in questo caso, neppure in relazione a misure tecnologiche che già riflettono acquisizioni scientifiche, il criterio in parola esime dal parametrare l'oggettiva esigibilità dell'adeguamento a fattori come il tempo, il luogo e la disponibilità di una determinata soluzione cautelare. Se ciò non avvenisse, se tali valutazioni non fossero compiute, qualsiasi evento diverrebbe ascrivibile andando alla ricerca di misure di sicurezza, metodi

²⁶⁰ M. GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 402 ss.

²⁶¹ Nella recente gestione dell'epidemia provocata dal virus ebola, ad esempio, le autorità sanitarie statunitensi hanno adottato misure preventive ben lontane dall'apparire una *diretta o automatica* derivazione delle migliori conoscenze disponibili (<http://www.cdc.gov/vhf/ebola/hcp/infection-prevention-and-control-recommendations.html>). Sulle linee-guida come modello di “co-produzione” fra scienza e diritto cfr. A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 215 ss.

²⁶² 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.

²⁶³ M. GROTTA, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 175-6.

di protezione, strumenti tecnologici, ecc., astrattamente migliori o più efficaci; ipoteticamente, si potrebbe persino arrivare all'assurdo di ritenere oggettivamente colposo (e risarcibile) un investimento provocato alla guida di un'automobile... non dotata della più recente versione di *ABS (Antilock Braking System)*²⁶⁴. Per non parlare poi dei pericoli per l'indipendenza del diritto che deriverebbero dall'adozione sistematica e generalizzata di "norme" (ancorché giurisprudenziali) che imponessero all'industria l'adozione di standard di sicurezza da individuarsi, di fatto, da parte della stessa industria²⁶⁵.

Tornando alla questione teorica e generalizzando la riflessione, il problema di fondo è che la *conoscenza* – specie quanto mutevole e controversa – non può tradursi in *azione* senza previa *valutazione*. Questo 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 norma²⁶⁶; ovvero quando abbandonò l'adeguatezza ottocentesca di von Kries – e il relativo criterio d'imputazione statistico-avalutativo legato all'astratta conoscenza delle leggi naturali²⁶⁷ – in favore della misura dell'adeguatezza sociale²⁶⁸ e del concetto misto assiologico-naturalistico di *rischio consentito (erlaubtes Risiko)*²⁶⁹. Il giudizio sul carattere doveroso di specifiche conoscenze e sulla esigibilità di determinate cautele o tecnologie circoscrive da allora un momento inevitabilmente valutativo, benché relativo ai risultati delle scienze empiriche ed afferente al fatto tipico²⁷⁰.

²⁶⁴ Salvo dover accertare, naturalmente, la "causalità della colpa" (o il "nesso di rischio").

²⁶⁵ J. ESTEVE PARDO, *El Desconcierto del Leviatán*, cit., p. 81 ss., 125 ss.

²⁶⁶ *Supra*, Cap. 2, par. 3.2.

²⁶⁷ Che però sembra proprio riemergere nella parole di T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 212.

²⁶⁸ H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 15. Si comprende dunque l'osservazione critica di M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., nota 35, che definisce «prewelzeliana» l'impostazione qui criticata; cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 181 ss.; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 167.

²⁶⁹ F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, cit., p. 100 ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., spec. p. 140 ss.; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 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*, cit., p. 80 ss., 340 ss., 533 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., p. 39; J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 2002, III, 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.

²⁷⁰ V. il bel saggio di D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 876 ss. E 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 *L&P*, 1997, 16, 4, 447, spec. p. 466 ss.

4.3.3. *La base nomologica di giudizio e le conoscenze “disponibili” all’agente modello. Osservazioni sulla genesi delle regole cautelari “atipiche” (definibili in sede giudiziale).* – Neppure il tradizionale ricorso al parametro dell’*homo eiusdem conditionis et professionis* appare tuttavia di per sé risolutivo.

«E’ ben noto – leggiamo nell’imponente contributo di Gabrio FORTI – come ogni valutazione di adeguatezza presupponga il riferimento a una “misura” nomologica e a “base” ontologica di giudizio». Lo abbiamo già visto all’inizio del capitolo, indicando i caratteri fondamentali del giudizio di prevedibilità *ex ante* secondo la dottrina dominante. «Da una certa conoscenza fattuale, si inferisce (...), per mezzo dell’applicazione di cognizioni nomologiche, una certa probabilità di verifica del risultato. E tale probabilità viene accertata tenendo conto della situazione di fatto conoscibile da un osservatore avveduto e da quella conosciuta dall’agente concreto, oltre che sulla base delle conoscenze nomologiche dell’osservatore avveduto»²⁷¹.

Sulla scorta delle vicende processuali in materia di malattie professionali e delle tensioni destrutturanti provocate dalle esaminate soluzioni giurisprudenziali²⁷², la dottrina italiana aderente a questo paradigma è tornata a più riprese sui singoli criteri ricostruttivi per riaffermarne la validità. La questione della definizione delle conoscenze scientifiche e delle misure tecnologiche doverose di fronte a *scoperte* e *innovazioni*, in particolare, è al centro del fondamentale contributo comparatistico di Giorgio MARINUCCI su *costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, nel quale – tra le altre – si difende questa tesi: 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*»²⁷³.

Questo “principio di diritto”, però, non sembra conferire alcun nuovo contenuto al già controverso *homo eiusdem conditionis*, riflettendo semplicemente e ancora una

²⁷¹ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 498-9, (note 335-6), 515 ss. (e nota 370).

²⁷² *Supra*, par. 3.2.

²⁷³ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 49-51. Sugli stessi temi affrontati da Marinucci, cfr. la l’impostazione mista assiologico-utilitaristica indicata nella prospettiva dell’analisi economica del diritto da J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?*, in *ADPCP*, 1996, III, 909, p. 917 ss., spec. 928 ss.

volta l'esigenza di stabilire, per l'appunto, quali siano le «conoscenze nomologiche dell'osservatore avveduto»²⁷⁴; e proprio perché non aggiunge nulla, rischia di risolversi in una tautologia: 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.

L'impossibilità di uscire dal circolo vizioso dell'agente-modello – cioè la massima espressione immaginabile di normativismo –, nonostante il garantistico ricorso al canone di legalità scientifica, si può cogliere tornando a riflettere sul caso del Petrolchimico di Porto Marghera. Per quale ragione, come sostenuto da Carlo PIERGALLINI, non poteva ritenersi «nella disponibilità dell'agente-modello (per quanto attrezzato come Montedison) un 'sapere' comunicato in congressi scientifici alla stregua di un'ipotesi sperimentale»²⁷⁵?

Gli elementi di valutazione sembrano due: uno naturalistico ed epistemologico, l'altro per l'appunto normativo.

Il primo: si trattava di indagini *sperimentali, pionieristiche*, quindi *non sufficientemente confermate*. Ma quale "grado di corroborazione" rende un'ipotesi scientifica *conoscenza doverosa* in un dato contesto e per un determinato tipo di agente? È davvero possibile fissare un momento esatto a partire dal quale, scientificamente parlando, un'ipotesi diventa "legge"?

Benché venga spesso chiamato in causa²⁷⁶, non sembra che la soluzione possa esserci fornita da POPPER. Qualunque trasposizione o decontestualizzazione acritica del suo pensiero sarebbe in quanto tale erronea e strumentale. Inoltre, lungi dal definire il livello di *consenso* sufficiente a confermare un'ipotesi scientifica (a renderla "legge" per la scienza), fu proprio Popper a sostenere che qualunque teoria, per quanto «corroborata», cioè sopravvissuta a successivi tentativi di «falsificazione» (controlli), resterà sempre una «ipotesi», una «congettura», un «tentativo»²⁷⁷. Senza considerare che l'idea di

²⁷⁴ Espressa nel citato lavoro di Gabrio Forti (1990).

²⁷⁵ C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1700.

²⁷⁶ Cfr. ancora C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1698.

²⁷⁷ K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 275 ss., spec. 311.

«demarcazione»²⁷⁸ potrebbe ritenersi del tutto superata dalla più recente filosofia della scienza²⁷⁹.

Ma ciò che non permette di stabilire, a meno di forzature, una relazione diretta fra canone epistemologico e dovere di diligenza è la stessa fondamentale ragione in base alla quale ci si oppone al parametro della “migliore scienza ed esperienza”: una cosa è la valutazione scientifica, altra cosa è quella giuridico-penale²⁸⁰.

D'altronde, ripensando al suggestivo caso catalano, neppure il Direttore del *Príncipes de España* era tenuto ad applicare una legge scientifica (*i.e.*, un sapere definitivamente confermato): il dovere di sottoporre il materiale destinato alle trasfusioni ai test sugli anticorpi discendeva da un'ipotesi ormai riconosciuta nella “cerchia degli esperti” ma non per questo definita una volta per tutte²⁸¹.

Resta quindi il piano propriamente normativo del giudizio, nel quale si può legittimamente continuare a sostenere che finché non sia “disponibile” una “legge scientifica” l'evento non potrà dirsi *ex ante* prevedibile e quindi nemmeno imputabile *ex post* a titolo di colpa²⁸². Ma si tratta di un dogma, di una petizione di principio, non di un argomento. A conferma della dimensione etica e non pseudo-empirica della colpa (per quanto *penale* e quindi soggetta a rigidi principi generali)²⁸³, in tempi non sospetti persino Gabrio Forti scriveva quanto segue: «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»²⁸⁴; e ancora: «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

²⁷⁸ K. R. POPPER, *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 188 ss.

²⁷⁹ E proprio dagli allievi di Popper: a Thomas S. Kuhn (T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), Chicago – London, 2012), ad esempio, si ispirano Silvio Funtowicz e Jerome R. Ravetz teorizzando il paradigma di «*post-normal science*» in contrapposizione a quello di *mainstream science* (v. J. R. RAVETZ, *The post-normal science of precaution*, cit., p. 348 ss.), dotando così di un possibile fondamento epistemologico il principio di precauzione.

²⁸⁰ Si tornerà a riflettere su questa questione *infra*, Cap. 6, par. 4.5 e 4.6.

²⁸¹ Tant'è che ancora oggi l'eziologia dell'*Aids* presenta notevoli zone d'ombra; e che a dispetto della presunta “universalità” della correlazione infezione-patologia, alcuni pazienti siero-positivi non sviluppano alcuna forma di immunodeficienza (*long-term non-progressors*).

²⁸² Una posizione simile, ma in relazione all'amianto, è stata assunta da F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1307, secondo il quale negli anni '70 il rischio di mesotelioma pleurico non sarebbe stato conoscibile «se non a livello di esperto universale».

²⁸³ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss.

²⁸⁴ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 463.

o almeno esporre ai suoi possibili effetti dannosi beni giuridici di valore proporzionato all'efficacia delle cautele adottabili»²⁸⁵.

Ciò che si manifesta – *non* una espressione di precauzionismo, e *nemmeno* un'adesione inconsapevole alla teoria della migliore scienza ed esperienza – è in realtà proprio il «ruolo della “figura modello” (...), concetto sintetico con il quale 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»²⁸⁶. E dato che spesso «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», un «primordiale atteggiamento di prudenza dettato da una meno analitica visione delle cose» potrebbe riacquistare legittimazione²⁸⁷.

Risulta insomma davvero difficile pensare che il parametro della “legge scientifica” possa ancora indicare la soglia del dovere di agire o di astenersi. Si tratta di un argine ‘garantistico’ epistemologicamente debole²⁸⁸. E l'ipotetica disponibilità di dati empirici certificati indicanti la sospetta o possibile cancerogenicità di una sostanza o di un prodotto²⁸⁹ non può lasciare insensibili o indifferenti (in questo il profilo etico della colpa) di fronte alla qualità del bene giuridico protetto e/o all'entità del rischio ipotizzabile.

La sfida, dunque, consiste nel cercare di stabilire entro che limiti e a quali condizioni una mancata attivazione al cospetto di conoscenze intrinsecamente incerte, o quantomeno non riconducibili all'idea di legge scientifica, possa essere ritenuta tanto *grave* da giustificare una sanzione penale.

5. Sintesi e conclusioni provvisorie.

Attraverso le riflessioni svolte in questo capitolo sul rapporto fra pretesa comportamentale e sapere specialistico, si è cercato di mostrare come di fronte ai limiti

²⁸⁵ *Id.*, p. 465.

²⁸⁶ *Id.*, p. 465.

²⁸⁷ *Id.*, p. 521.

²⁸⁸ Come abbiamo visto occupandoci dell'accertamento causale (*supra*, Cap. 3, *passim*).

²⁸⁹ Si pensi ad esempio alle categorie *IARC* (*supra*, Cap. 3, par. 3.2).

degli strumenti normativi generalmente proposti (agente-modello differenziato, prassi radicate nel contesto sociale e professionale di riferimento, cautele codificate) nemmeno il ricorso a parametri “esterni”, naturalistici e apparentemente oggettivi (cd. parametri tecnici) permette di definire “oggettivamente” i contorni del dovere.

Il giudizio di colpa si traduce nella valutazione circa il mancato adeguamento ad uno *standard* che spetta all’interprete determinare, senza che il ricorso al parametro della “legalità scientifica” possa realmente arginare l’influenza della logica precauzionale: il confine fra il sapere nomologico “corroborato e disponibile all’agente-modello” e quello “non confermato e congetturale”, infatti, è labile (certamente non è oggettivo); inoltre, nulla *a priori* impedirebbe di ritenere doverosa un’attivazione anche a fronte di segnali d’allarme scientificamente discutibili, quantomeno quando ciò corrisponda ad un’aspettativa di comportamento socialmente apprezzabile e normativamente traducibile (l’agente-modello)²⁹⁰.

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 procedimentalizzarne la vita di relazione e l’opportunità di tenere conto – non solo in senso favorevole all’agente – delle peculiari circostanze del caso.

Quando a venire in causa sia l’inosservanza di una regola codificata o “consuetudinaria” (tipica), occorrerà comunque chiedersi se l’occasione di ricorrere a quella norma di condotta fosse chiaramente riconoscibile, pena una paradossale ricaduta nella logica del *versari in re illicita*. Quando invece si ritenga che l’agente avrebbe dovuto adeguarsi ad una condotta parametrata ad una *Maßfigur* (determinabile solo in sede di giudizio, in questo senso “atipica”), dovendosi individuare un modello teorico compatibile con le istanze di legalità e colpevolezza (di riconoscibilità *ex ante* del confine fra lecito e non) e di equità di giudizio (per cui l’indisponibilità di consuetudini cautelari o l’inadeguatezza delle prassi adottate non può sempre tradursi in un alibi), bisognerà ricercare criteri di valutazione adeguati all’individuazione delle condotte punibili.

Un valido ma, certo, solo indicativo metodo ricostruttivo potrebbero consistere nel valorizzare l’eterogeneità strutturale della *colpa per mancato adeguamento ad*

²⁹⁰ Nella dottrina civilistica si è persino giunti a definire quella sul principio di precauzione una «questione bizantina» (R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil*, in *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, cit., 277, p. 296 ss.). Cfr. però, in Italia, l’ampia indagine di U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Trento, 2007 (<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/>).

aspettative di condotta parametrize ad un'agente ideale rispetto alla *colpa per violazione di regole "tipiche"* (scritte e non: protocolli, usi, consuetudini comportamentali, ecc.). Mentre l'adeguamento ad una norma positivizzata o di matrice prasseologica dovrebbe ritenersi tendenzialmente esigibile (sempre che i dati ontici contemplati dal relativo modello di prevenzione possano ritenersi riconoscibili), quando si tratta di valutare la punibilità del mancato adeguamento ad una misura di diligenza ideale occorre considerare la vaghezza del parametro normativo e l'indisponibilità di criteri orientativi a beneficio dell'agente. Dovrà trattarsi quindi, in questo secondo caso, di un'inosservanza di particolare gravità²⁹¹.

²⁹¹ *Infra*, Cap. 6.

CAPITOLO QUINTO

LA DIMENSIONE RELAZIONALE DELLA COLPA

1. Il parametro di diligenza e la ricerca di un criterio regolativo del tipo colposo. Il principio di affidamento?

Se la normatività della colpa, come si è inteso sostenere nel capitolo precedente, non si lascia facilmente imbrigliare da regole standard o da parametri tecnici, non ci resta che riprendere la questione relativa alla caratterizzazione della misura di diligenza su cui regge l'edificio dogmatico del *Tatbestand* colposo (e non solo¹).

Notevolmente indicativo delle difficoltà in cui incorre la dottrina al momento di determinare la norma di condotta la cui inosservanza può dar luogo a colpa è l'annoso e mai sopito dibattito alimentato dalle critiche della dottrina soggettivista². A chi ritiene di poter definire la pretesa comportamentale ricorrendo ad un parametro "generalizzante" tenendo conto delle eventuali "superiori capacità" o delle "speciali conoscenze nomologiche"³ (scontato che rilevino tutte quelle fattuali) del soggetto agente, si oppone l'osservazione secondo cui il riferimento ad una misura oggettiva elevata all'occorrenza dalle migliori qualità dell'individuo si tradurrebbe in un incoerente e strumentale

¹ La figura dell'osservatore esterno avveduto, come noto, viene espressamente o implicitamente evocata e chiamata a soccorrere l'interprete ogni qual volta si tratti di affrontare un giudizio *ex ante*, come quando ci si chiede se la condotta dell'agente abbia integrato gli estremi del *tentativo*, in materia di *cause di giustificazione* o in relazione alla scusabilità dell'*errore sulla legge penale (culpa iuris)*. Cfr. al riguardo i saggi di S. MIR PUIG, *La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*, in *ADPCP*, 1983, 1, p. 5 ss., e G. MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio «ex ante»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., II, p. 1097 ss.

² Sul punto, anche per ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca: G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 280 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, cit., p. 4 ss.; A. GIL GIL, *El delito imprudente*, cit., p. 123 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 441 ss. Sull'emersione di un analogo dibattito in seno alla risalente teoria della causalità adeguata, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, cit., p. 38 ss.

³ Così ad esempio: C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (3^a ed.), München, 1997, 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, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit., p. 257 ss., 408 ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, cit., p. 142; in Italia: M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 195 ss.; nonché da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 457 ss.

cedimento di tipo soggettivista⁴. L'importanza tutto sommato relativa della polemica, però, si coglie nella replica secondo cui quelle stesse caratteristiche individuali potrebbero a loro volta rappresentare, quando minimamente generalizzabili, una più elevata "misura oggettiva" e una nuova categoria di agenti-modello⁵. Così, prendendo un classico 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.

Un'importanza persino minore assumerebbe l'ulteriore dibattito concernente le "inferiori capacità" dell'agente concreto. Infatti, se per i soggettivisti esse dovrebbero poter comportare l'esclusione dell'illecito⁶, per gli oggettivisti potrebbero assumere comunque rilevanza sul piano della colpevolezza, risolvendosi la questione in una scelta di collocazione sistematica sostanzialmente irrilevante sul piano penalistico (ma non priva di effetti su quello riparatorio)⁷.

⁴ Sul punto, di recente (nel tentativo di conciliare prospettiva finalista e funzionalista), 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.

⁵ Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 196, e C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 267; ancora in relazione alla responsabilità medica, di recente, cfr. M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 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, invece, 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 *Maßfigur* e *principio di affidamento*.

⁶ Cfr. i contributi di G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione delle misura di diligenza nel delitto colposo*, in *RIDPP*, 1986, p. 635 ss., e di J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, in *ADPCP*, 1984, 2, p. 321 ss. Ambizioni soggettivizzanti unite ad una peculiare impostazione sistematica che rinuncia all'*homo eiusdem conditionis et professionis* ma ricorre al parametro del «miglior agente» (qualcosa di simile al parametro discusso *supra*, Cap. 4, par. 4.3.2) sono espresse inoltre nel più recente studio di A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, spec. p. 147 ss.

⁷ Questo qualora si acceda alla tradizionale bi-partizione fra illecito e colpevolezza, fra misura oggettiva e soggettiva della colpa (anche adottando una sistematica tripartita): cfr. E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 155, 193 ss., 205 ss., 215 ss., 240-3; e D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 448-9, 456-7. Ma il discorso non cambia, almeno nella sostanza, qualora ci si attenga ad una bi-partizione interna all'elemento oggettivo fra *tipo oggettivo* e *tipo soggettivo*: cfr. ad esempio la costruzione 'neo-finalista' di J. L. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, *Sobre la consideración de los "conocimientos especiales" del sujeto en el juicio objetivo de peligro*, cit., p. 646 ss., e quelle 'normativiste' di M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 145 ss., F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., p. 286-8, e C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, 2012, p. 151 ss.

Benché la trascendenza pratica delle questioni cennate possa talvolta rivelarsi consistente⁸, assumere un punto di vista astrattamente dogmatico o un approccio ingenuamente analitico-descrittivo – come se la *Maßfigur* fosse una *realtà* e non una semplice, fittizia rappresentazione di un non meglio definito *dover-essere* – condurrebbero inevitabilmente in un vicolo cieco. Del resto, come abbiamo visto nel capitolo precedente, all'interno della stessa dottrina “oggettivistica” convivono posizioni in linea teorica nettamente eterogenee ma all'atto pratico talvolta molto simili o comunque incapaci di definire la regola cautelare la cui inosservanza renderebbe colposa la condotta⁹. Disquisire di innalzamento o di abbassamento del livello di diligenza esigibile rispetto alle conoscenze dell'agente-modello, quando queste ultime risultano a loro volta difficilmente identificabili, potrebbe talvolta sembrare persino un non-senso.

Ripartiamo allora da questo punto: la dottrina del Novecento avverte che anche adottando una misura oggettiva di diligenza occorre procedere per differenziazioni progressive. 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*, ma il ricorso ad un ipotetico agente-modello indifferenziato non potrebbe adattarsi alle innumerevoli articolazioni della vita relazionale e alle sempre più numerose differenziazioni tra tipi sociali e professionali esistenti¹⁰.

Nasce così la figura dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*¹¹, metafora della misura di diligenza indispensabile nelle relazioni o «nei traffici»¹² che a differenza dei vecchi parametri dell'uomo accortissimo, del *pater familias*, dell'*homo diligens*, dell'uomo medio, ecc.¹³, sta ad indicare le particolari capacità e conoscenze «che è ragionevole presumere in ogni individuo a seconda della sua posizione ed estrazione sociale»¹⁴, in relazione cioè al tipo di attività, al settore di vita, e alla professione di volta in volta in considerazione.

⁸ C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 266.

⁹ Cfr. di recente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 454-5.

¹⁰ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 198; G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 296 ss.

¹¹ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit, p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, p. 194 ss.

¹² H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 7 ss., spec. 15 ss., 18.

¹³ Cfr. però F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1296.

¹⁴ G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 298 ss. (corsivo non originale).

A questo punto però, lamentano di nuovo i “soggettivisti”, una volta che si inizi a differenziare a seconda della categoria professionale, della cerchia sociale, ecc., diventerebbe difficile porre un *limite* al processo di concretizzazione tracciando un confine fra illiceità e colpevolezza colposa¹⁵.

Nondimeno, alla base del passaggio dall’agente-modello indifferenziato al parametro normativo differenziato sarebbe riconoscibile un principio normativo capace di indicare quel confine. Si tratterebbe 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»¹⁶. Posto infatti che «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 (...)»¹⁷.

2. Il “principio di affidamento” nella teoria del reato colposo.

2.1. L’ambigua emersione del criterio dell’affidamento nell’esperienza tedesca.

L’introduzione nel dibattito penalistico dell’espressione *Vertrauensgrundsatz*, alla cui eredità si è appena fatto riferimento, si deve al contributo di Hermann GÜLDE, il quale nel 1938, in pieno nazionalsocialismo, pubblicò un articolo intitolato *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrecht (Il principio di affidamento come criterio-guida – o come idea ispiratrice – del diritto della circolazione stradale)*, nel quale si discuteva sull’opportunità di imporre o meno a ciascuno il dovere di mettere in conto le eventuali inosservanze commesse dagli altri partecipanti alla

¹⁵ 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. CASTRONOVO, *La colpa penale*, cit., p. 516 ss. (517).

¹⁶ G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 307 (citando letteralmente DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, p. 140).

¹⁷ «(...) 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). Cfr. di recente F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica*, cit., p. 11.

circolazione stradale. A tale questione, che non poteva che riverberarsi sull'*estensione* o sul *quantum* del dovere di diligenza richiesto al singolo agente, l'autore tedesco diede una soluzione di segno negativo, riconoscendo dunque la generale facoltà di presumere che ciascun altro si sarebbe attenuto ai propri doveri, a meno che un'inosservanza non fosse *nota* oppure *riconoscibile*¹⁸.

L'origine dottrinale dell'espressione *Vertrauensgrundsatz* ha dato vita ad un lungo e intenso dibattito sul "fondamento" ideologico e assiologico del principio che da lì è andato diffondendosi. Nell'ottica della società tedesca degli anni '30, infatti, la presunzione di diligenza sottesa al *Vertrauensgrundsatz* apparve a taluno la coerente traduzione di un *principio d'ordine*. Attendarsi il contrario, si osserva, avrebbe potuto significare «postulare negli altri componenti della collettività non già l'osservanza delle norme, ma esattamente il suo contrario, *id est* la loro violazione»¹⁹. Dalla tutela dell'aspettativa, quindi, sarebbe stato possibile estrapolare un messaggio pedagogico, un'intimazione all'osservanza che si sarebbe tradotta, a beneficio dei soli soggetti ottemperanti, in corrispondenti limitazione del dovere personale.

Il sospetto che dietro al criterio limitativo in cui si sostanzia il principio dell'affidamento si nasconda qualcosa di molto più 'semplice' e già noto (anche negli anni '30) dovrebbe sorgere però non soltanto da considerazioni relative alla natura e alla traduzione dogmatica del *meccanismo normativo* sotteso all'espressione coniata in tempi più che sospetti da Gülde, ma anche e soprattutto dalla funzionalità che ad esso venne assegnata fin dall'inizio.

Come risulta dalle più attente indagini sui profili storici dell'istituto²⁰, una sorta di legittimo affidamento iniziò ad essere riconosciuto dal *Rechtsgericht* già nella seconda metà degli anni '20. Ai conducenti con diritto di precedenza (ma si badi bene, solo in

¹⁸ H. GÜLDE, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrecht*, in *JW*, 1938, 2785, p. 2786, citato da M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 12-4, il quale 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 (...)».

¹⁹ Ancora M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p.12, nella sua lettura del contributo di Gülde. Cfr. sul punto K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, Berlin, 1980, spec. p. 33, 120 ss.

²⁰ In particolare, in ordine cronologico, gli studi di K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 20 ss., 53 ss., M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 11 ss., e 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. 37, 41 ss.

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. Una spinta decisiva verso il riconoscimento in termini generali della facoltà di fare affidamento sulla diligenza degli altri conducenti arrivò però dalla dottrina²¹. Nel suo famoso contributo agli scritti in onore di Frank, si chiedeva EXNER in che misura potesse essere contrario al dovere di diligenza il fatto di riporre affidamento nella condotta corretta dei terzi²²: l'atteggiamento restrittivo mantenuto dalla giurisprudenza al di fuori del 'diritto di precedenza', a suo giudizio, non soltanto non comportava una maggior sicurezza della circolazione stradale, ma impediva soprattutto che 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 caso²³.

Solo più tardi, con la promulgazione della *Reichsstraßenverkehrsordnung* (RStVO) del 1934²⁴, alcuni autori, tra i quali Gülde, iniziarono a criticare l'atteggiamento tenuto dalla giurisprudenza non per ragioni di carattere funzionale (come fece Exner), ma perché vi si coglieva un'espressione di sfiducia e, paradossalmente, una forma di protezione dell'individuo anche quando si rivelasse un pericolo per comunità, da cui la necessità di accogliere e adottare un *principio di affidamento* (*Vertrauensgrundsatz*) di matrice nazionalsocialista²⁵.

Ferma la funzione normativa del principio – giunto sostanzialmente inalterato fino ai giorni nostri –, a questa sua illusoria concezione nazionalsocialista²⁶ possono opporsi quantomeno due rilievi. In primo luogo, contrariamente all'opinione espressa allora dallo stesso Gülde, una norma (di condotta e di giudizio) il cui effetto è quello di delimitare il dovere di ciascuno in relazione ai possibili 'errori' dei consociati potrebbe benissimo

²¹ V. in particolare K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 28 ss.

²² F. EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 579 ss.

²³ *Id.*, p. 580 ss.

²⁴ Sulla quale v. K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 20 ss.

²⁵ H. GÜLDE, *Auf dem Wege zu einem nationalsozialistischen Straßenverkehrsrecht*, in *JW*, 1935, p. 1464 ss. (come citato e commentato da M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 38-9).

²⁶ Che può forse ricordare altre «brevi illusioni» di quel periodo: cfr., sul principio di inesigibilità, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 126 ss.

esprimere *non* una concezione organicistica dello Stato e della comunità, *bensì*, al contrario, un canone socialmente anti-solidaristico²⁷, anti-paternalistico e quindi in fin dei conti politicamente e giuridicamente liberale²⁸; cioè la norma tendenziale secondo cui lo Stato *non può imporre l'altruismo, ma tutt'al più sanzionare (anche penalmente) soltanto certe forme dannose o pericolose di egoismo*²⁹. Sul piano funzionale, inoltre, il fatto che un siffatto principio sia emerso in quegli anni a disciplina di quella attività e di quella materia non deve sorprendere. Proprio allora, la circolazione stradale iniziava a dimostrarsi un contesto relazionale intrinsecamente *rischioso*, un susseguirsi potenzialmente (e frequentemente) lesivo di contatti *anonimi* che occorreva disciplinare per consentirne il corretto e regolare svolgimento³⁰.

Con ciò, si badi bene, non si intende semplicisticamente stabilire, peraltro *a posteriori*, un legame automatico e diretto con la categoria del *rischio consentito*, o quantomeno non si vuole (né si potrebbe) sostenere che il *Vertrauensgrundsatz* ne rappresenti una voluta, 'dogmaticamente' consapevole e storicamente fondata derivazione. Solo con il fondamentale passaggio compiuto da Welzel – e cioè con il parziale spostamento della problematica della colpa dalla colpevolezza al fatto tipico³¹ – *erlaubtes Risiko* (nato nella teoria dell'adeguatezza), dovere di diligenza (ai tempi di Gülde, ancora generalmente concepito come una forma di colpevolezza) e *Vertrauensgrundsatz* finiranno con l'incontrarsi nel medesimo elemento dogmatico³².

²⁷ M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974, p. 63.

²⁸ Cfr. infatti, di recente, M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., spec. p. 247 ss.

²⁹ Cfr., *mutatis mutandis*, le recenti di riflessioni di A. CADOPPI in tema di *Omissione, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, cit., p. 1336.

³⁰ «In un contesto siffatto – ha scritto M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 52 – 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 predeterminazione di norme astratte di comportamento e la tutela delle aspettative (...) da esse geneticamente derivanti può compensare».

³¹ Si rinvia per ulteriori riferimenti alle riflessioni retrospettive contenute nel Cap. 2.

³² H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 17 ss.; analogamente, più tardi, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 684 ss. Cfr. invece G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334, nota 34, che ipotizza l'idoneità del principio di affidamento ad escludere la rimproverabilità della condotta colposa illecita in circostanze in cui non appaia esigibile un adeguato controllo da parte del capouquipe nei confronti dei singoli collaboratori.

Vero è, però, che sullo sfondo della progressiva statuizione, consolidatasi con la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 12 luglio 1954³³, di un limite *astratto* al dovere di diligenza consistente nell'autorizzazione a confidare sul presumibile atteggiarsi delle variabili (comportamentali) circostanziali, si vede chiaramente quello stesso principio (nato nella società industriale del XIX secolo) secondo cui lo svolgimento di un'attività intrinsecamente rischiosa (comportante cioè pericoli astrattamente prevedibili) può essere consentito... finché diventi concretamente riconoscibile o prevedibile, in base alle conoscenze nomologiche di un osservatore esterno e alla luce di *determinate circostanze di fatto*, la verifica di un evento lesivo.

2.2. (segue) *Sul fondamento assiologico-dogmatico del principio nella dottrina contemporanea.*

Il confronto dottrinale sul 'fondamento' teorico-giuridico del principio, dell'idea o del criterio dell'affidamento sconta, ambiguità persino maggiori di quelle riguardanti la sua presunta matrice ideologica.

Fra le costruzioni che attribuiscono al principio di affidamento un autonomo rilievo, si distingue anzitutto la cd. *teoria del premio*, in base a cui della facoltà di fare affidamento sulla correttezza del comportamento dei terzi – facoltà da cui deriva un affievolimento del dovere personale – potrebbero beneficiare soltanto coloro i quali abbiano tenuto a loro volta una condotta diligente³⁴. Questo punto di vista, se espresso in questi termini, va respinto per due fondamentali ragioni. Primo: perché contraddittorio, giacché è proprio all'affidamento che si assegna la funzione di definire il carattere diligente o negligente della condotta tenuta dall'agente³⁵; la correttezza del contegno di ciascuno, in altri termini, non può essere stabilita *a priori*, ma proprio in relazione alle concrete circostanze del caso. Secondo: perché qualora ci si volesse riferire soltanto al

³³ BGH 7, 118, su cui cfr. ancora: K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 72 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 42 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 46 ss.

³⁴ V. gli altri autori citati da M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 120 ss., 157.

Incerta appare in particolare la posizione di K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 120 ss., il quale pur sostenendo la tesi indicata nel testo, oltre a non riconoscere all'affidamento il carattere di "principio", vede nella sua operatività il riflesso di una «ragionevole distribuzione del rischio», avvicinandosi dunque a quella ulteriore corrente che, come stiamo per vedere, riconosce nell'affidamento un'espressione del rischio consentito (*op. ult. cit.*, p. 184 ss.).

³⁵ Analogamente, M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 157-8.

rispetto di norme di condotta pre-definite o regolamentarie (potremmo dire “tipiche”³⁶), come il rispetto della ‘precedenza’ o del corretto senso di marcia, si cadrebbe nella logica (oggi inaccettabile) del *versari in re illicita*, potendosi fondare l’imputazione dell’evento sulla mera violazione di un precetto o di una regola cautelare senza che fra infrazione ed evento (ivi compresa la condotta del terzo), in ipotesi, sussista alcuna diretta relazione di rischio³⁷.

Un autore, in Italia, tentando di conferire al principio di affidamento un ancoraggio autonomo e ‘superiore’ che lo liberasse definitivamente dall’eredità del passato e che lo affrancasse 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, ha sostenuto Marco MANTOVANI, sarebbe in grado generare in ciascuno una previsione per cui, nell’entrare in relazione con gli altri consociati, teoricamente e fino a (riconoscibile) prova contraria, questi si atterrano alle norme prudenziali la cui violazione comporterebbe, *ex art. 43 cpi*, una responsabilità penale per colpa³⁸. Infatti, «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»³⁹.

La tesi illustrata appare invero abbastanza debole, e ciò non soltanto per il riferimento vagamente strumentale a principi troppo generali per poter offrire un reale “fondamento” all’istituto in esame, ma anche perché espressione di un metodo

³⁶ *Supra*, Cap. 5, par. 4.2.3.

³⁷ V. infatti K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 130 ss., spec. 147. Per la critica indicata nel testo, cfr. invece: C. ROXIN, *Strafrecht* (2^a ed.), cit., 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, *Der Vertrauensgrundsatz bei arbeitsteiligem Verhalten*, Aachen, 2002, p. 141; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 120 ss.

³⁸ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 454; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *RIDPP*, 1997, 1043, p. 1057.

³⁹ M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, cit., p. 1057. 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: fundamento y consecuencias dogmáticas*, in *RDPCP*, 2000, n. e. 1, 93, p. 95-7.

ricostruttivo del ‘sistema’ di tipo logico-deduttivo e di marca tecnico-giuridica di per sé inidoneo a “dimostrare” la validità o la invalidità di una norma. Ma al di là della questione normologica e metodologica, possiamo chiederci: sarebbe davvero in sé contraria al dovere di osservare le leggi o al principio di uguaglianza formale una disciplina che imponesse di verificare *sempre e comunque* che i consociati con cui si entri in contatto adempiano alle norme di diligenza di propria competenza?

Un simile ipotetico canone orientativo, specie se rivolto ai consociati mediante la minaccia di una sanzione penale, sarebbe non già di per sé “illegittimo”, ma probabilmente inutile (le virtualità negativamente e positivamente general-preventive della colpa penale sono ancora tutte da dimostrare... mentre sono note quelle criminogene⁴⁰), poco realistico, ma soprattutto contrario a quel concetto misto assiologico-naturalistico (liberale) a cui ci si rivolge abitualmente per giustificare in termini dogmatici la liceità delle attività *rischiose ma socialmente utili*⁴¹. È in base ad esso, infatti, che l’ordinamento consente di porre in essere condotte dalle quali possono derivare (secondo l’*id quod plerumque accidit*) eventi lesivi di beni giuridici penalmente tutelati, quantomeno finché le condizioni in cui si svolge non si rivelino concretamente tali da suggerire all’agente “avveduto e coscienzioso” di fermarsi, di proseguire in altro modo o di attivarsi ulteriormente al fine di evitare o quantomeno di ridurre il rischio che si verifichino eventi pregiudizievoli⁴².

⁴⁰ Ci si riferisce di nuovo al fenomeno della *medicina difensiva*.

⁴¹ Cfr. ancora V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., spec. p. 8 ss., e M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 308 ss.

⁴² La riconduzione del *Vertrauensgrundsatz* al *genus* dell’*erlaubtes Risiko* risponde ad una posizione dominante nella dottrina in lingua tedesca (cfr. H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 16 ss., 19; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, cit., p. 58 ss., spec. 59; B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, cit., p. 719; di nuovo K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 184 ss., 209 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht* (2^a ed.), cit., p. 897 ss.), autorevolmente rappresentata anche nella letteratura in lingua spagnola (fra tutti: C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., I, p. 285; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 171, 327 ss., 333; M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 323 ss., 326), ma accolta anche in Italia (cfr. di recente 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 «con ogni probabilità il corollario più significativo – nella materia del reato colposo – del carattere personale della responsabilità penale sancito dall’art. 27, comma 1, Cost.»).

Per alcune puntuali ma non dirimenti (ovviamente a parere di chi scrive) rassegne critiche, cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 67 ss., spec. 74 ss., 82-7, e B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 105 ss.

Il concetto di *rischio consentito*, come noto, di per sé non dice nulla sulla condotta da tenere nel caso concreto. Il suo significato in relazione alla tipicità penale è di tipo assiologico, stando a indicare la possibilità di svolgere determinate attività “socialmente utili”, e così certi margini di libertà individuale, nonostante il potenziale (astrattamente prevedibile) sacrificio di beni giuridicamente penalmente tutelati⁴³. Per la valutazione in ordine alla *liceità* della singola condotta, come abbiamo visto⁴⁴, occorre rinviare a più concrete valutazioni da compiersi caso per caso.

Per le medesime ragioni, appare altrettanto plausibile la riconduzione del principio di affidamento al *principio di autoreponsabilità* (o di *responsabilità per fatto proprio*)⁴⁵. Tale ricostruzione non appare alternativa alla precedente, bensì ad essa complementare⁴⁶. Benché in effetti, come si è osservato, «en los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza, el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural», ma «con la idea de que en principio (...) nadie debe ser hecho responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero»⁴⁷, 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 (*rectius*, normative) o naturali – che consente di porre in essere attività intrinsecamente rischiose senza doversi continuamente preoccupare di ciò che potrebbe astrattamente accadere⁴⁸.

⁴³ Chiari, sul punto, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, cit., p. 80 ss., 533 ss., e O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 383-5.

⁴⁴ *Supra*, Cap. 4.

⁴⁵ In Germania, G. STRATENWERTH, *Arbeitsstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in P. Bockelmann – W. Gallas (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, 383, p. 390 ss.; più di recente, H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, *passim*; cfr. W. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., p. 185 ss., 218 ss., 234 ss. In Italia e Spagna, cfr. le eterogenee costruzioni normativiste di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., spec. p. 85 ss., 485 ss., e M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 146 ss., 170 ss., spec. 184 ss.

⁴⁶ C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., I, p. 286; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 403.

⁴⁷ B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 106; concorde M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 171, nota 317.

⁴⁸ 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.

Mentre il rischio consentito ‘classico’ riflette la necessità di bilanciare libertà di azione e tutela dei beni giuridici nella “società del rischio” (industriale, post-industriale e tecnologica), il principio di affidamento «está estrechamente relacionado con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en la que impera el reparto de trabajo y funciones»⁴⁹. Ma anche nel secondo caso, a ben vedere, si tratta di operare la medesima ponderazione tra valore positivo dell’attività e protezione dei beni giuridici⁵⁰, solo che il rischio (l’incognita) con cui occorre fare i conti, come detto, non è di carattere *naturalistico* bensì *normativo e relazionale*.

In sintesi, dunque, mentre il riferimento al rischio consentito consente di evidenziare il bilanciamento fra interessi confliggenti in contesti relazionali, la sua riconduzione al principio di responsabilità per fatto proprio permette di valorizzare (a fini, però, più che altro esplicativi) la ragione tipicamente inter-soggettiva del limite astratto e provvisorio posto al dovere di diligenza come criterio ascrittivo e orientativo, cioè il modo di operare dell’affidamento alla stregua di un «canone di distribuzione della responsabilità per colpa nel concorso di una pluralità di centri produttori di un medesimo evento dannoso»⁵¹.

Entrambe le astrazioni dogmatiche risultano peraltro compatibili con la posizione generalmente assunta dalla dottrina italiana⁵², secondo la quale, come abbiamo visto⁵³, il principio di affidamento rifletterebbe null’altro che il concetto sintetico-normativo di agente-modello, ovvero 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,

⁴⁹ B. J. FELIÓ SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 108.

⁵⁰ Cfr. W. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., p. 73-7.

⁵¹ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 185.

⁵² 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.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 549 ss.

⁵³ *Supra*, par. 1.

con il quale entreranno in rapporto, avrà *rivelato* di appartenere»⁵⁴. Torneremo però su quest'ultima ricostruzione alla fine del capitolo.

2.3. La configurazione dottrinale del “principio di affidamento”: definizione, operatività, limiti.

Quella “sovrapposizione dogmatica” cui si è fatto riferimento introducendo questo lavoro⁵⁵ si materializza non a caso nel criterio normativo che stiamo esaminando. Infatti, sia che lo si concepisca come «pietra angolare della tipicità colposa»⁵⁶ all'interno di una “classica” concezione bi-partita dell'elemento soggettivo (posizione maggioritaria in Italia⁵⁷, ma diffusa anche nella letteratura in lingua spagnola⁵⁸), sia che gli si attribuisca la funzione di caratterizzare un primo livello di imputazione nel più ampio spettro dell'imputazione oggettiva dell'evento (impostazione più frequente in Spagna⁵⁹, ma difesa anche in Italia⁶⁰), sia infine che si adotti una posizione ‘laica’ coniugando entrambe le prospettive⁶¹, il cd. principio di affidamento individua comunque un limite “mobile” e “relativo” al dovere di diligenza relazionale⁶², stabilendo che ciascuno, di norma, può agire contando sul fatto che gli altri membri della collettività si siano adeguati, si stiano adeguando o si adegueranno alle norme di diligenza di rispettiva competenza.

⁵⁴ 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, cfr. di nuovo il saggio di B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 98-101, e i più recenti contributi di 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 *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, cit., 245, p. 246 ss.

⁵⁵ Si rinvia di nuovo ai Capitoli 1 e 2.

⁵⁶ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 282 (l'incisiva espressione è stata letteralmente riprodotta di recente anche in CP, IV, 8.10.2009, n. 46741, che esamineremo tra poco).

⁵⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 549 ss.

⁵⁸ Cfr. ad esempio C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I cit., p. 284-9, e II, p. 277-9; e S. F. ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, cit., p. 19 ss.

⁵⁹ M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 327 ss.; M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 323 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 315 ss., spec. 405.

⁶⁰ Cfr. A. CASTALDO, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 921 ss.; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 201 ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 780 ss.

⁶¹ Come sembrano fare B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 132 ss., e O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., spec. p. 373 ss.

⁶² Ricorrono a questa terminologia, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*; e D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 329 (entrambi debitori del contributo civilistico di F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996).

Tale “regola” subirebbe tuttavia alcune “eccezioni”.

Sul limite deducibile dalla *teoria del premio*, in base al quale della facoltà di fare affidamento non potrebbe beneficiare chi per primo non abbia tenuto una condotta diligente, già si è detto che esso, oltre ad apparire contraddittorio, giustificerebbe attribuzioni di responsabilità basate sul mero *versari in re illicita* (potendo mancare il necessario “nesso di rischio” fra la violazione riscontrata e l’evento pur cagionato o non impedito)⁶³. E su questo la dottrina appare ormai generalmente concorde⁶⁴.

Ulteriormente, l’affidamento dovrebbe cedere di fronte alla concreta riconoscibilità di “indizi” o di “segnali” che indichino all’agente che i terzi con cui interagisce non si sono attenuti o non si sapranno attenere alle rispettive norme di diligenza. L’autorizzazione a confidare nell’altrui correttezza, in altri termini, verrebbe meno ogni qual volta sia dato constatare la presenza di spie rivelatrici, di indizi inequivoci, concreti e specifici, del fatto che le regole cautelari siano state o stiano per essere disattese⁶⁵.

Pochi autori, però, si spingono fino al punto di concludere che la riconoscibilità dell’altrui convergente negligenza coincide di fatto con la concreta rappresentabilità/prevedibilità dell’evento. In questa prospettiva, come pure è stato sostenuto, dato 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 riconoscibilità⁶⁶, anche sul piano interazionale, in definitiva, i casi dubbi andrebbero decisi attraverso i consueti criteri della teoria della colpa⁶⁷. Il principio di affidamento,

⁶³ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 329 ss.

⁶⁴ Anche se non mancano autori che ritengono invece inapplicabile l’affidamento a chi versi *in re illicita*: cfr. ad esempio C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, cit., I, p. 286, e J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 175 ss.

⁶⁵ Cfr. per tutti: 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.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 550; 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, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 324 ss.; B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 119 ss.; M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 404-5.

⁶⁶ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 285.

⁶⁷ Oltre a G. 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 *IP*, 2009, 195, spec. p. 205.

quindi, delimiterebbe il dovere di diligenza dei consociati finché non siano riscontrabili *circostanze tali da far prevedere la violazione del terzo e, quindi, in via mediata l'evento*. L'impressione, però, è che al fondo dell'atteggiamento restio a riconoscere la sostanziale (peraltro coerente) coincidenza fra *colpa relazionale* e *colpa in generale* si nasconda in realtà un equivoco di fondo. Non si considera, cioè, che attraverso il ricorso al concetto e al criterio di prevedibilità non ci si suole – o non ci si dovrebbe – più riferire ad una prognosi basata sull'*id quod plerumque accidit*, ampiamente dimostratasi priva di una portata euristica e selettiva sufficiente a fungere da criterio di imputazione giuridica⁶⁸, ma ad un giudizio *ex ante*, legato a determinate *cognizioni di tipo scientifico o esperienziale* e alle *circostanze di fatto conosciute dall'autore e a quelle conoscibili o riconoscibili da parte un agente-modello nelle medesime condizioni di quello reale*⁶⁹.

Fra queste circostanze, oltre ai fattori di rischio naturalistici, possono rientrare anche le convergenti condotte altrui. Indicando nella riconoscibilità della condotta inosservante del terzo una “eccezione” alla “regola” dell'affidamento, pertanto, non si fa altro che riproporre e avvalorare il criterio fondamentale 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 «mediata dalla prevedibilità [*rectius*: riconoscibilità] del comportamento inosservante altrui»⁷⁰.

Dall'accoglimento di questa impostazione – che chi scrive condivide – dovrebbero discendere almeno due corollari: la conferma della riconducibilità dell'affidamento alla categoria del *rischio consentito*, con la particolarità della variabile normativa umana (la condotta presumibilmente diligente del terzo); e 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

⁶⁸ Cfr., *supra*, Cap. 2, par. 2.3 e 3.2.

⁶⁹ 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 y cualificación por el resultado*, cit., p. 101-3; nonché in argomento, di recente, di M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 161-2, il quale osserva che «aunque no se pone en duda que la confianza pueda verse limitada cuando resulta especialmente previsible la conducta incorrecta del tercero, se entiende que la razón por la que se reconoce la posibilidad de confiar no se encuentra en la falta de previsibilidad de las conductas incorrectas de los terceros, pues hay numerosas conductas incorrectas que son previsibles, incluso conforme a la normal experiencia, frente a las cuales, por diferentes razones, no se excluye o no se debe excluir la posibilidad de confiar» (corsivo non originale).

⁷⁰ M. C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, cit., p. 205.

distribuzione del rischio (*gerechte Risikoverteilung*)⁷¹ – ragionevole perché funzionale al riconoscimento di un certo grado di libertà di azione a ciascun individuo – e delle relative responsabilità, qualora 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 deve cedere di fronte alla riconoscibile imprudenza o negligenza dei terzi con cui si entri in contatto (perché, appunto, ciò rende in via mediata prevedibile l'evento), ma non indica né giustifica di per sé i concreti margini normativi dei “doveri primari” facenti capo a ciascuno – quelli su cui ciascun altro dovrebbe poter fare a sua volta legittimo affidamento – rispetto all'eventuale insorgenza di “doveri secondari” di impedimento o di riduzione del rischio ovvero all'assegnazione *ab initio* di veri e propri obblighi relazionali di controllo e vigilanza⁷².

A questa questione risponderebbe il terzo “limite” tradizionalmente opposto all'operatività dell'affidamento: la titolarità di una posizione di garanzia.

L'orientamento tradizionale, autorevolmente sostenuto in dottrina⁷³ e ampiamente accolto in giurisprudenza⁷⁴, è per negare che il garante, in quanto tale, possa legittimamente contare sulla condotta diligente del terzo “garantito”⁷⁵. 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»⁷⁶. Fra la ragione che sottende e giustifica l'obbligo di garanzia, ovvero l'incapacità del garantito di adottare cautele idonee all'autotutela da

⁷¹ K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 184 ss., spec. 185-7, 209 ss.; analogamente, più di recente, B. BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlin, 1996, 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”.

⁷² In argomento, di recente e con specifico riguardo all'attività medico-chirurgica, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., spec. 31 ss., 74 ss.

⁷³ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 284, 600, nota 132; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 550; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *RIDPP*, 2009, 536, p. 546.

⁷⁴ Cfr. in Italia: CP, IV, 3.6.1999, n. 12115; CP, IV, 22.10.2008, n. 45698; CP, IV, 8.10.2009, n. 46741.

⁷⁵ Cfr. invece B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 123 ss., il quale fa riferimento non già a soggetti garantiti bensì a soggetti *non imputabili*.

⁷⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 600-1.

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 logica incompatibilità.

Per buona parte della dottrina più recente, però, una soluzione così «drastica» andrebbe abbandonata, giacché impedirebbe di «considerare le diversità presenti nelle situazioni sottostanti all'emersione di una posizione di garanzia»⁷⁷ 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 – si è osservato – 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»⁷⁸. 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 autonomamente⁷⁹. Qualora quindi «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»⁸⁰. «Con independencia de que su inicial relación con el riesgo se refleje en una posición de garante de control o en una posición de garante de protección», in generale, il soggetto dovrebbe essere chiamato a occuparsi e a rispondere solo in relazione a «aquellos aspectos

⁷⁷ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 447.

⁷⁸ Così, M. MANTOVANI, *Colpa e preterintenzione*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 198, p. 235.

⁷⁹ Così, ad esempio, «quien señala debidamente un foso no responde si un paseante descuidado cae en él; no responde, en general, quien deja determinadas cosas o aparatos en un contenedor de basura con las que se lesiona después alguien al manipularlas de modo descuidado (...), siempre que no existan indicios de que se trata o podría tratarse de personas no responsables o de que los sujetos en cuestión, a pesar de todo, van a emprender el acto que puede lesionarles» (M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 324-5).

⁸⁰ Di nuovo, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 447.

o manifestaciones del riesgo que gestiona él mismo o que surgen de su propio ámbito de actuación»⁸¹.

Ritenendo che l'assunzione del ruolo di garante impedisca *sic et simpliciter* l'operatività di un qualsivoglia affidamento, del resto, si incorrerebbe nell'errore di confondere *obbligo impeditivo* e *dovere di diligenza*, fra i quali sussiste un rapporto non già di intersecazione bensì di presupposizione logica⁸².

3. Il progressivo accoglimento del “principio” da parte della giurisprudenza spagnola e italiana.

3.1. La disciplina della circolazione stradale e il difficile abbandono del paradigma della culpa in re ipsa.

Quanto osservato in termini generali in relazione ai limiti concreti della facoltà di confidare nella condotta diligente dei terzi – la concreta riconoscibilità di “indizi” fattuali che non la giustifichino – si riflette chiaramente nelle modalità argomentative con cui la giurisprudenza spagnola e quella italiana hanno prima disatteso e poi progressivamente accolto il principio di affidamento come criterio di giudizio in materia di colpa stradale.

L'esclusione della possibilità di contare sulla convergente condotta corretta dei terzi è stata sostenuta in entrambe le esperienze applicando “alla lettera” le (apparentemente) restrittive norme di prudenza dettate dalle rispettive leggi statali, ritenendo di potervi riconoscere la norma generale secondo cui ciascun partecipante al traffico stradale avrebbe *dovuto prevedere* le imprudenze altrui.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, un ostacolo al recepimento del *Vertrauensgrundsatz* è stato ravvisato dagli interpreti nella disposizione secondo cui «*los conductores de vehículos deben ser dueños en todo momento del movimiento de los mismos y están obligados a moderar la marcha y, si preciso fuera, a detenerla, en donde lo ordene la Autoridad competente, cuando las circunstancias del tráfico, del camino, de la visibilidad o de los propios vehículos, prudencialmente, lo impongan para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios*» (art. 17,

⁸¹ M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 403-4.

⁸² F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., spec. p. 96, 101-4.

Código de la Circulación in vigore dal 25 settembre 1934, ma già contenuto nella disciplina prevista dal *Real decreto* del 23 luglio 1918⁸³).

L'idea espressa per lungo tempo e con rarissime eccezioni dalla giurisprudenza spagnola 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 del singolo utente della strada⁸⁴. Con cadenze argomentative del tutto analoghe a quelle caratteristiche della dottrina della *culpa in re ipsa* (secondo cui, come già ricordato⁸⁵, per imputare un evento lesivo a titolo di colpa sarebbe bastato riconoscervi la concretizzazione del rischio che la norma di diligenza positivizzata presumibilmente violata mirava a prevenire', senza necessità di alcun giudizio *ex ante* parametrato alle concrete circostanze del caso e volto a definire la "vera" regola cautelare doverosa), si giungeva sistematicamente a sentenze di condanna giustificate *a posteriori* dalla *velocità eccessiva* del conducente che avesse investito il pedone in attraversamento⁸⁶ 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 incrocio⁸⁷.

L'atteggiamento della giurisprudenza cominciò a cambiare all'inizio degli '60 del secolo scorso⁸⁸. Riflettendo una rinnovata sensibilità della dottrina⁸⁹, si iniziò col mettere in discussione la portata incondizionata del citato art. 17, ammettendo che richiedere al conducente il mantenimento di una velocità tale da poter dominare sempre e comunque

⁸³ Oggi l'art. 17 del *Real Decreto* n. 1428 del 21 novembre 2003, che adotta il *Reglamento General de la Circulación*, stabilisce al *apartado* 1 che «*Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos o animales. Al aproximarse a otros usuarios de la vía deberán adoptar las precauciones necesarias para la seguridad de los mismos, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, invidentes u otras personas manifiestamente impedidas*».

⁸⁴ Tra le più indicative eccezioni, v. la STS, 7.5.1934 (citata da M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 322), nella quale si legge che «*el procesado, provisto del correspondiente permiso, conducía un automóvil a velocidad moderada, llevando su derecha, y la víctima del suceso se desvió hacia el centro de la calle en movimiento que la sentencia declara imposible de esperar por parte del conductor*», risultando «*claramente que el resultado era inevitable mediante el empleo de una diligencia normal*».

⁸⁵ *Supra*, Cap. 4, par. 2.1.

⁸⁶ Per esempio, come in numerose altre sentenze, nella STS, 14.6.1932 (RJ 1932, 2054).

⁸⁷ Per altri riferimenti si rinvia all'indagine di M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 61 ss.

⁸⁸ M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 73 ss.

⁸⁹ V. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 262, il quale senza fare alcun cenno al "principio de confianza" 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 sarebbe sempre concluso con una sentenza di condanna) ma se l'agente «*debió o no verlo*» nel caso concreto.

il proprio veicolo avrebbe significato pretendere «*un exceso de previsión incompatible con el desarrollo normal del tráfico*»⁹⁰. 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 «*probables o próximos a la realidad*»⁹¹; per quanto restrittivamente potesse essere interpretato, infatti, non si poteva obbligare «*a prever y evitar la imprudencia máxima de los demás*»⁹².

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.

In relazione al caso di un'automobile che aveva investito un ciclomotore che non aveva rispettato il diritto di precedenza, ad esempio, la STS del 30 gennaio 1961⁹³ stabilì che, benché l'imputato stesse viaggiando a gran velocità, egli «*no tenía obligación alguna de prever que [il conducente della motocicletta] iba a salir de la plazoleta para irrumpir por donde él conducía, ya que – puntualizarono i giudici – la esencia de la culpa reposa sobre las previsiones de conductas prudentes y no de las imprudentes ajenas, que al interferirse rompan el nexo causal*». Questa stessa *ratio decidendi* si incontra in numerose altre sentenze di quel decennio, espressioni del “nuovo” principio di diritto secondo cui la 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)⁹⁴.

Il primo espresso richiamo al *principio de confianza* avvenne nella STS del 11 novembre 1963⁹⁵. Il *Tribunal supremo* fu chiamato 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 (perché avendo visto il veicolo fermo nel mezzo della strada, si osservò, avrebbe dovuto prevedere la

⁹⁰ STS, 28.6.1962 (RJ 1962, 3082).

⁹¹ STS, 2.11.1963 (RJ 1963, 4416).

⁹² STS, 21.1.1964 (RJ 1964, 290).

⁹³ RJ 1961, 239 (citata da M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 75).

⁹⁴ Sottolienea che «la disminución de la previsibilidad objetivo-subjetiva habrá de tenerse en cuenta a la hora de valorar la imprudencia como grave o como leve, pero no en sede de causalidad como a menudo se ha hecho por la jurisprudencia (...)», J. ÁLAMO MORANTE, *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, Barcelona, 2012, p. 183 ss., 186. Sulla diffusione delle teorie della “causalità giuridica” nell'esperienza spagnola, *supra*, Cap. 2, par. 2.3.

⁹⁵ RJ 1963, 4489.

manovra e ridurre la velocità in base all'art. 17 CCir), il TS 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 ciclomotorista 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 – leggiamo nella sentenza – era quello della *«confianza ajustada a la normalidad del tráfico, según el cual, todo partícipe en la circulación rodada, respetuoso de los demás usuarios (...) puede esperar también lo mismo de los restantes participantes, sin que deba pues, contar con el comportamiento antirreglamentario de los últimos, ya que en estos casos de riesgo socialmente útil y habitual (...) el deber de cuidado no puede ser medido de un modo tal que del beneficio de la seguridad absoluta del tráfico resulte el mal de su total paralización»*.

Anche in Italia il maggior ostacolo all'accoglimento del principio di affidamento in materia di colpa stradale viene tradizionalmente individuato 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 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285).

Più che una presunta *voluntas legis*, però, l'atteggiamento della prevalente giurisprudenza riflette la mancata 'assimilazione' dei risultati raggiunti in dottrina da almeno cinquant'anni, la quale – come visto – rileva che 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 caso⁹⁶. Quando alla produzione dell'evento concorrano circostanze esterne alla condotta dell'agente, come già si è detto, 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 pregiudizievoli delle interazioni sociali, quindi, dovrebbe sussistere

⁹⁶ *Supra*, Cap. 4, par. 2.1.

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 – difficile da abbandonare, in Italia, per la forte influenza esercitata dall'impostazione di Francesco ANTOLISEI⁹⁷ nella cultura penalistica dell'attuale magistratura – è invece quella di adottare la “massima” secondo cui la condotta imprudente del terzo consentirebbe di escludere la responsabilità dell'agente soltanto quando *del tutto eccezionale o assolutamente imprevedibile*, idonea in quanto tale – ma più che altro in teoria – ad “interrompere” il nesso causale (*ex art. 41 cpv*)⁹⁸.

Tutto ciò, però, si traduce in una pseudo-valutazione complessivamente presuntiva di questo tipo⁹⁹: il Codice della strada prescrive la «*massima prudenza*» al fine di evitare incidenti e, 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* (*i.e.*, tale da consentire di 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*)¹⁰⁰.

Agli stessi risultati raggiunti dalla giurisprudenza spagnola (ma con alterne vicende) a partire dagli anni '60¹⁰¹, adducendo le medesime ragioni giuridiche e materiali,

⁹⁷ Sulla quale ci si è non a caso soffermati nel Cap. 2, par. 2.3, al quale dunque si rinvia.

⁹⁸ 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. Torneremo però sul punto occupandoci del settore della sicurezza nei luoghi di lavoro.

⁹⁹ Cfr. fra le tante pronunce: CP, IV, 28.3.1996, n. 4257; CP, IV, 18.10.2000, n. 12789; CP, IV, 3.6.2008, n. 26031; CP, IV, 24.9.2008, n. 41029, in *DeJure*. Per una più ampia rassegna v. la nota a sentenza di R. RUSSO, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *CP*, 2010, 9, p. 3201 ss.

¹⁰⁰ Ciò riflette un modello di giudizio analogo a quello notoriamente difeso nell'ormai risalente contributo di M. DUNI, *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui (in margine all'XI Convegno delle Commissioni giuridiche dell'ACI)*, in *RGCT*, 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 penetrante e ampia riflessione critica sulla tesi di Duni, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 215 ss.

¹⁰¹ Fra le tante pronunce (citare da B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 136-7, nota 113): STS, 27.1.1965, Rel. Quintano (secondo cui non è esigibile «*la previsibilidad de conductas imprudentes ajenas*»); STS, 4.5.1968, Rel. Cid («*Por muy exigente que se quiera ser con los conductores de vehículos de motor, no puede obligársele a que prevean todas las infracciones que temerariamente o con infracciones de reglamentos cometan los demás*»); STS, 17.4.1978, Rel. Díaz Palos (ciascun utente della strada «*tiene derecho a esperar de los demás un*

è giunta però anche la più recente giurisprudenza italiana di legittimità in una sentenza del 2009¹⁰². Nel caso deciso, l'imputato stava percorrendo alla guida della propria autovettura una strada statale e avviava una manovra di svolta a sinistra per accedere ad un'area di servizio che si trovava sull'altro lato della carreggiata, approfittando del fatto che alcuni veicoli che procedevano nell'opposto senso di marcia si erano fermati per favorire la manovra. In direzione opposta, però, giungeva un motociclista che, dopo aver sorpassato imprudentemente sulla destra la colonna dei mezzi in attesa, ometteva di fermarsi o di rallentare andando ad impattare con l'autovettura in procinto di compiere la svolta per accedere al distributore.

La sentenza assolutoria della Cassazione, oltre ad adeguarsi alla ormai prevalente dottrina, ha il merito di indicare chiaramente 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*¹⁰³. 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 circostanze contingenti, vi è sempre spazio per il cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito anti-giuridico». «D'altra parte – si aggiunge, accogliendo (almeno sembra) persino la dottrina della "doppia misura" –, 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»¹⁰⁴.

comportamiento igualmente correcto en el acatamiento de las prescripciones reglamentarias»); STS, 8.6.1985, Rel. Gil («*Quien desarrolla una conducta de riesgo común puede esperar que los demás se comporten conforme a las exigencias del tráfico, sin que todo conductor de vehículo haya que prever las infracciones reglamentarias que cometan los demás*»).

¹⁰² CP, IV, 8.10.2009, n. 46741, Rel. Blaiotta, con la citata nota di R. RUSSO, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, cit., p. 3201 ss.

¹⁰³ *Supra*, Cap. 4, par. 2.1.

¹⁰⁴ CP, IV, 8.10.2009, n. 46741, cit., che in un passo precedente – citando G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 282 – definisce il principio di affidamento una «*pietra angolare della tipicità colposa*». Riferendosi poi al «*versante squisitamente soggettivo della colpa*», non si può che concludere ritenendo espressamente accolta – anche in relazione all'affidamento e quindi al giudizio di concreta riconoscibilità della condotta altrui imprudente – la dottrina della "doppia misura" della colpa.

Sulla base delle citate pronunce, possiamo concludere che sia in Italia sia in Spagna il principio di affidamento – *rectius*, il paradigma della prevedibilità e della colpa in concreto – ha trovato un discreto accoglimento nel settore in cui vide la luce in Germania già nel corso degli anni '30. La differenza più evidente fra le due esperienze, oggi, consiste nella prospettiva teorico-sistematica in cui il giudizio sulla concreta riconoscibilità della condotta colposa del terzo viene accolto: nella tipicità colposa, in Italia; nella teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, da parte della più recente giurisprudenza spagnola. Ma in entrambi i casi, d'accordo con la sua formulazione originaria, il "criterio" dell'affidamento (che per chiarezza espositiva da qui in poi si definirà tale) stabilisce che ciascuno può modulare la propria condotta contando 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 *obiettivamente riconoscibile che l'aspettativa di diligenza non potrà essere rispettata*, e dunque *rappresentabile la verifica di un evento lesivo*.

Ciò detto, volendo marcare per l'appunto la tendenza, va però osservato che notevoli incertezze permangono sul piano della prassi.

Quanto agli effetti, al contributo della vittima viene talvolta riconosciuta la funzione non già di escludere la responsabilità dell'agente, bensì di diminuirne la gravità¹⁰⁵. In Spagna – come vedremo meglio in seguito¹⁰⁶ – ciò avviene prevalentemente (ma non solo) ricorrendo alla distinzione indicata dal codice fra *imprudencia grave* e *imprudencia leve*, soluzione che consente di tradurre in un'imputazione *tipicamente* più tenue talune ipotesi di 'mal riposto' affidamento. Analoga soluzione è stata adottata in Italia in un'isolata ma piuttosto recente sentenza in materia di sicurezza sul lavoro¹⁰⁷, nella quale il contributo colposo del lavoratore infortunato è stato ritenuto idoneo a

¹⁰⁵ «La responsabilidad del infractor culposo – si legge nella STS, 5.2.1973 – puede ser aminorada o disminuida a tenor del principio de confianza en el tráfico, desenvuelto por la Jurisprudencia en todos los países europeos (...), que consiste en la suposición del autor de que todo partícipe se conducirá en todo momento a tenor de las normas legales y reglamentarias e incluso consuetudinarias, sin que por tanto en circunstancias consideradas normales se deba prever una conducta antirreglamentaria por parte de la víctima que venga a quebrar el conjunto de previsiones adoptados por el actuante sin darle tiempo de rectificarlas».

¹⁰⁶ *Infra*, Cap. 6.

¹⁰⁷ CP, IV, 23.3.2007, n. 21587, con nota di M. BELLINA, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in CP, 2008, p. 1013 ss., sulla quale torneremo *infra*, par. 4.2.3.

riflettersi nel “grado” della colpa del datore di lavoro incidendo dunque, in base all’art. 133 cpi, sul diverso piano della commisurazione della pena.

Quanto invece alle ragioni della sua frequente disapplicazione, oltre al riconoscimento in capo all’autore di una funzione di garanzia (per ciò solo)¹⁰⁸, sarebbe idonea a ridurre la portata del legittimo affidamento la semplice qualificazione della vittima come “soggetto debole”.

In Spagna, benché l’affidamento in materia di colpa stradale abbia una più lunga storia, si incontrano non di rado – dagli anni ’70 ad oggi – sentenze nelle quali si afferma che *«el principio (...) conforme al cual quien desarrolla una conducta de riesgo común puede esperar que los demás se comporten conforme a las exigencias del tráfico (...) es relativo y flexible, viniendo excepcionado por el de conducción dirigida o de seguridad y por el de defensa, en los supuestos de posibles enfrentamientos (...) con niños, ancianos o minusválidos psíquicos, debiendo tenerse presente su presunta inconsciencia, su impulsividad azarosa, su desconocimiento de las disposiciones regladas y sus repentinos cambios de actitud (...)»*¹⁰⁹.

Di fronte alla perdurante tendenza a derogare al canone dell’*affidamento fino a prova contraria* ricorrendo a non meglio definiti *principi securitari* (attraverso i quali si arriva a pretendere persino la previsione del pericolo *«hasta donde humanamente es posible»*!)¹¹⁰, occorre rimarcare che, mentre ritenere colposo l’investimento di un pedone per la chiara e inequivoca riconoscibilità del comportamento “anomalo” della persona

¹⁰⁸ Conferma questa tesi anche la citata sentenza della Cassazione del 2009 in materia di colpa stradale.

¹⁰⁹ Così, fra le tante, la STS 8.6.1985 (citata da M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 331). Fra le più recenti, ripropone l’impossibilità di invocare l’affidamento al cospetto di bambini e anziani la SAP Palencia, 30.7.2007.

Curiosa inoltre una pronuncia più risalente, la STS, 2.6.1967, RJ 1967, 2811 (relativa all’investimento di una donna che aveva attraversato imprudentemente la strada), nella quale i giudici osservano che alla *«concepción proteccionista, piadosa y francamente cristiana»* (!) sottesa al denominato *principio de defensa* *«responde, a pesar de sus imperfecciones, el art. 17 del vigente CCir, que impone al conductor el control en todo momento de la conducción de su vehículo y la obligación de adoptar en cualquier supuesto de emergencia las precauciones necesarias para evitar el daño propio y de los restantes utilizadores de las vías públicas (...)»*.

¹¹⁰ *«Un conductor normalmente cuidadoso, en aplicación del principio de seguridad debe ir atento a las circunstancias circulatorias»* (STS, 15.10.1977); *«El principio de seguridad obliga a prevenir, hasta donde humanamente es posible, el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía pública»* (STS, 8.3.1973). Su altri, più recenti ma analoghi tentativi giurisprudenziali di definire gli evocati principii di *defensa, seguridad e conducción controlada o dirigida* (quali limiti del legittimo affidamento), v. ampiamente L. CÁCERES RUIZ, *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico*, Valencia, 2013, p. 288 ss., 299 ss.

(chiunque!) in procinto di attraversare la strada può ritenersi accettabile¹¹¹, imputare *ex post* l'evento infausto *per il solo fatto* che la vittima sia anziana o un minore, presumendo *per ciò solo* doveroso – a prescindere da qualunque valutazione *ex ante* sulla rappresentabilità della situazione di pericolo (ad esempio la vicinanza di un asilo) –, da parte del conducente, attenersi a più restrittive norme di prudenza, porterebbe nuovamente sul terreno della responsabilità oggettiva¹¹².

3.2. L'attività medica di équipe tra legittimo affidamento e obblighi di controllo reciproco.

3.2.1. *Introduzione.* – L'ambito nel quale la tensione fra alleggerimento e sovraccarico dei doveri relazionali si nota maggiormente è quello dell'attività medico-chirurgica in *équipe*¹¹³. 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 infatti in ragione dei pregi e dei difetti del metodo della divisione del lavoro, sovente riconosciuto, anche in giurisprudenza, come «fattore di sicurezza» e a un tempo «fattore di rischio»¹¹⁴.

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, permettendo a ciascun

¹¹¹ «Los motivos que obligan a configurar de forma distinta la propia actuación tienen que ser *objetivos, sólidos y concluyentes*, no bastando la intuición o un presagio. Tiene que evidenciarse la conducta antijurídica como actual o inminente con base en los datos que percibe el sujeto en la situación concreta» (B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 120).

¹¹² Cfr. però 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 («Unicamente en el caso en que, atendiendo al principio de defensa, sea conocible para el autor que la víctima o el tercero es un niño, un anciano o un loco, se le puede exigir “prever” reacciones “imprevisibles”») e di nuovo B. J. FEIJÓO SANCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal*, cit., p. 123 («El principio de confianza es válido frente a personas imputables (incluyendo los semiimputables), pero no frente a *inimputables*»).

¹¹³ Anche qui con “attività medico-chirurgica in *équipe*” ci si intende riferire 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).

¹¹⁴ Così ad esempio CP, IV, 11.10.2007, Raso, in *DeJure*.

professionista di dedicarsi ai problemi in relazione ai quali possiede competenze specifiche (da cui il “fattore sicurezza”) senza doversi continuamente preoccupare dell’operato dei colleghi, può risultare inadeguato di fronte alla necessità di prevenire gli errori individuali o di rimediare al malfunzionamento dei complessi meccanismi di coordinamento che la gestione organizzata del rischio inevitabilmente richiede (perciò il “fattore di rischio”)¹¹⁵.

3.2.2. *Relazione orizzontali (o paritarie)*. – Il contesto relazionale in cui il criterio funzionale e limitativo dell’affidamento sembra trovare 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 sincroniche, ad integrare l’ipotesi tradizionale di lavoro medico-chirurgico in *équipe* (quello che si svolge tipicamente in sala operatoria), oppure diacroniche (specie quando a collaborare sono diverse strutture o unità sanitarie).

Quanto alle ipotesi di collaborazione sincronico-orizzontale, quelle apparentemente più adatte ad essere orientate dall’affidamento, la Cassazione suole nondimeno stabilire 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*»¹¹⁶.

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»¹¹⁷, altra cosa è sostenere

¹¹⁵ Per rilievi analoghi cfr. fra i tanti: G. MARINUCCI–G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temì*, 1968, p. 217; A. JORGE-BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, cit., p. 115 ss., 161 ss.; D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *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, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 404).

¹¹⁶ Quale onere «imposto dalla convergenza delle attività verso il fine comune»: così CP, IV, 2.3.2004, n. 24036, in *DeJure*.

¹¹⁷ Come osserva criticamente L. RISICATO, *L’attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 63.

che la riconoscibilità dell'altrui errore in base al comune patrimonio di conoscenza¹¹⁸ 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»¹¹⁹. Nel primo caso, infatti, si negherebbe in radice qualunque legittimo affidamento; nel secondo (in relazione al quale si è parlato di un principio di affidamento comunque «relativo» o «temperato»¹²⁰) si concilierebbero forse meglio «le esigenze di tutela della vita e dell'integrità psico-fisica del paziente con i principi di personalità della responsabilità penale»¹²¹.

In quest'ultima preferibile 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»¹²². «En efecto – chiarisce in Spagna la SAP di Barcelona in una pronuncia del 2000¹²³ – la división del trabajo genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable»¹²⁴.

¹¹⁸ In questo senso, tra le altre, CP, IV, 24.1.2005, in CED 231535.

¹¹⁹ Esprime questo secondo (preferibile) orientamento, di recente, CP, IV, 23.9.2010, secondo cui «le omissioni di taluni componenti dell'équipe, se ben note agli altri, non esonerano questi ultimi dalla corresponsabilità se nulla hanno fatto per sopperire o correggere le carenze (...) o almeno sollecitarne l'attenzione» (cit. da L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 63, nota 46).

¹²⁰ Cfr. G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit., p. 217; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, cit., p. 155-6.

¹²¹ L. GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in DPP, 2006, 753, p. 755; cfr. L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 63.

¹²² CP, IV, 11.10.2007, Raso (nel passo cit. da P. PIRAS – G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 301, p. 309).

¹²³ SAP Barcelona, VIII, 12.5.2000 (diffusamente citata nella letteratura spagnola in materia).

¹²⁴ Al termine di un'operazione correttamente eseguita, il chirurgo aveva abbandonato la sala operatoria lasciando la paziente alle attenzioni dell'anestesista, il quale ne aveva poi provocato 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.

Analogo atteggiamento è mantenuto dalla giurisprudenza in relazione alle ipotesi collaborazione diacronica¹²⁵.

Paradigmatico è (dovrebbe essere) il caso deciso nel 1996 dalla Pretura di Bologna¹²⁶, 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, i quali evidentemente non si accorsero della sua positività, 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" (quali ad esempio l'incompletezza dei risultati sugli esami compiuti) che potessero indurre i medici della struttura ricevente a verificare la correttezza dei controlli già eseguiti sull'organo, decise (giustamente) per la loro assoluzione¹²⁷.

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 correttezza 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*»¹²⁸.

3.2.3. *Relazioni gerarchiche.* – Ben più rigoroso appare 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

¹²⁵ Cfr. in argomento, per più ampie riflessioni e ulteriori riferimenti: A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *DPP*, 2001, p. 469 ss.; M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., p. 410 ss.

¹²⁶ Pret. Bologna, 31.5.1996, commentata da M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, cit., p. 1043 ss.

¹²⁷ D'altra parte, si è osservato, se in ipotesi siffatte in 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 in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, cit., p. 480).

¹²⁸ CP, IV, 1.10.1999, Altieri, commentata da A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, cit., p. 469 ss.

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 *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 capo-*équipe*, il quale, non potendo legittimamente confidare nel corretto operato dei colleghi, viene sistematicamente chiamato a rispondere a titolo di concorso con il medico che si è occupato direttamente del paziente¹²⁹. A questo generale rigorismo fanno eccezione talune isolate pronunce di merito e di legittimità richiedenti per la responsabilità del superiore che fosse *concretamente prevedibile* la condotta colposa del terzo-subordinato¹³⁰. Mentre a metà strada fra riconoscimento ed esclusione dell'affidamento si colloca, fra le altre – in maniera peraltro non irragionevole alla luce delle particolarità del caso concreto –, una recente sentenza delle Cassazione¹³¹ 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, in sede di anamnesi ed esame obiettivo, da un proprio collaboratore: 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 effettuata e comportante un intervento diverso da quello originariamente programmato*¹³².

Più in generale, per quanto riguarda la figura apicale ospedaliera, c'è da ricordare che l'orientamento responsabilizzante (e colpevolizzante) della giurisprudenza si fonda

¹²⁹ Cfr.: L. GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, cit., p. 754 ss., 759; P. PIRAS – G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, cit., p. 303-4, 313; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, 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.

¹³⁰ Ad esempio: Pret. Vibo Valentia – Tropea, 15.3.1999, Garruzzo, in *CP*, 1999, p. 3264; *CP*, IV, 28.5.2008, n. 24360 (riportate entrambe da L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 51-2).

¹³¹ *CP*, IV, 26.6.2008, Verani (ancora in L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 52-3).

¹³² Più rigorosa, cioè tendente al paradigma del dovere di controllo a prescindere dalla presenza di ragioni oggettive o soggettive tali da far sospettare la condotta incorretta del collaboratore, appare invece la decisione di un caso meno recente (*CP*, IV, 19.1.1999, in *CP*, 2000, p. 583 ss.), nella quale della morte di una neonata dovuta alle complicità di un parto sono stati chiamati a rispondere in concorso sia il ginecologo (per errore diagnostico), effettivamente operante in sala parto, che 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.

tradizionalmente, in Italia, sulla norma attributiva dei *poteri-doveri di programmazione, direzione, istruzione, verifica e vigilanza* contenuta nell'art. 63 del d.p.R. 761/1979¹³³. Tale tendenza, però, perdura anche in seguito alla riforma sulla dirigenza ospedaliera (operata dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e del successivo d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229). Benché essa 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) e rendere le relazioni intercorrenti fra sanitari tendenzialmente paritarie e non più rigidamente gerarchiche¹³⁴, anche la più recente giurisprudenza, 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; sicché, nel valutare la sua posizione, ci si dovrebbe tuttora adeguare al principio di diritto che gli attribuisce «*poteri organizzativi e di verifica sull'operato degli altri sanitari del reparto*»¹³⁵.

Ad una quasi radicale esclusione di qualunque tenue o ragionevole affidamento modulato in relazione alle circostanze del caso, infine, porta il fatto che il collaboratore immediatamente responsabile dell'evento sia uno *specializzando*¹³⁶ 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 di controllo sull'avvenuta rimozione degli strumenti spetti all'intera *équipe* operatoria (cioè ai medici,

¹³³ «*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, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse*». V. ad esempio CP, IV, 22.9.1989.

¹³⁴ Così, G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in CP, 2007, p. 151 ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, cit., p. 213-5, 217 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 45 ss.

¹³⁵ «*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, CP, IV, 29.9.2005 (dep. 23.12.2005), n. 47145 (sulla quale v. il commento di G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, cit., p. 151 ss.).

¹³⁶ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 58 ss.

ritenuti titolari diretti di un obbligo non delegabile di garanzia circa il risultato finale)¹³⁷, nessuna rilevanza dovrebbe potersi attribuire all'ipotetico affidamento sul corretto adempimento della "conta dei ferri" da parte dell'infermiere incaricato¹³⁸; qualora invece si individuasse 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 ripreso lo strumento rimasto nel corpo del paziente¹³⁹.

In controtendenza appaiono però alcune sentenze di merito rese dalla giurisprudenza spagnola, secondo le quali «*el principio de confianza (...) supone (...) que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestesista, cardiólogo, ATS¹⁴⁰) se comportarán diligentemente, salvo que en el caso concreto circunstancias especiales, tales como descuidos graves, ineptitud o falta de cualificación reconocibles, le hagan pensar lo contrario*»¹⁴¹.

3.2.4. *Alcune 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: la scarsa disponibilità di discipline che, come nel traffico stradale, consentano di identificare chiaramente i doveri propri (o primari) di ciascun partecipante¹⁴²; il carattere affatto anonimo e talvolta strutturalmente gerarchico delle

¹³⁷ Cfr. in questo senso: CP, IV, 26.5.2004, Picciurro, in *CED* 228577; CP, IV, 26.1.2005, Cloro, in *CED* 231538; CP, IV, 7.3.2008, Vavassori, in *CED* 239605; CP, IV, 28.5.2008, Rago in *CED* 240941; nella giurisprudenza di merito, C. App. Roma, 8.3.2011, n. 981, in *DeJure* (citata da L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., 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»).

¹³⁸ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 252, il quale cita una recente sentenza (CP, IV, 7.3.2008, Giudici) nella quale si condanna un chirurgo sostituito verso la fine dell'intervento per avere ommesso di verificare l'esito del conteggio.

¹³⁹ Su questa seconda «più corretta» soluzione, ancora D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 251-2.

¹⁴⁰ Il personale ausiliario.

¹⁴¹ SAP Alicante, 29.1.1998; SAP Toledo, 26.4.2004 (indicate da A. URRUELA MORA - S. ROMEO MALADA, *Tendencias actuales de la jurisprudencia española sobre derecho penal médico*, cit., p. 595).

¹⁴² M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 104. Cfr. le osservazioni avanzate *supra*, Cap. 4, par. 4.2.2, e in particolare il citato contributo di D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 274 ss., il quale rileva che «nonostante l'assenza di un'organica disciplina positiva dell'attività medica, non è raro imbattersi in sentenze della Cassazione dalle quali emerge (...) la configurazione di una "colpa specifica" a carico del medico», volendo con ciò

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.

Per quanto riguarda le *relazioni paritarie*, si può osservare che, una volta riconosciuta l'opportunità giuridica (indicata dal principio di responsabilità 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 può ritenersi realmente riconoscibile e quindi tale da rendere esigibile una qualche attivazione. Ciò significa chiedersi, di nuovo – riprendendo le indicazioni ricostruttive avanzate nel capitolo precedente¹⁴³ –, a quali condizioni la *violazione del dovere* “secondario” e “relazionale” di *arginare l'altrui negligenza* (in quanto regola di condotta non predeterminata, e quindi chiaramente “atipica”, nel senso indicato in precedenza) può dirsi tanto *grave ed esigibile* da meritare la sanzione penale. Coordinate interpretative condivisibili, da questo punto di vista, appaiono quelle indicate nella dottrina spagnola da JORGE BARREIRO, secondo il quale 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 «en *casos excepcionales*: cuando en el caso concreto se percibe un *fallo grave de otro colega* – infracción de cuidado excandalosa – o existan dudas sobre su cualificación y fiabilidad»¹⁴⁴. Altrettanto ragionevole è poi richiedere, come suggerisce parte della giurisprudenza italiana, il duplice requisito della *evidenza* e della *non settorialità* dell'errore affinché i colleghi del responsabile immediato dell'evento possano essere chiamati a rispondere a titolo di concorso (o cooperazione, stando alla lettera dell'art. 113 cpi).

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*¹⁴⁵, ovvero oneri cautelari funzionali

sottolineare l'accresciuta idoneità delle *guidelines* (protocolli operativi) a disciplinare l'attività del professionista.

¹⁴³ *Supra*, Cap. 4, par. 4.2.3 e 5.

¹⁴⁴ A. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, cit., p. 138 (corsivo non originale).

¹⁴⁵ K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, cit., p. 100-1, 188-5.

ad arginare *preventivamente* la condotta colposa del terzo¹⁴⁶. Affinché tale scelta sia compatibile con il principio metodologico della divisione del lavoro, e non si traduca in decisioni arbitrarie e meramente riparatorie fondate su doveri vigenti soltanto a posteriori (cioè in giudizio)¹⁴⁷, occorre però che si rispettino almeno due condizioni: la misura di ulteriore protezione deve essere stabilita espressamente da specifiche norme protocollari, dalle quali risultino chiari sia il titolare dell'obbligo sia le circostanze che ne impongono l'adempimento; l'imposizione di tali oneri non deve provocare il malfunzionamento del lavoro d'*équipe*¹⁴⁸, ciò che paradossalmente, a dispetto cioè del maggior carico cautelare imposto ai sanitari, esporrebbe i beni giuridici tutelati a pericoli persino maggiori.

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 sé¹⁴⁹, ciò che in linea di principio impedisce al superiore di poter fare affidamento sulla condotta dei subordinati è l'inclusione, fra le sue tipiche funzioni, dei doveri "preliminari" di selezione, coordinamento, formazione, direzione e di quelli "continuativi" di supervisione e vigilanza¹⁵⁰. Tuttavia, assegnando 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 lavoro¹⁵¹, si forniscono le basi per l'attribuzione di vere e proprie responsabilità da posizione; in altre parole: si assegnano obblighi *ex ante* di fatto inesigibili, utili soltanto *a posteriori* ad individuare capri espiatori.

¹⁴⁶ 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 (M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 143 ss., 291 ss., 404).

¹⁴⁷ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 39 ss., 71 ss.

¹⁴⁸ Così, ad esempio, 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.

¹⁴⁹ Che come già abbiamo visto – *supra*, par. 2.3 – non dovrebbe, sul piano strettamente dogmatico, poter interferire sulla concreta determinazione della regola cautelare esigibile sul piano della tipicità colposa.

¹⁵⁰ Cfr. M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., p. 434-8.

¹⁵¹ 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’affidamento¹⁵². Un adeguato adempimento degli obblighi “primari” di coordinamento, istruzione e direzione dovrebbe potersi tradurre in una *legittima aspettativa* (riflesso di una vera e propria *Maßfigur*) idonea a ridurre la portata degli obblighi “secondari” (relazionali) di sorveglianza sull’azione del collega (del medico o dell’ausiliario ben istruito, diretto e coordinato), la cui disattenzione o il cui errore di valutazione non può giustificare sempre e comunque – *ex post facto* – l’imputazione di una concorrente *culpa in vigilando*¹⁵³.

4. Il “contributo della vittima” nel delitto colposo del datore di lavoro.

4.1. Introduzione.

Continuando a riflettere sulla portata del *dovere di vigilanza* posto a carico del responsabile apicale dell’organizzazione, consideriamo ora l’ipotesi in cui il collaboratore subordinato immediatamente responsabile dell’evento sia la stessa vittima.

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): 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*»¹⁵⁴; il

¹⁵² Per la sua valorizzazione sul piano della colpevolezza colposa (o misura soggettiva della colpa), cfr. ancora G. FURNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334, nota 34, dove il principio di affidamento viene chiamato ad escludere la *rimproverabilità* della *condotta colposa illecita* in circostanze in cui non appaia *esigibile* un adeguato controllo da parte del capo-*équipe* nei confronti dei singoli collaboratori.

¹⁵³ Per ulteriori e più analitiche riflessioni, v. ancora D. GUIDI, *L’attività medica*, 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»: maggiore o più intenso dovrebbe essere nei confronti del “medico in posizione iniziale” 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).

¹⁵⁴ Si noti il ricorso al parametro della “migliore” diligenza (già discusso *supra*, Cap. 4, par. 4.3.2).

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*»; e, infine, il dovere di controllare «*che le norme antinfortunistiche vengano scrupolosamente osservate (...)*»¹⁵⁵.

Come la struttura sanitaria, inoltre, anche quella *stricto sensu* aziendale è attualmente governata da un modello partecipativo nel quale il “dovere generale di prevenzione” risulta ripartito fra tutti i soggetti coinvolti nella comune gestione del rischio¹⁵⁶. Pur conservando quale principale referente il datore di lavoro, l'attuale legislazione antinfortunistica di matrice comunitaria¹⁵⁷ struttura e disciplina il dovere di prevenzione come una «funzione complessa, distribuita tra soggetti ed organi aziendali che, a diverso titolo e con diversi ruoli, intervengono a definire, puntualizzare ed aggiornare un programma di sicurezza»¹⁵⁸.

Fra gli aspetti che differenziano notevolmente la gestione del rischio nello svolgimento dell'attività d'impresa rispetto alla divisione del lavoro in ambito sanitario, occorre però considerare i seguenti: mentre quest'ultimo, a causa della (tuttora) limitata 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; 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 dell'attività di *équipe*, i beni giuridici primari che nello svolgimento dell'attività

¹⁵⁵ Così, fra le altre, CP, IV, 22.10.1999, n. 12115, in *DeJure*.

¹⁵⁶ Sulla normativizzata distinzione tra “pericolo” e “rischio” nell'attuale diritto penale del lavoro, v. G. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in CP, 2010, 9, 3319 ss., p. 3323 ss., la quale sintetizza la distinzione concettuale del secondo dal primo in base a tre (indicativi) elementi differenziali: l'ulteriore anticipazione della soglia di tutela penale; il maggior dinamismo nei fattori che lo compongono; il dubbio epistemologico che avvolge le leggi scientifiche, allorché si tratti di valutare i possibili sviluppi verso l'offesa delle attività intrinsecamente rischiose.

¹⁵⁷ 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 delle 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. R. 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.

¹⁵⁸ M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 262.

d'impresa è dovere tutelare stanno nella titolarità dei suoi stessi partecipanti, cioè i lavoratori.

4.2. L'esperienza italiana.

4.2.1. *La distribuzione del “dovere generale di sicurezza” nella vigente disciplina italiana 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»¹⁵⁹ che si sostanzia nella “parcellizzazione” e nella distribuzione del generale dovere di sicurezza fra tutti gli attori coinvolti nell'attività dell'impresa, dal più alto livello dell'organigramma aziendale, ai piani intermedi e delegati, al singolo lavoratore.

Oltre che sulle disposizioni generali del codice penale – segnatamente gli artt. 40 cpv. e 43 n. 3 – la responsabilità penale del datore di lavoro per gli infortuni che subiscono i lavoratori si fonda tradizionalmente sul generico 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*». L'opera di positivizzazione delle regole cautelari caratterizzanti la posizione di garanzia del datore di lavoro iniziò soltanto dagli anni '50 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 prevenzionistico¹⁶⁰.

La citata disciplina delineava il ruolo del lavoratore in termini di mero soggetto passivo della prevenzione, dedicando al profilo della sua idoneità ad uniformarsi alle norme cautelari di sicurezza un'attenzione assai modesta. Ma con l'entrata in vigore del d.lgs. 626/1994, prima, e del vigente d.lgs. 81/2008¹⁶¹, poi, il legislatore formalizza due scelte che cambiano natura e volto del modello di disciplina: l'imposizione dell'obbligo del datore di lavoro di procedere ad un'autonoma *valutazione dei rischi*, con conseguente adozione di un modello prevenzionistico elaborato direttamente dal soggetto tenuto ad

¹⁵⁹ *Id.*, p. 262.

¹⁶⁰ Cfr. G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, 2006, p. 49 ss., e 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.

¹⁶¹ Coordinato con il successivo d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106.

applicarlo e farlo applicare¹⁶²; e la “scomposizione” del dovere generale di sicurezza mediante il coinvolgimento nella gestione e nella prevenzione del rischio di tutti i soggetti che, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, svolgono attività determinanti per la sicurezza del lavoro¹⁶³.

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), 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, d.lgs. 81/2008). 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 nuovo quadro normativo ha spinto una parte ormai consistente della più recente dottrina penalistica a sostenere che una volta garantita al lavoratore un’adeguata preparazione tecnico-professionale e una completa informazione sui rischi (prevedibili) derivanti dell’attività lavorativa, il datore di lavoro dovrebbe poter confidare sulla sua diligenza, cioè sul rispetto delle istruzioni impartite¹⁶⁴. Opposta, però, è tuttora l’opinione della (quasi) unanime giurisprudenza, secondo la quale «*anche una diligente formazione e informazione non dispensa il datore di lavoro dagli obblighi di vigilanza*»¹⁶⁵.

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*

¹⁶² Tale obbligo è oggi previsto dall’art. 17, co. 1, lett. a, e disciplinato dall’art. 28 del d.lgs. 81/2008.

¹⁶³ V. l’art. 15, d.lgs. 81/2008 (già art. 3 d.lgs. 626/1994).

¹⁶⁴ 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), *Ambiente, 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. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 385; G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, cit., p. 295 ss.; I. LEONCINI, *L’obbligo di impedire l’infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 107, p. 124-5; M. GROTTO, *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 *DPC*, 25 settembre 2012, p. 5 ss.

¹⁶⁵ Così, *ex multis*, CP, IV, 8.10.2008, n. 39888, in *DeJure*.

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).

4.2.2. *L'orientamento giurisprudenziale dominante: "eccezionalità", "abnormità" o "assoluta imprevedibilità" della condotta imprudente della vittima e interruzione del "nesso causale". – Vigente il d.p.R. 547/1955, la premessa da cui muoveva costantemente la giurisprudenza in materia di infortuni era quella secondo cui sul datore di lavoro incombeva il dovere di impedire anche gli eventi dannosi che derivassero da errori o imprudenze degli stessi lavoratori¹⁶⁶. Quella disciplina, leggiamo in numerose sentenze, avrebbe mirato a «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)¹⁶⁷.*

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*»¹⁶⁸.

¹⁶⁶ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 64 ss.

¹⁶⁷ Così, *ex multis*, vigente il d.p.R. n. 547/1955: CP, IV, 4.5.1990, n. 6504; CP, IV, 30.5.1991, n. 5835.

¹⁶⁸ D. PETRINI, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *RIDPP*, 1981, 1576, p. 1581 (corsivo non originale), in nota a CP, IV, 15.10.1979, nella quale – vigente il d.p.R. 547/1955 – seguendo la 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 connotati 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, più di recente, anche P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: profili attuali*, in *RTDPE*, 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*».

La giurisprudenza italiana in materia di incidenti sul lavoro si mostra in questo senso ancora oggi concorde. La responsabilità del 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*»¹⁶⁹.

Secondo quest'ordine di idee, 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 sembra assumere i tratti della *culpa in re ipsa*, integrata dal mero accertamento circa la 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*»¹⁷⁰, con «*assoluzione, in tutto o in parte, della responsabilità penale*» dei garanti della sicurezza secondo le rispettive attribuzioni e competenze¹⁷¹. 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 condotte 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 cioè in essere da parte del lavoratore nell'adempire la 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*»¹⁷².

¹⁶⁹ Così, ad esempio, CP, IV, 6.11.2006, n. 41951.

¹⁷⁰ Ancora CP, IV, 15.10.1979.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² CP, IV, 3.6.1999, n. 12115, commentata da R. GIOVAGNOLI, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, in *MGL*, 2000, p. 990 ss., e relativa alla vicenda seguente: un operaio dipendente di una ditta di manifatture tessili deve svolgere un intervento ad un'altezza di 5/6 metri dal suolo, ma invece che 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",

Di fatto, al di là di queste sfumature, la clausola interruttiva di cui all'art. 41 cpv., cpi, non viene quasi mai ritenuta operante¹⁷³ e, soprattutto, la condotta del datore lavoro è sempre ritenuta colposa (talvolta, ancora mediante richiamo retorico all'art. 2087 c.c.). D'altronde, una volta ritenuta prevedibile l'imprudenza del lavoratore sul piano "causale", sembrerebbe contraddittorio considerarla imprevedibile su quello della colpa.

Quando alla realizzazione dell'evento abbia contribuito imprudentemente la stessa vittima, ciò che in mancanza di altre inosservanze specifiche si usa contestare al datore di lavoro è di non aver fornito al lavoratore un'adeguata formazione tecnico-professionale¹⁷⁴ (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» vigilanza¹⁷⁵. Paradigmatica è 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 ommesso ogni forma di sorveglianza circa la pericolosa prassi operativa instauratasi, integra il reato di lesione colposa aggravato dalla violazione delle

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, è stata 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 ribaltata 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»).

¹⁷³ Quella formula "causale" si traduce insomma in una mera clausola di stile gettata nel mezzo della motivazione perché *così fan tutti*. 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 può essere ritenuto tale da "spezzare" il nesso di imputazione (causal-giuridico) fra la condotta del garante e l'infortunio sofferto dal lavoratore stesso. Questa valutazione, espressa ormai vent'anni fa da G. P. VOLPE, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, in *RTDPE*, 1995, 101, p. 129, resta valida anche oggi: cfr. fra le pronunce più recenti: CP, IV, 18.4.2002, n. 20467; CP, IV, 24.9.2003, n. 43362; CP, IV, 17.9.2004, n. 36804; CP, IV, 23.6.2005, n. 38850; CP, IV, 29.9.2005, n. 38877; CP, IV, 30.9.2008, n. 42129; CP, IV, 17.2.2009, n. 15009.

¹⁷⁴ Fra le più recenti pronunce cfr.: CP, IV, 16.1.2004, n. 18638; CP, IV, 12.4.2005, n. 20595; CP, IV, 8.10.2008, n. 39888, in *DeJure*. Per ulteriori riferimenti v. inoltre M. GROTTI, *Obbligo di formazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, cit., p. 2 ss.

¹⁷⁵ Così, fra le altre, CP, IV, 22.10.1999, n. 12115, in *DeJure*.

norme antinfortunistiche; è, infatti, il datore di lavoro che, quale responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un controllo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarvisi anche instaurando prassi di lavoro non corrette»¹⁷⁶.

In sintesi, secondo la costante giurisprudenza, oltre a dover fornire a ciascun lavoratore adeguata e specifica formazione, il datore di lavoro dovrebbe altresì *pretendere* (nonostante l'art. 18 del t.u. 81/2008 lo obblighi soltanto a «*richiedere*»¹⁷⁷) 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 ad una *carente formazione e/o ad un'inadeguata opera di vigilanza*¹⁷⁸.

4.2.3. *Isolati riconoscimenti della rilevanza del “contributo della vittima”: esclusione e degradazione della colpa datoriale.* – Nel corso degli anni, tuttavia, anche in giurisprudenza si sono levate voci di dissenso¹⁷⁹.

Già in una sentenza del 1993 (vigente il d.p.R. n. 547/1955), la Corte di Cassazione pare esprimersi in aperta dissonanza rispetto all'opinione granitica tesa, come evidente, a negare in radice (o meglio, forse, *in astratto*) la possibilità di far valere la *non*

¹⁷⁶ Così, CP, IV, 8.10.2008, n. 39888, in *DeJure*. 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*.

¹⁷⁷ Sottolinea questo aspetto G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, cit., p. 253-4 (in relazione al previgente art. 4 del d.lgs. 626/94).

¹⁷⁸ «*Anche una diligente formazione e informazione non dispensa il datore di lavoro dagli obblighi di controllo e di vigilanza affinché il lavoratore (...) non corra il rischio di eventi lesivi*»: di nuovo, CP, IV, 8.10.2008, n. 39888; cfr. CP, sez. IV, 12.4.2005, n. 20595, in cui analogamente si afferma 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*».

¹⁷⁹ Una di queste, come visto, è rappresentata dalla pronuncia della Corte d'Appello di Firenze del 1.6.1998 (poi annullata con rinvio da CP, sez. IV, 3.6.1999, n. 12115) nel caso esaminato da R. GIOVAGNOLI, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, cit., p. 990 ss.

prevedibilità della condotta negligente del lavoratore infortunato¹⁸⁰. 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 negligenza¹⁸¹ – 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. Ed 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»¹⁸².

Più di recente, mutato il quadro normativo di riferimento, fra le rare pronunce difformi¹⁸³ si segnala inoltre una sentenza della Suprema Corte¹⁸⁴ che ha inteso conferire rilevanza alla condotta imprudente della vittima sul piano del “grado” della colpa per il mancato impedimento dell'evento ascrivibile al garante: *«in tema di infortuni sul lavoro – hanno ritenuto i giudici – deve essere riconosciuta rilevanza al concorso di colpa non solo del lavoratore che ha subito l'infortunio, bensì anche di altri terzi lavoratori. Dovrà*

¹⁸⁰ Si tratta di CP, IV, 9.2.1993, con nota e citazioni di G. P. VOLPE, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, cit., p. 101 ss.

¹⁸¹ 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), 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.

¹⁸² Così, CP, IV, 9.2.1993.

¹⁸³ Ad esempio, CP, IV, 6.6.2005, n. 25235, in *RP*, 2006, 5, p. 549, nella quale si è sostenuto che, in linea di principio, il datore di lavoro che abbia predisposto un'adeguata 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).

¹⁸⁴ Si tratta di CP, IV, 23.3.2007, n. 21587, con nota di M. BELLINA, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro*, 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»*.

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». Per quanto limitatamente a profili inerenti l'applicazione dell'art. 133 cpi – relativamente quindi alla *mera* determinazione della pena per il fatto già colposo –, viene quindi rigettato il principio di diritto dell'ontologica irrilevanza delle condotte colpose dei lavoratori¹⁸⁵.

Le pronunce da ultimo citate si mostrano orientate, seppur in diversa misura e con diverse esplicite finalità, a sostenere la necessità di considerare la concreta incidenza dell'*inosservanza specifica del lavoratore* nella colpa concorrente (solitamente omissiva) del garante. Nel primo caso si è fatto espresso riferimento al principio di affidamento allo scopo di circoscrivere l'obbligo di sorveglianza e di controllo dei garanti della sicurezza (*ex art. 4, lett. c, d.p.R. n. 547/1955*) sulla puntuale ottemperanza dei lavoratori alle cautele loro prescritte¹⁸⁶; nella seconda occasione, invece, si è inteso valutare il contributo colposo della vittima al (solo) fine di graduare il *quantum* della colpa qualificante una condotta comunque tipica e colpevole.

4.3. L'esperienza spagnola.

4.3.1. Il “doppio binario” sanzionatorio previsto dal Código penal e la disciplina sulla *Prevención de Riesgos Laborales*. – 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*

¹⁸⁵ La necessità di valutare l'entità, il grado della colpa del concorrente ai fini della commisurazione della pena (oltre che 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, 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 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».*

¹⁸⁶ Come osserva anche M. MANTOVANI, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal d.lgs. n. 626 del 1994 e principio di affidamento*, cit., p. 293.

Laborales), può essere chiamato a rispondere del delitto colposo di *pericolo concreto* previsto dall'art. 317¹⁸⁷ o dei 'classici' reati di *omicidio e lesioni colpose* previsti dagli artt. 142, 152 e 621¹⁸⁸.

Accanto alle fattispecie di danno, 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*¹⁸⁹, ma altresì la realizzazione di un evento consistente in un *pericolo grave e concreto*¹⁹⁰. Stando alla dottrina prevalente, in sede di giudizio occorrerà verificare la sussistenza degli stessi ordinari nessi oggettivi e soggettivi caratteristici dei comuni reati di danno¹⁹¹. 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*)¹⁹².

L'esperienza applicativa, peraltro, mostra come davvero raramente un procedimento per inosservanza di cautele antiinfortunistiche inizi *prima* che si verifichi un evento mortale o lesivo, per cui, lungi dal consentire un intervento realmente anticipato preventivo, questo "doppio binario" di tutela si traduce – in ottemperanza alle indicazioni

¹⁸⁷ Che punisce la commissione *imprudente* del delitto doloso di cui al precedente art. 316, il quale a sua volta sanziona coloro i quali «*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física (...)*».

¹⁸⁸ V., in Italia, il contributo comparatistico di D. CASTRONUOVO, *La tutela della sicurezza del lavoro in Francia, Germania e Spagna*, cit., p. 119 ss.

¹⁸⁹ 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 *Capítulo III* individua diritti e obblighi del datore di lavoro e dei lavoratori in materia di sicurezza.

¹⁹⁰ N. GARCÍA RIVAS, *Delitos contra la seguridad en el trabajo (Estructura típica, bien jurídico y concurso de delitos)*, in *CDJ – Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, 2005, XV, 229, p. 236 ss, 239 ss.

¹⁹¹ Sui reati di *pericolo concreto* come reati d'evento, cfr. nella letteratura in lingua spagnola (anche per ulteriori riferimenti a quella tedesca): E. SOLA RECHE, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, in *ADPCP*, 1994, 167, p. 177 ss.; P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Imprudencia y energía nuclear*, in *La Ley*, 2000, 2, p. 1790 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, in *Las Transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, cit., I, 67, p. 71 ss.; B. MENDOZA BUERGO, *Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro*, in *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, cit., 435, p. 472; A. KISS, *Delito de peligro concreto y acción peligrosa*, in *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, cit., 299, p. 302 ss.

¹⁹² Cfr.: N. GARCÍA RIVAS, *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 239 ss.; O. GARCÍA MORALES, *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral (XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social: La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral)*, 2005 (in www.uoc.edu), p. 8. In giurisprudenza, di recente, SAP Madrid (17ª), 24.04.2012.

della stessa *Fiscalía General del Estado*¹⁹³ – in una duplice contestazione rivolta al soggetto «*legalmente obligado*»¹⁹⁴.

La realizzazione di una condotta omissiva gravemente colposa dalla quale derivi un incidente sul lavoro porta, di norma, a dover rispondere sia per l'antecedente evento-pericolo (*ex art.* 317) che per la successiva verifica dell'evento-infortunio (*ex artt.* 142, 152 e 621 cpe)¹⁹⁵. Il concorso di norme (con l'applicazione del calcolo sanzionatorio previsto dall'art. 77 cpe) si giustificerebbe per la dottrina prevalente in ragione della eterogenea oggettività giuridica sottesa a queste fattispecie: il bene collettivo (o super-individuale) della «sicurezza nei luoghi di lavoro», nel caso del 317 cpe¹⁹⁶; la vita e l'integrità fisica del lavoratore o dei lavoratori coinvolto/i nell'incidente, nel caso delle comuni fattispecie di danno¹⁹⁷. Pertanto, di nuovo secondo l'opinione generalmente condivisa, il primo reato finirebbe con l'essere «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 verificatosi¹⁹⁸. Da quest'orientamento generale si distingue comunque la tesi di chi, ritenendo il reato di pericolo posto a protezione della «*seguridad en el trabajo*» teleologicamente autonomo rispetto a quello di danno, a tutela della «*persona del trabajador como tal persona (no como trabajador)*», sostiene l'opportunità di escludere qualsiasi ipotesi di assorbimento¹⁹⁹.

¹⁹³ Secondo cui ogniquale volta 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, di recente, la *Circular* n. 4 del 2 novembre 2011).

¹⁹⁴ Si noti che, a dispetto della indicazione «formalista» del soggetto attivo dei reati *ex artt.* 316-317 cpe, la giurisprudenza spagnola suole individuare il garante della sicurezza ricorrendo prevalentemente a criteri di natura materiale: sul punto, O. GARCÍA MORALES, *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral*, cit., p. 9 ss.; per la giurisprudenza v. l'ampia rassegna proposta da R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Barcelona, 2013, p. 122 ss.

¹⁹⁵ 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, 1, p. 3 ss., e ancora R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 95-6.

¹⁹⁶ Tale bene giurico super-individuale viene variamente identificato da parte della giurisprudenza nella «*seguridad del trabajo*» (SAP La Rioja, 31.07.2001), nella «*seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles legalmente establecidos*» (SAP Barcelona, 18.6.2002) o, semplicemente, nella «*vida y salud de los trabajadores*» (SAP Guipúzcoa, 14.11.2008).

¹⁹⁷ Al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, v. ancora J. MARTÍNEZ RUIZ, *Sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 3-4.

¹⁹⁸ V. sul punto O. GARCÍA MORALES, *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral*, cit., p. 17 ss.

¹⁹⁹ N. GARCÍA RIVAS, *Delitos contra la seguridad en el trabajo*, cit., p. 244 ss., 249 ss.

Ciò premesso, ci si può chiedere se ed in che modo l'applicazione delle due forme di intervento possa essere condizionata dall'eventuale "contributo colposo" della vittima. Parte della dottrina ritiene che l'imprudenza "sopravvenuta" del soggetto garantito non possa in alcun modo impedire l'integrazione della fattispecie di pericolo, poiché la consumazione anticipata rispetto all'evento lesivo sarebbe strutturalmente incompatibile con qualsivoglia intervento alieno, potendo dipendere solo ed esclusivamente dalla condotta colposa del *legalmente obligado*²⁰⁰. A ben vedere, però, volendo concepire la fattispecie di cui al 317 cpe come delitto di evento, deve ritenersi in principio possibile – benché improbabile – che alla creazione di una situazione di grave pericolo (senza esito lesivo) possa concorrere, oltre alla condotta del responsabile della sicurezza, anche quella irregolare di un lavoratore²⁰¹.

Di fatto, sia in relazione alla fattispecie di pericolo concreto sia a quella di danno, la dottrina e la giurisprudenza spagnole (ormai prevalenti) ritengono che la responsabilità colposa del *legalmente obligado* possa essere esclusa quando la condotta della vittima integri una *autopuesta en peligro* idonea ad interrompere la «*relación de riesgo*» (talvolta ancora denominata "nesso causale"²⁰²) fra la condotta del garante e l'evento verificatosi²⁰³. Nessuna rilevanza viene invece riconosciuta al "contributo colposo" della vittima sul diverso e antecedente piano della *colpa*, dove per ciò che attiene al delitto di danno, il canone orientativo della condotta diligente del garante viene per lo più identificato con il cd. «*principio de desconfianza*»²⁰⁴.

²⁰⁰ R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 95-6.

²⁰¹ Questa possibilità è stata infatti ammessa in giurisprudenza, come nel caso conclusosi con la AAP Barcelona, 25.10.2002 (cit. da O. GARCÍA MORALES, *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral*, cit., p. 9).

²⁰² V. ad esempio R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 96, e, in giurisprudenza, la già citata STS 7544/2000, § 6.

²⁰³ 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. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid – Buenos Aires – Montevideo, 2009, 359, p. 370 ss., e, nello stesso volume, C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad*, 281, p. 290 ss.

²⁰⁴ Questa tesi veniva autorevolmente espressa – non senza ambiguità – nello studio di L. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 179-80 e ss., il quale, dopo aver osservato che «el empresario ha de prescindir de la confianza y ampliar su cuidado a la prevención de conductas peligrosas de los encargados y trabajadores a sus órdenes cuando éstos adolecen de defectos de cualificación para el ejercicio del trabajo encomendado o cuando sea previsible en concreto la conducta incorrecta del agente», concludeva sostenendo che «en el marco de los riesgos laborales la regla es la desconfianza, hasta el punto de que se configura como principio fundamental de la determinación de la diligencia del empresario el de que este está obligado a prever las imprudencias de la propia víctima (...)» (corsivo non originale).

Questa conclusione, generalmente accettata anche dalla dottrina più recente, viene sostenuta facendo leva sullo stato di soggezione e subordinazione in cui verserebbe il lavoratore nel quadro delineato dall'*Estatuto de los Trabajadores*²⁰⁵ e su talune disposizioni della *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, il cui art. 15.4, in particolare, stabilisce che «*la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador*»²⁰⁶.

Come quella italiana, però, anche l'attuale disciplina spagnola sulla prevenzione dei rischi professionali, adottando il medesimo modello partecipativo comunitario, prevede a carico del garante specifici doveri formativi (art. 18) e informativi (art. 19) e assegna corrispettivamente 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 «*los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones*», al responsabile della sicurezza compete altresì l'onere di «*velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios*» (art. 17.2).

4.3.2. Il “concurso de culpas”: la diminuzione del grado della colpa del responsabile della sicurezza. – Un atteggiamento in fondo analogo a quello dell'ultima giurisprudenza italiana citata (la Cassazione del 2007²⁰⁷) è stato assunto, soprattutto in passato²⁰⁸, anche da una parte di quella spagnola.

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 '70, adottò la dottrina della «*conurrencia de culpas*». Qualora ad un'inosservanza del datore di lavoro concorresse “causalmente” anche un'imprudenza della vittima, e qualora entrambe si realizzassero nell'evento, la

²⁰⁵ Secondo il quale i lavoratori sono obbligati a «*realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*» (art. 20, *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo*) e devono «*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*» (art. 5, lett. c).

²⁰⁶ Cfr.: J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas*, in *CDJ*, 2005, XV, 415, p. 428 ss.; C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales*, cit., p. 291-2; e R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 96-7.

²⁰⁷ *Supra*, par. 4.2.3.

²⁰⁸ Ad esempio nella STS, 18.3.2002, n. 491.

colpa del garante avrebbe dovuto degradare da grave a lieve o, se del caso, da lieve e penalmente irrilevante²⁰⁹.

A quest'orientamento la dottrina penalistica oppone da tempo numerose critiche. Rilevando la sua risalente matrice civilistica²¹⁰, si fa notare come la gravità della colpa dovrebbe riflettere un giudizio di disapprovazione da compiersi sulla condotta dell'agente e 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*)²¹¹. Più in generale, però, si osserva come essa si sostanzia di fatto in soluzioni intuitive, equitative e compensative, nelle quali non si spiega e 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 garante²¹².

4.3.3. “Principio de desconfianza” e “autopuesta en peligro” 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 ha spinto a trattare la casistica in esame a partire da due fondamentali nuclei argomentativi, relativi rispettivamente al disvalore della condotta del garante (alla *creazione di un rischio* non consentito) e all'imputazione oggettiva dell'evento (alla *realizzazione di quel medesimo rischio*)²¹³.

²⁰⁹ Per alcune recenti riproposizione di quest'orientamento, cfr.: SAP Sevilla, 12.3.2004; SAP Burgos, 18.12.2003. Talvolta il concorso di colpa della vittima giustificerebbe soltanto la riduzione dell'entità del risarcimento (v. la giurisprudenza indicata in M. T. CASTAÑEIRA PALOU – M. LLOBET ANGLÍ – R. MONTANER FERNANDEZ, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales*, in *InDret*, 2005, 1, p. 22 ss).

²¹⁰ V. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale* (2ª ed.), vol. 1, 1868, p. 87 ss.; nell'attuale dottrina spagnola, J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Homicidio y lesiones por imprudencia*, cit., p. 429 ss.

²¹¹ C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales*, cit., p. 294-5; analogamente, J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 176 ss.

²¹² Cfr. i contributi appena citati.

²¹³ «La teoría de la imputación objetiva – leggiamo ancora nella STS n. 7544/2000 – es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia (...). Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad material, la imputación del resultado requiere además verificar: 1) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción».

Il primo principio di diritto da cui muove la ormai costante giurisprudenza in questa materia riflette nella sostanza quello prevalente anche in Italia. «*Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales* – leggiamo nella STS n. 1329 del 5 settembre 2001 – *el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo*»²¹⁴. «*El empresario* – puntualizza la SAP di Donostia/San Sebastián del 21 febbraio 2005 – *se constituye en garante de la vida y salud de los trabajadores, sin que la presencia de obligaciones específicas de los trabajadores en materia de seguridad e higiene enerve el deber empresarial de vigilancia*».

Il canone chiamato a orientare la condotta del garante (e la valutazione del giudice) è dato quindi dal denominato «*principio de desconfianza*», attraverso il quale si assegna al datore lavoro un dovere di controllo costante sull'attività del subordinato e si giunge, *ex post*, a dichiararne immancabilmente la *culpa in vigilando*.

L'eventuale contributo della vittima nell'evento, però, come già accennato, può assumere rilievo nel giudizio relativo al “nesso di rischio”. I casi di concorso di colpe un tempo esaminati attraverso la lente concettuale della causalità giuridica (dell'adeguatezza e della rilevanza) vengono oggi trattati ricorrendo al criterio della «*autopuesta en peligro de la propia víctima*» (*Selbstgefährdung*)²¹⁵, categoria ritenuta idonea, in taluni casi e a determinate condizioni, a interrompere il nesso di imputazione fra la condotta (*ex ante* colposa) dell'autore e il pregiudizio subito dal lavoratore imprudente²¹⁶.

Un primo, invero peculiare, esempio di questo “nuovo corso”²¹⁷ è offerto dalla criticatissima sentenza assolutoria resa dalla *Audiencia Provincial de Barcelona* n. 619 del 2 settembre 2003, in relazione al caso di un operaio rimasto tetraplegico dopo essere

²¹⁴ STS 5.9.2001, Rel. Delgado García.

²¹⁵ V. *supra*, Cap. 2, par. 3.4.2; e cfr. fra tutti, nella dottrina italiana: 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.; e in quella 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*, cit., p. 431 ss.; M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 179 ss.

²¹⁶ 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 y heteropuesta en peligro consentida*, cit., p. 455 ss.

²¹⁷ Per un'aggiornata rassegna giurisprudenziale sul criterio dell'autoesposizione al pericolo, v. ancora R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 345 ss.

precipitato da tre e mezzo di altezza mentre ultimava una riparazione servendosi di un cavalletto e senza nessuna barriere di protezione dal vuoto²¹⁸.

La sentenza della *Audiencia Provincial* riconosce che il datore di lavoro, da parte sua, oltre a non aver adottato i necessari (basilari) presidi di sicurezza, aveva lasciato che il lavoratore procedesse alla riparazione senza poter contare su adeguate protezioni, ciò che, indubbiamente – come sottolinea la stessa sentenza –, rendeva *prevedibile l'evento*. L'aspetto dirimente a parere della 2ª *sección*, però, è che il lavoratore, agendo in quel modo, avrebbe manifestato una «*volontaria aceptación del riesgo*» di subire l'infortunio, incorrendo in un'imprudenza "prevalente" su quella commessa dal datore di lavoro. Sottolinea il Tribunale che, da parte della vittima, accettando di eseguire l'opera in condizioni di alto rischio, «*se omitió la más elemental norma de cuidado*», giacché qualunque lavoratore (modello), nel caso in cui decida di eseguire le indicazioni del superiore non soltanto potendo prevedere ma essendo perfettamente consapevole del pericolo, «*adoptaría las medidas precautorias adecuadas en evitación de un resultado lesivo para él mismo (...)*»²¹⁹.

Una puntuale indicazione dei criteri di valutazione in auge nella giurisprudenza spagnola ce la fornisce una coeva sentenza della *Audiencia Provincial de Guipúzcoa*²²⁰. Per quanto riguarda i criteri normativi disciplinanti la posizione del datore di lavoro, leggiamo, «*puede afirmarse que la norma de cuidado en el ámbito laboral no se rige por el denominado principio de confianza (...) si no que responde a las premisas del principio de desconfianza – según el cual, el empresario que ostenta el poder jurídico de dirección y control, debe prever las omisiones ordinarias de los trabajadores*». «*Siendo la norma*

²¹⁸ «El día 29 de abril de 1999, el Sr. Enrique Pociño Ferrera, oficial de primera, estaba trabajando en una obra de la calle Ramón y Cajal de Premiá de Mar (Barcelona). El encargado de la empresa para la que trabajaba, Manuel Andrés Macias Martín, le dio la orden de rejuntar las baldosas del lavadero. E. Pociño realizó el trabajo utilizando un caballete, al que subió poniendo los pies en las barras intermedias, llevando en una mano un recipiente con cemento y en la otra una paleta para aplicarlo a las juntas. Al bajar del caballete perdió el equilibrio y se precipitó por uno de los huecos de la fachada, que carecía de medidas de cerramiento, cayendo al suelo desde una altura de 3,5 metros. Como consecuencia del accidente, E. Pociño quedó tetrapléjico». Questi i fatti riportati da M. T. CASTAÑEIRA PALOU – M. LLOBET ANGLÍ – R. MONTANER FERNANDEZ, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas*, cit., p. 2.

²¹⁹ Per quanto riguarda la differente rilevanza del contributo colposo della vittima in relazione ai diversi reati ascrivibili al datore di lavoro (pericolo concreto e lesioni), si puntualizza inoltre che «*una cosa es la no facilitación al trabajador por quien tiene la obligación de hacerlo de las adecuadas medidas de seguridad e higiene en el trabajo – conducta que podrá dal lugar o al tipo penal del art. 316 del Código penal o al del art. 317 (...) – y otra cual es la conducta que deve considerarse causalmente determinante de un eventual resultado lesivo posteriormente producido*».

²²⁰ SAP Guipúzcoa (1ª), 21.10.2004.

de cuidado uno de los elementos vertebrales del tipo de injusto imprudente, no constituye, sin embargo, el único componente estructural de la infracción imprudente. Junto a él conviven, en el plano objetivo, la producción de un resultado típicamente relevante y la existencia de una relación funcional y material entre la conducta que vulnera lo exigido por la norma de cuidado y el concreto resultado producido (imputación objetiva del resultado)».

Vediamo quindi, fra «*los elementos vertebrales del tipo objetivo*», quello della *autopuesta en peligro del trabajador*. Secondo la Corte territoriale, tale criterio interruttivo richiederebbe «*una consciencia exacta del peligro para un determinado bien jurídico del que es titular el que protagoniza la conducta de riesgo*» e «*una asunción libre del riesgo creado*»²²¹; e rileverebbe ogniqualvolta il rischio assunto dalla vittima si realizzi nell'evento; mentre sarebbe comunque irrilevante qualora l'infortunio rappresenti soltanto la realizzazione del rischio generato 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 di tal forma che «*aún cuando su infracción de cuidado hubiera podido calificarse como grave (...), deberá calificarse (...) como imprudencia leve*».

Non sempre il ricorso al criterio interruttivo (e, ad un tempo, al vecchio “*concurso de culpas*”²²², 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. Con una sentenza del 2000²²³, il *Tribunal Supremo* si pronuncia sul 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. Risulta dalla ricostruzione dei fatti che il datore di lavoro (di fatto, perché non esisteva alcun regolare contratto di lavoro) non aveva fornito alla vittima, un ragazzo diciottenne, nessuna informazione e nessun mezzo di protezione nonostante l'altissimo rischio derivato da 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.

²²¹ Si tratta delle due condizioni richieste in dottrina da M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 367 ss.

²²² *Supra*, anche per le critiche della dottrina, par. 4.3.2.

²²³ STS, 19.10.2000, n. 1611 (RJ 2000, 9263).

Esaminato il ricorso, in cui si deduceva una sorta di suicidio colposo della vittima²²⁴, e ribadito che i casi d'infortunio devono essere risolti attraverso criteri (propri della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, secondo i giudici) della *(des)confianza* e dell'*autopuesta en peligro de la propia víctima*, ritiene la Corte che nel caso di specie «*no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado (...), sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informados cuando tampoco estaba impuesto del riesgo que corría al realizar el trabajo encomendado. Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado ni le puede ser aplicable el principio de la autopuesta en peligro ni de la propia responsabilidad*».

4.3.4. Il “principio de confianza”: *colpa del “legalmente obligado” e concreta prevedibilità dell'evento*. – Nonostante la consolidata tendenza a presumere la negligenza del garante e valorizzare il contributo della vittima solo nel piano dell'imputazione oggettiva, anche in Spagna si segnalano isolate sentenze orientate a valutare la concreta prevedibilità dell'evento contro il dogma della sistematica sfiducia.

Fra queste, la sentenza della *Audiencia Provincial de Madrid* del 6 ottobre 2003 sottolinea il parallelismo che è possibile stabilire fra il settore in esame e quello medico-chirurgico. Anche l'attività d'impresa, si osserva, si caratterizza per il fatto che nessuno degli agenti «*controla la actividad en su totalidad, y trabaja bajo los principios de “complementariedad” y de “confianza” en la normalidad y corrección del cometido encomendado a los demás*». Si segnala, in questo senso, che in relazione alla divisione del lavoro «*es preciso dar una respuesta adecuada para evitar tanto que se diluyan las responsabilidades como que se exaspere insoportablemente el deber de vigilancia y de*

²²⁴ 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.

control del jefe del equipo». Da qui, senza disconoscere la vigenza di doveri “secondari” di controllo e vigilanza nell’ambito della sicurezza del lavoro (e dei cantieri, in particolare), riconosce che, tanto nella divisione orizzontale quanto in quella verticale, *«las relaciones entre los miembros del equipo se rigen, como regla general, por el principio de confianza en la presumible y esperable corrección de la actuación de los colegas y del personal auxiliar, a menos que existan circunstancias que inclinen a cuestionar la solidez de esa expectativa».*

Nella più recente giurisprudenza di merito, giova infine segnalare la sentenza della *Audiencia Provincial de Las Palmas* del 18 maggio 2011, n. 111, la quale, discostandosi dall’orientamento prevalente, individua nel dovere di diligenza del garante della sicurezza il luogo dogmatico in cui valutare l’eventuale incidenza della condotta colposa della vittima: *«El hecho de que el trabajador, incumpliendo su propio deber de diligencia, se coloque en una situación de riesgo, no exonera al empresario o su delegado de su responsabilidad, pues su deber de seguridad se extiende hasta el control y evitación de los riesgos generados por la propia víctima – si precisa – cuando son previsibles y evitables».*

4.4. Lo stato della giurisprudenza in Italia e Spagna. Sintesi.

Nonostante le citate, isolate, prese di posizione in sede di giudizio di legittimità, la massima costantemente adottata a fondamento delle decisioni della Corte di Cassazione è quella secondo cui *«in tema d’infortuni sul lavoro, 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»²²⁵.* Il dovere di impedire l’infortunio assumere quindi carattere onnicomprensivo, dotato cioè di un’estensione del tutto indipendente da un apprezzamento concreto circa la riconoscibilità o meno della condotta inosservante della vittima²²⁶.

²²⁵ Così CP, IV, 29.4.2008, n. 22622, in *DeJure*; la sentenza è ripresa più di recente, fra le altre, anche in CP, IV, 11.2.2011, n. 14999, e CP, III, 31.3.2011, n. 19312, in *DeJure*.

²²⁶ «Il datore di lavoro – osserva critica O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 75 – è interpretato come un nune tutelare della sicurezza fisica del lavoratore nell’azienda e, come si

Il luogo dogmatico in cui il contributo della vittima può assumere rilievo è in entrambe le esperienze, almeno generalmente, quello della “causalità giuridica”. In Italia, come visto, si ricorre stancamente alla formula antoliseiana della imprevedibilità secondo l’*id quod plerumque accidit*; in Spagna, invece, ci si affida a criteri ricavati dalla teoria (o dalle teorie) dell’imputazione oggettiva dell’evento che della causalità giuridica rappresentano la “moderna” evoluzione. L’effetto dei due atteggiamenti, nonostante la comune matrice dottrinale, è peraltro come si vede del tutto opposta, giacché mentre la giurisprudenza italiana giunge quasi sempre ad escludere che il contegno della vittima sia tale da poter avere un effetto interruttivo (*ex art. 41 cpv., cpi*), quella spagnola – dovendo maneggiare un criterio, come stiamo per vedere, affatto univoco – arriva talvolta ad escludere la responsabilità del datore di lavoro per eventi-infortunio chiaramente riconducibili, sia *ex ante* sia *ex post*, a sue specifiche inadempienze.

4.5. *Disvalore della condotta (ex ante) vs. imputazione oggettiva dell’evento (ex post): matrici dottrinali degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro. Osservazioni critiche e indicazioni ricostruttive.*

4.5.1. *Eccezionalità della condotta / autoesposizione al pericolo della vittima e responsabilità del datore di lavoro.* – Legare l’effetto interruttivo del nesso di causalità-imputazione alla “eccezionalità” o alla “obiettiva imprevedibilità” della condotta imprudente della vittima, si osserva criticamente in dottrina, significa confondere il piano oggettivo con quello soggettivo dell’imputazione del fatto. Il giudizio sulla prevedibilità o imprevedibilità dell’evento – valutazione da effettuarsi *in concreto* assumendo la prospettiva *ex ante* del parametro normativo di riferimento – appartiene infatti al terreno della colpa, non certo a quella della causalità, che va invece accertata oggettivamente e rigorosamente *ex post*²²⁷.

Pur non potendo ripercorrere l’annoso, complesso e mai sopito dibattito sul campo applicativo – ammesso che ve ne sia uno – del capoverso dell’art. 41 del codice italiano

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 (...).»

²²⁷ Cfr. al riguardo, con specifico riferimento al settore della sicurezza del lavoro: G. P. VOLPE, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, cit., p. 110 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, cit., p. 994-5; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 71 ss., 327 ss.

(il quale fornirebbe una base positiva alla teoria della “causalità umana”)²²⁸, la sensazione è che, in ogni caso, il ricorso a un’idea di prevedibilità di tipo causale (intesa come idoneità a causare) non sia più coniugabile con la concezione normativa della colpa. La frequentemente denunciata «contaminazione metodologica» fra causalità e colpa appare più che altro l’effetto di un’interferenza diacronica fra teorie del reato disomogenee e inconciliabili; l’errore, in buona sostanza, consisterebbe nel concepire la causalità come ai tempi in cui la colpa apparteneva all’elemento psicologico del reato e, come tale, lasciava alle teorie normative dell’azione, della rilevanza, dell’imputazione oggettiva e, appunto, della causalità giuridica la funzione di restringere il campo degli eventi ascrivibili alla condotta dell’agente. Dato che il criterio di prevedibilità – prevedibilità *in concreto* e in *sensu normativo* – è oggi chiamato ad integrare il giudizio ricostruttivo del dovere di diligenza sul piano dell’illecito, ritenere che la *imprevedibilità, eccezionalità*, ecc., di un *quid* con cui l’agente interagisce (un elemento ontico, *stricto sensu* naturalistico o comportamentale) possa rilevare sul piano causale non può che risultare incoerente sia sul piano sistematico sia su quello argomentativo. Al giudizio sull’idoneità causale della condotta, compiuto su base astrattamente nomologica (*id quod plerumque accidit*), seguirebbe infatti l’ulteriore valutazione attraverso cui l’interprete è chiamato a dare contenuto normativo al *dovere di diligenza* e al *fatto tipico colposo*, individuando una concreta *regola di condotta*.

Se nella *forma mentis* di buona parte della giurisprudenza italiana riconosciamo l’insegnamento di Francesco ANTOLISEI, nella concezione dell’illecito colposo adottata dalla prevalente giurisprudenza spagnola si nota invece la fortissima influenza esercitata da ROXIN nella cultura penalistica che la ispira.

Nel contributo dottrinale del fondatore della “moderna” *objektive Zurechnungslehre*, come già osservato²²⁹, il concetto di *rischio* (di “creazione del rischio” e di “realizzazione del rischio”) assume la funzione centrale di circoscrivere, *ex ante* ed *ex post*, l’insieme degli eventi *imputabili* rispetto a quelli – per l’appunto – meramente *prevedibili* secondo l’*id quod plerumque accidit*. Il metodo definitorio e ricostruttivo

²²⁸ Sul quale, anche per ulteriori riferimenti, cfr.: 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. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 268 ss.

²²⁹ *Supra*, Cap. 2, par. 3.4.2.

casistico-induttivo che fu adottato dall'autore tedesco consentì 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 oggi ritroviamo nella giurisprudenza spagnola sulla responsabilità datoriale per gli infortuni sul lavoro – da quelle di «consapevole esposizione in pericolo» (*einverständliche Fremdgefährdung*)²³⁰.

Tralasciando l'attuale polemica dottrinale fra chi sostiene che l'adozione della metodologia roxiniana abbia di fatto condotto ad una progressiva dissoluzione, a forza di progressive sotto-categorizzazioni, della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (ragion per cui questa andrebbe come tale respinta)²³¹ e chi, invece, invertendo la rotta, ritiene di poter operare una definitiva sintesi di quei criteri sotto la omogenea categoria del "nesso di rischio"²³², ciò che interessa verificare è se sia rintracciabile una teorizzazione della cd. "autoesposizione al pericolo" capace di spiegare e giustificare in maniera convincente l'effetto interruttivo che la giurisprudenza spagnola gli riconosce in ambito penal-lavoristico.

Sul piano teorico, la contrapposizione fra *autoesposizione al pericolo* e "mera" *consapevole esposizione al pericolo* poggia sulla distinzione fra *autoria* e *partecipazione* sviluppatasi nella teoria del concorso (e accolta da un settore della dottrina spagnola, in maniera invero piuttosto eterogenea e non sempre decifrabile, anche in relazione al delitto colposo²³³). L'impunità della partecipazione all'autoesposizione al pericolo fu

²³⁰ Su tutte queste categorie casistiche e sui relativi criteri di imputazione, v. ancora l'ampia indagine di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 547 ss., nel capitolo sulle ipotesi di «applicazione "allargata" del criterio della realizzazione del rischio».

²³¹ Ad esempio O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 333 ss., 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).

²³² M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 149 ss.

²³³ Sull'ampio dibattito dottrinale relativo al codice vigente (alla formulazione degli artt. 27 cpe) e in senso favorevole al modello differenziato autore/partecipe anche in relazione al reato colposo, cfr. i contributi di: M. PÉREZ MANZANO, *La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995*, in *RDPC*, 2000, n.e. 1, 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 «reasponsabilidad 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

originariamente ricavata per analogia dalla non punibilità della compartecipazione colposa al suicidio ai sensi dello *StGB* tedesco. Come sostenuto anche di recente, se tale forma di “concorso” è penalmente irrilevante (anche per il cpe), non può considerarsi punibile neppure la partecipazione colposa al fatto della vittima che colposamente «se mata o se lesiona a sí misma»²³⁴.

Al fondo dell'indicato *argumentum a maiore ad minus* e della sua discutibile matrice analogica²³⁵ si coglie dunque un principio ascrittivo senza il quale non si capirebbe che cosa davvero differenzi la situazione in cui «es la víctima la que en última instancia se mata o se lesiona a sí misma» da quella in cui (*heteropuesta en peligro consentida*) «es un tercero el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien ésta es consciente de – y asume – el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo»²³⁶.

In entrambi i casi, sia in ipotesi di *autoesposizione* che di *consapevole esposizione al pericolo*, la vittima potenziale accetta il rischio di pregiudicare i propri beni giuridici²³⁷; tuttavia, mentre nei casi di *einverständliche Fremdgefährdung* chi mantiene il dominio sul fatto è chi genera il rischio, della cui realizzazione perciò risponde, nel caso di *Selbstgefährdung* chi si trova in condizioni di controllare il corso degli eventi restando “padrone del proprio destino” è chi subisce il pregiudizio²³⁸. Applicata al “concorso

LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2004, p. 347 ss., 463 ss.; ID., *La autoría y la participación*, in C. M. Romeo Casabona – E. Sola Reche – M. A. Boldova Pasamar (a cura di), *Derecho penal*, cit., 155, p. 161 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 390-1.

Contra, per tutti, G. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (3ª), 2002, p. 630-1, secondo il quale, di fronte a «conductas imprudentes convergentes y concatenadas hacia un mismo resultado lo único che cabe es distinguir entre imprudencia leve y grave, en base a la valoración individualizada de cada conducta culposa».

²³⁴ Riproponendo l'argomento di Roxin (C. ROXIN, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, cit., p. 183 ss.), E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, in *ADPCP*, LVIII, 2005, 733, p. 734 ss.: «como la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) es impune en Derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso, la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima».

²³⁵ 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, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 43 ss., 193 ss.

²³⁶ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, cit., p. 734.

²³⁷ *Id.*, p. 734.

²³⁸ Cfr. in senso critico A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., spec. p. 220-4, e M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 201-2.

colposo” con la vittima, quindi, la teoria del *dominio sul fatto*²³⁹ consentirebbe di distinguere i casi di “accettazione del rischio” (praticamente un “dolo eventuale” della vittima, elemento soggettivo che consentirebbe di qualificarla quasi-suicida) aventi efficacia interruttiva rispetto alla condotta del partecipe (perché tale diventa, in questa prospettiva, chi espone altri al rischio) da quelli inidonei a escludere la concorrente responsabilità di quest’ultimo²⁴⁰.

Al cospetto di un panorama dottrinale sul tema dei “danni secondari” incapace di fornire appaganti, risolutivi o univoci criteri di giudizio²⁴¹, a questa distinzione si è invece voluto assegnare una funzione tranciante in sede di imputazione oggettiva dell’evento²⁴². Invertendo il ragionamento induttivo di partenza (quello che sottende la creazione dottrinale della categoria normativa della *Selbstgefährdung*), l’interprete 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. Il compimento di questa sussunzione però, come l’esperienza applicativa mostra chiaramente, risulta sovente piuttosto complesso.

Paradigmatico, fra tutti, è il caso del rapporto sessuale non protetto fra il soggetto sieropositivo consapevole della propria condizione di salute (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

²³⁹ L’elaborazione più compiuta della teoria del “dominio sul fatto”, dopo i contributi di Welzel, Maurach e Gallas, risale alla prima edizione dell’opera *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963) di Claus Roxin. Sull’inapplicabilità del criterio della *Tatherrschaft* al reato colposo nelle opere dell’autore tedesco, cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, in *ADPCP*, 1984, 103, p. 114 ss., spec. 120 ss., e L. CORNACCHIA, *Concorso di colpa e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 229 ss.

²⁴⁰ Sulla distinzione concettuale fra “suicidio” e mero “omicidio consentito” basata sull’idea di dominio sul fatto, e quindi sul principio di autoria, v. con ampi riferimenti alla dottrina tedesca lo scritto di J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, in *ADPCP*, 1987, II, 451, p. 453 ss.

²⁴¹ A. CASTALDO, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, cit., p. 213 ss.

²⁴² Cfr. ancora M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 179 ss., il quale 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.

possibilità di sottrarsi dal rapporto sessuale) giustifichi l'interruzione del nesso di imputazione, dopo tanti anni di dibattito, non ha ancora trovato un'omogenea soluzione in dottrina²⁴³.

Oltre alle cennate difficoltà applicative e all'evidente relatività sostanziale del criterio in esame²⁴⁴ (a dispetto della tranciante funzione "interruttiva" che gli viene assegnata), si potrebbero evidenziare la discutibile rilevanza del consenso nel piano dell'illecito, il carattere del tutto presunto dello stesso²⁴⁵ e la sua pertinenza a beni giuridici primari (indisponibili, almeno in Italia) della vittima²⁴⁶. Ma ciò che desta maggiori perplessità del tentativo di vedere nell'infortunio sul lavoro con contributo della vittima un caso etichettabile come *Selbstgefährdung* è, da un lato, la sottesa analogia con il suicidio fondata sul concetto di autoria²⁴⁷ e, dall'altro, l'assegnazione del ruolo di mero "partecipe" (al fatto colposo della vittima) al titolare di una funzione di garanzia²⁴⁸.

Per quanto riguarda il primo lato della medaglia, c'è da osservare che anche parte della dottrina spagnola favorevole all'adozione del criterio interruttivo dell'*autopuesta en peligro* avverte il rischio di finire col presumere il carattere "libero" dell'azione imprudente commessa dalla vittima negli ambienti di lavoro²⁴⁹, dove è chiaro che lo stato di subordinazione e di soggezione in cui versa, induce molto spesso il lavoratore ad agire

²⁴³ 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, nota 160, e 799-800, il quale dopo aver sostenuto entrambe le soluzioni sceglie infine di qualificare la condotta della vittima come *autopuesta en peligro* idonea ad interrompere il nesso di imputazione; e M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 210-3.

²⁴⁴ M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 197 ss.

²⁴⁵ Cfr. al riguardo M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 316-7, e B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 377.

²⁴⁶ Sulla «pratica irrilevanza» del consenso in rapporto ai reati colposi «a causa della pressoché generale indisponibilità dell'interesse tutelato dalle norme che prevedono questi reati», v. il fondamentale contributo di F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, 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.

²⁴⁷ Cfr. ancora J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, cit., p. 456 («para que se dé un auténtico suicidio es preciso que el autor "quiera" su propia muerte. Sólo esto permite distinguir el suicidio de la autopuesta en peligro») con la critica rivolta senza tanti orpelli dogmatici alla giurisprudenza spagnola 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*, 2006, 33, p. 9 ss.

²⁴⁸ Nonostante ne difenda la validità generale, riconosce l'inapplicabilità del criterio della *autopuesta en peligro* alla "partecipazione" colposa del datore di lavoro (garante) all'imprudenza del lavoratore (garantito) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, cit., 431, p. 455 ss.

²⁴⁹ *Infra*, par. 4.5.2.

assumendosi o esponendo altri colleghi a rischi che, in condizioni di reale autodeterminazione, probabilmente non accetterebbe.

Per quanto riguarda l'altro aspetto della questione, non si può dimenticare che il *dominus* per definizione dell'ambito di rischio che coinvolge il soggetto garantito è proprio 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, ma anche nel dovere 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.

4.5.2. (segue) *La responsabilità del garante 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 e la permanenza in capo al datore di lavoro di un obbligo di garanzia nei confronti del lavoratore quale principale "creditore di sicurezza"²⁵⁰, autorevole dottrina ritiene che la fattispecie di *autopuesta en peligro* possa considerarsi integrata soltanto in presenza di due condizioni da verificare con estremo rigore: il «conocimiento exacto del riesgo» e la «asunción libre del mismo»²⁵¹. La sussistenza di entrambi i requisiti consentirebbe di circoscrivere un'area di rischio di competenza esclusiva del lavoratore e quindi esclusa – in linea di principio, ma non in assoluto – dall'ambito di protezione relativo alla posizione di garanzia del datore di lavoro e al suo dovere di controllo e vigilanza²⁵². «Cuando el trabajador tenga formación suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad, se le advierta suficientemente de los riesgos y de su deber de adoptar las medidas de seguridad, etc., y pese a ello incumple las medidas, asume un riesgo que, sólo a él le es imputable»²⁵³.

²⁵⁰ Con questa ricorrente espressione (cfr. da ultimo 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 dal dovere generale di sicurezza è destinato a garantire protezione.

²⁵¹ M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 367-8.

²⁵² M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 378-9; cfr. C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales*, cit., p. 290-2, secondo cui «es necesario además que el curso lesivo escape al ámbito de competencia del empresario (obligado por un control directo del riesgo)».

²⁵³ M. CORCOY BIDASOLO, *Siniestralidad laboral y responsabilidad penal*, cit., p. 378.

Ebbene, l'impressione è che questa posizione, metodologicamente "ascrittiva" ma notevolmente correttiva rispetto a quella talvolta espressa in giurisprudenza²⁵⁴, al netto del ricorso alla categoria della *autopuesta en peligro*, attraverso la prospettiva normativa dell'area di rischio o dell'ambito di competenza²⁵⁵ venga in certa misura a convergere con quella recente e condivisibile dottrina secondo cui al garante che abbia adempiuto i propri doveri di formazione informazione in favore dei lavoratori dovrebbe potersi riconoscere la facoltà di contare sul fatto che le istruzioni verranno eseguite e che, su questa base, la partecipazione del garantito al sistema preventivo plurilaterale sia autonoma e autoresponsabile²⁵⁶.

La differenza fra le due prospettive sta in questo: ragionando in termini di colpa (*ex ante*) si finisce col limitare (astrattamente, ma solo fino a riconoscibile prova contraria) l'estensione dei *doveri relazionali* del datore di lavoro; mentre ragionando in termini ascrittivi (*ex post*) si esclude l'esistenza del nesso di imputazione circoscrivendo l'area di rischio di pertinenza del garante. Entrambe le operazioni presuppongono comunque un lavoratore capace di un'autonoma (o se si preferisce auto-responsabile) gestione del rischio. In entrambi in casi, cioè, ciò che in linea di principio condiziona logicamente la responsabilità del garante è che la vittima sia stata previamente e adeguatamente formata e informata sui rischi relativi all'attività lavorativa (ciò che però, come detto, non può autorizzare a presumere un consenso al sacrificio della propria vita o della propria salute in caso di avventatezza).

Il primo luogo dogmatico in cui occorre valutare l'eventuale incidenza del contributo colposo della vittima in relazione alla responsabilità del garante-datore di lavoro, a conti fatti, deve essere comunque quello tipico-soggettivo occupato dal dovere di diligenza (dal segmento di dovere di sicurezza assegnato al datore di lavoro)²⁵⁷.

Ragionando in termini di causalità umana o di imputazione dell'evento, come fa la prevalente giurisprudenza, si rischia di appiattare del tutto la colpa sulla posizione di

²⁵⁴ Come nella già richiamata sentenza della *AP de Barcelona* n. 619 del 2 settembre 2003.

²⁵⁵ Cfr. al riguardo i già citati studi monografici di M. CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., spec. p. 259 ss., e L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., spec. p. 343 ss.

²⁵⁶ Cfr. per tutti, fra gli studi monografici: 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, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., p. 145; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., p. 273 ss., spec. 278 ss.

²⁵⁷ Sostiene questa tesi, ma in via generale (non solo in relazione alla figura del garante), B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 379 ss.

garanzia finendo col perderla letteralmente per strada. L'ostinato appello al "dovere di prevedere gli infortuni" e al "dovere di farsi carico anche delle imprudenze degli stessi lavoratori"²⁵⁸ trasforma il *giudizio sulla condotta* del garante in una pura e semplice *presunzione* corroborata dalla realizzazione di un evento afferente all'ambito di protezione di un non meglio specificato *obbligo giuridico di impedire gli infortuni*²⁵⁹.

Nella prassi delle due esperienze si giunge spesso a risultati diametralmente opposti 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, cpi), la riconduzione della condotta del lavoratore alla categoria normativa della "*autopuesta en peligro*" porta a qualificare il datore di lavoro come mero "partecipe" e non anche titolare di una posizione di garanzia (ciò che contraddice la preliminare assunzione del cd. "*principio de desconfianza*"²⁶⁰). Come visto, peraltro, talvolta le due esperienze si avvicinano in realtà notevolmente: si pensi ai casi nei quali il criterio dell'*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 vittima²⁶¹.

Quando all'infortunio sul lavoro ha imprudentemente contribuito la vittima, occorre 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

²⁵⁸ Di recente, C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales*, cit., p. 290-2: «En aplicación del *principio de desconfianza* que rige en el ámbito laboral, el empresario debe contar con posibles imprudencias no temerarias del trabajador (art. 15.4 LPRL). En consecuencia, cuando la imprudencia del trabajador no sea temeraria y el empresario infrinja su deber de cuidado, éste se verá obligado a responder por el resultado. En cambio, cuando la imprudencia del trabajador sea calificada como temeraria, habrá que considerar que el peligro es competencia exclusiva del trabajador. En dicho caso, el empresario no responde por el resultado».

²⁵⁹ Per questa sottolineatura cfr. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 76, e G. CIVELLO, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 18 ss. Non si può ad esempio sostenere, come fa talvolta la Corte di Cassazione in materia di infortuni sul lavoro (v. ad esempio CP, IV, 12.10.2011 (dep. 19.12.2011), n. 46819, commentata in RTDPC, 2012, 2, p. 105 ss.), 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*.

²⁶⁰ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, cit., p. 455 ss.

²⁶¹ CP, IV, 6.11.2006, n. 41951.

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 individualmente esigibile, e come richiesto dalla stessa disciplina, alla sicurezza propria e dei compagni di lavoro²⁶².

Da un punto di vista normo-logico, l'effettiva predisposizione di tali condizioni dovrebbe poter generare una *legittima aspettativa di diligenza* idonea a tradursi in una corrispondente delimitazione del residuale *dovere di vigilanza* comunque 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" del secondo non può certo giustificare, di per sé, l'esclusione di qualunque rimprovero a carico del primo.

Data la pertinenza del "rischio-errore" all'ambito di protezione (o di competenza) della posizione di garanzia del datore di lavoro, qualora l'aspettativa del *lavoratore-modello* (*formato, libero e consapevole dei rischi: responsabile del fatto proprio*) ceda di fronte a gravi, ripetute, conosciute o riconoscibili inadempienze²⁶³, potrà imporsi al datore di lavoro 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-infortuni"²⁶⁴.

²⁶² Il sistema vigente è in buona sostanza 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: cfr. al riguardo O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 439-40.

²⁶³ «La propensión del trabajo al riesgo – ha scritto L. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, cit., p. 181 – condiciona la conducta de los trabajadores cuidadosos de forma prácticamente inevitable, alternandola de tal forma que desaparece el abstracto "cuidado del hombre – del trabajador – medio"»

²⁶⁴ Accogliendo i suggerimenti di I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 124-5, si può indicativamente ritenere che di fronte ad una violazione delle regole precauzionali da parte del lavoratore dovuta a «negligenza dipendente dalle condizioni di 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 colposo del lavoratore non possa 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

4.5.3. *Conclusioni.* – Come già osservato in relazione alla responsabilità medica, 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, il rischio che si corre è, inevitabilmente, quello di indurre l'interprete a dissolvere gli effetti normo-limitativi che appaiono più coerenti con il metodo della divisione del lavoro e con il modello di distribuzione dell'onere preventivo fra i diversi soggetti coinvolti nella comune gestione del rischio accolto dalla normativa preventiva di matrice europea. Considerando il contributo della vittima rilevante (anzitutto) sul piano della concretizzazione del dovere di diligenza (di vigilanza), e affidando al giudice il potere di valutare la liceità o l'illiceità della condotta del garante, si evita però il ritorno a logiche di tipo presuntivo (*versari in re illicita* e responsabilità da posizione) e la conseguente riduzione del giudizio penale ad un ragionamento deduttivo basato su fragili premesse categoriali (*l'abnormità* o *l'autoesposizione al pericolo* come criteri interruttivi *tout court*).

Questa conclusione, oltre che dall'osservazione delle conseguenze aberranti a cui può condurre l'acritica applicazione giurisprudenziale di parametri ormai avulsi dal loro contesto teorico d'origine, poggia essenzialmente su ragioni di ordine dogmatico e di consequenzialità logico-sistematica: i parametri ascrittivi ricavati dalle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento (o afferenti alla "causalità della colpa") non possono che assumere quale «termine di correlazione, non già la condotta naturalisticamente intesa, bensì direttamente la violazione della diligenza doverosa»²⁶⁵.

concorrente del garante dovrebbe escludersi – salvo concreta prevedibilità dell'evento – in base al canone regolativo del principio di affidamento.

²⁶⁵ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 25. Come è stato sottolineato anche da 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. FELIÓ SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 379 ss., e M. CORCOY BIDASOLO, *Prólogo a la segunda edición*, cit., 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 – così J. M. SILVA SANCHEZ, *Prólogo, in Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, 2006, p. XII –, cfr. nel volume appena citato i contributi di W. FRISCH, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*, p. 1 ss., e di R. ROBLES PLANAS, *Conducta*

È dalla logica presuntiva, sia essa applicata *ex ante* oppure *ex post*, che occorre finalmente emanciparsi, abbandonando l'idea, come si vede pericolosa, che alla dogmatica penalistica spetti il compito di mettere nelle mani del giudice-esecutore (un giudice “bocca della dottrina”, si potrebbe dire) formule magiche capaci, da sole, di indicare la soluzione del caso.

5. La funzione regolativa del principio di affidamento: l'aspettativa di diligenza come limite normativo “tipico” alla responsabilità colposa e il dovere di diligenza “relazionale” come regolare cautelare “atipica” (di formazione giudiziale).

Ritorniamo all'origine delle riflessioni compiute nel presente capitolo, laddove ci si è chiesti se, data l'intrinseca indeterminatezza del parametro normativo di diligenza, sia possibile individuare nel “principio di affidamento” un *criterio regolativo del tipo* capace di tracciare i contorni della pretesa comportamentale e una – quantomeno tendenziale – linea di confine fra illecito e colpevolezza colposa.

Come abbiamo visto, soprattutto nella dottrina italiana (meno influenzata dai canoni ascrivibili della *objektive Zurechnung*), l'idea regolativa dell'aspettativa sociale viene concepita come riflesso dell'appartenenza di ciascuno ad un determinato gruppo sociale o professionale, ciò che consentirebbe a ciascun altro di regolare la propria condotta in base allo standard di diligenza che sia legittimo attendersi dal componente del circolo di rapporti con cui si interagisce²⁶⁶. L'affidamento nella capacità dei consociati di attenersi alle norme di comportamento ad essi riferibili, in quanto rappresentanti di un determinato tipo di agente, reagirebbe sulla definizione normativa della diligenza esigibile all'agente-modello nella vita di relazione.

Pur illustrando la genesi e i limiti nella norma di fonte sociale chiamata ad integrare la fattispecie “aperta” di parte speciale, questa spiegazione normologica non riesce a esercitare del tutto la sua funzione regolativa. L'individuazione di sfere di

típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones el hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo, p. 61 ss.

²⁶⁶ Cfr.: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 198-9; G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 307; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 272 ss., 292; più di recente, F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, cit., p. 11.

diligenza per così dire 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 (metaforicamente) orientato da altri modelli normativi a loro volta definiti dallo stesso interprete. Spiegazione concettuale e giudizio ricostruttivo della norma di diligenza (relazionale) resterebbero pertanto ancorati soltanto a diverse e interagenti *Maßfiguren*, tipi normativi di autore non più identificabili ricorrendo soltanto al concetto di “circolo di rapporti”²⁶⁷.

L’unico modo per uscire dal circolo vizioso della norma sociale relazionale, e per dotare di reale efficacia regolativa il criterio del reciproco affidamento, è quello di riferirsi a norme socialmente “valide”, cioè a regole di condotta *riconosciute, accettate e adottate in un determinato contesto relazionale* e, in quanto tali, connotate non soltanto da ambiti di applicazione e di protezione predefiniti dall’esperienza, ma anche dal potere di riflettersi in un’aspettativa normativamente apprezzabile²⁶⁸. Sono queste regole, quelle che si è scelto di ridefinire “tipiche”²⁶⁹, e non astratti e sfuggenti agenti-modello, gli unici parametri capaci di indicare a ciascuno la condotta da tenere nell’interagire con altri e di coadiuvare l’interprete nella concretizzazione della norma di diligenza quando questa non sia predefinita²⁷⁰.

²⁶⁷ Beninteso, affermare che tale riferimento non è più sufficiente non significa sostenere che non potesse ed anzi che non dovesse valere, quando, come all’epoca dello studio sulla *Colpa per inosservanza di leggi* di Marinucci (1965), si trattava di riflettere la crescente complessità sociale abbandonando il parametro indifferenziato dall’uomo medio, del *pater familias*, dell’uomo avveduto, ecc.

Sulla crisi della concezione tradizionale di “agente-modello”, cfr. comunque i sintomatici contributi di V. ATTILI, *L’agente modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *RIDPP*, 2006, 1240, spec. p. 1276 ss., e S. PREZIOSI, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *CP*, 2011, 5, p. 1985 ss.

²⁶⁸ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, 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».

²⁶⁹ *Supra*, Cap. 4, par. 4.2.3.

²⁷⁰ Indicativa la citata STS 5.2.1973, nella quale si afferma che il principio di affidamento «(...) consiste en la suposición del autor de que todo partícipe se conducirá en todo momento a tenor de las normas legales y reglamentarias e incluso consuetudinarias, sin que por tanto en circunstancias consideradas normales se deba prever una conducta antirreglamentaria por parte de la víctima que venga a quebrar el conjunto de previsiones adoptados por el actuante sin darle tiempo de rectificarlas».

A questa considerazione rispondono del resto 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 precedenza²⁷¹.

A tale insieme di norme appartengono anche quelle fondate sul previo adempimento dei doveri di formazione e informazione da parte del soggetto titolare di una funzione di garanzia: come detto in relazione alle figure del medico apicale e del datore di lavoro, una volta adempiuti gli obblighi primari di loro competenza, essi dovrebbero potersi legittimamente aspettare 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 loro dovere relazionale 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: è il contenuto normativo dell'istruzione e dell'informazione sul rischio che, in altri termini, consente all'affidante (e all'interprete) di caratterizzare il lavoratore o il sanitario-modello²⁷².

Tuttavia, anche l'aspettativa di diligenza idonea, in quanto “valida”, ad esercitare una reale funzione regolativa del *tipo colposo*, limitando l'estensione del dovere 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 propria competenza non è stato, non è o non sarà in grado di adeguarsi agli *standard* di condotta a lui riferibili.

A questo punto, si tratta di stabilire quali soggetti possano ritenersi astrattamente co-responsabili 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 – che travalica i limiti di

²⁷¹ *Supra*, par. 2.1.

²⁷² È in questo senso che si può interpretare la riflessione di chiusura del recente contributo su affidamento e colpa medica di L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., p. 85, dal quale l'autrice si congeda osservando 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.

questo lavoro, benché da un punto di vista logico e sistematico ne preceda l'oggetto – viene tradizionalmente risolto attraverso la *condicio sine qua non* e la definizione della portata della posizione di garanzia²⁷³, 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 offesa²⁷⁴.

Una volta verificata l'attribuibilità materiale o normativa dell'evento – un'attribuibilità “mediata” dall'altrui condotta inosservante –, 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 imprudente 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; 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 riconducibili 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 attenersi unicamente alla violazione del dovere riferibile a ciascuno²⁷⁵, un dovere che – unica particolarità – avrà ad oggetto la condotta imprudente di un terzo²⁷⁶.

²⁷³ *Supra*, Cap. 3. Sulla reponsabilità dello psichiatra e sulla definizione dell'ambito di garanzia che gli compete in relazione al suicidio o all'atto illecito del paziente, cfr. i recenti contributi di G. A. VALLEJO JIMÉNEZ, *La responsabilidad penal por imprudencia del médico psiquiatra ante el suicidio del paciente con trastorno mental*, in *RNFP*, 2012, 8, p. 56 ss., e C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare*, cit., p. 225 ss. Più in generale, sul problema della delimitazione della funzione di garanzia del medico in relazione alla condotta dei collaboratori, cfr. i contributi di E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 115, e L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 833, spec. § 3.2.

²⁷⁴ Più di recente si è fatto invece riferimento a diverse ricostruzioni normativiste, fra le quali si segnalano quella di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 343 ss., spec. 519, fondata sull'abbattimento del “dogma causale” e sulla fondazione di un livello di imputazione pre-tipico volto alla selezione dei soggetti competenti rispetto a determinati ambiti di rischio, eventualmente comprendenti le condotte di terzi (*Imputatio*); e quella di F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, cit., spec. p. 347 ss., 463 ss., il quale teorizza un modello differenziato di autoria e partecipazione in materia colposa (sulla base degli artt. 27 ss. cpe).

²⁷⁵ Cfr. per tutti: F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 65; e G. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 631.

²⁷⁶ La previsione da parte del Codice Rocco della norma incriminatrice di cui all'art. 113 cpi scatenò in Italia un lungo dibattito sull'opportunità di distinguere tra ipotesi di vera e propria «cooperazione colposa»

Tali ipotesi, chiaramente, ci riportano inevitabilmente al terreno della colpa per inosservanza di regole “atipiche”, vale a dire, di norme di condotta definibili soltanto attraverso i criteri ricostruttivi tradizionali. Anche quando vengono in causa doveri di diligenza relazionali²⁷⁷, come sempre accade quando la colpa (la sua misura oggettiva) deriva dalla violazione di regole di condotta conformate alle peculiarità fattuali 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 sul piano assiologico di quelle di stretta legalità, inducono a preferire il mantenimento di un paradigma colposo di tipo 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 genere. Del resto, anche in queste ultime ipotesi, il giudice non dovrebbe mai esimersi dal ricorrere mentalmente ad un parametro normativo di agente: un giudizio basato sulla mera rilevazione di un’inosservanza di regole specifiche, determinate quanto si vuole, 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*.

Pertanto, come detto nel capitolo precedente e come meglio vedremo nel seguente, una soluzione in grado di coniugare l’opportunità di non limitare l’intervento penale alle violazioni di regole predeterminate (o “tipiche”) con la necessità di considerare la minor esigibilità della pretesa di adeguamento a modelli di comportamento intrinsecamente

e casi *lato sensu* concorsuali non riconducibili alla relativa disciplina codicistica. 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» (i casi di cui ci stiamo occupando), nella concorrenza di condotte colpose indipendenti (non riconducibili all’art. 113 cpi) «le regole violare da ciascuno sono autonome» (L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 540-1). Per un’impostazione analoga, v. già il contributo di G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *RIDPP*, 1980, 63, p. 88 ss., dove si rileva che «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»; e fra queste norme si indica proprio quella che statuiva l’obbligo «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).

²⁷⁷ Per una proposta descrittiva e classificatoria degli «obblighi relazionali», L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 518-9.

indeterminati (non predeterminati: regole “atipiche”, eventualmente “relazionali”) potrebbe essere quella di stabilire (laddove non ancora previsto) che in questa seconda categoria di ipotesi siano punibili soltanto violazioni di particolare e oggettiva gravità.

CAPITOLO SESTO

LA CONDOTTA COLPOSA: UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA

1. La normatività della colpa.

Senza alcuna pretesa di esaurire l'immensa tematica del reato colposo, nei capitoli precedenti ci si è concentrati sulla "misura oggettiva" della colpa riflettendo criticamente sulle attuali teorie normative allo scopo di ipotizzare il ricorso ad ulteriori plausibili parametri ricostruttivi.

Per arrivare a questo punto si è scelto di partire dall'indicazione delle tappe fondamentali dell'evoluzione del concetto di colpa nella letteratura penalistica italiana e spagnola del Novecento. Questo primo passo ha consentito di evidenziare, sul piano comparatistico, come la decisiva influenza esercitata dalla dogmatica tedesca in entrambi gli ambienti culturali si sia tradotta, specie a partire dagli anni '70-'80 del secolo scorso, in un tangibile allontanamento di esperienze tradizionalmente caratterizzate da un linguaggio comune¹.

In entrambi i contesti, non di meno, si è osservato quel medesimo graduale passaggio dalla concezione psicologica a quella normativa della colpevolezza che ha portato a studiare e a ricostruire la categoria penalistica "colpa" all'insegna di un approccio valutativo e non più soltanto psichico-causale. A questo primo graduale mutamento prospettico, testimoniato – fra le altre – dalle opere di Delitala, Marcello Gallo, Jiménez de Asúa e Quintano Ripollés², seguì la definitiva riconduzione della colpa all'elemento del fatto tipico: sistematizzazione assunta, al netto dell'indiscutibile ascendenza welzeliana³, dalla dottrina ormai dominante in entrambi i Paesi.

¹ Questo allontanamento, dovuto soprattutto all'accoglimento della *objektive Zurechnungslehre* da parte non solo della dottrina ma anche della giurisprudenza spagnola, risulta particolarmente evidente in materia di responsabilità del garante della sicurezza nei luoghi di lavoro (del *legalmente obligado*) in ipotesi di infortunio cui abbia contribuito "colposamente" la stessa vittima (*supra*, Cap. 5, par. 4).

² *Supra*, Cap. 2, par. 2.1.

³ Cfr. di nuovo, per tutti (finalisti e non): G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59 ss.; J. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, cit., p. 64-5; J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, cit., p. 177 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 15 ss.

Questo complesso, talvolta paradossale⁴ e comunque travagliato processo dogmatico culminato nell'assegnazione all'elemento normativo "colpa" di una funzione integratrice del tipo sembra tuttavia aver condotto, oggi, in un nuovo vicolo cieco. 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 cautelare⁵ si scontra, come si è inteso sostenere, con l'irriducibilità della sua "normatività" ad una pretesa assiologica "positività". Benché il *deficit* di determinatezza già evidenziato da Welzel⁶, anche a parere di chi scrive, non possa essere superato sostenendo che il problema della genesi e del rinvenimento delle regole cautelari da parte del giudice è «*di per sé estraneo al principio di legalità*»⁷, non si può nemmeno accettare di ridurre la funzione del giudice ad un'operazione meramente applicativa⁸.

Riconoscendo che la normatività della colpa soddisfa «un'istanza di integrazione della norma penale nella descrizione del fatto colposo»⁹, ma ammettendo al contempo che essa non è sempre riducibile a regole predeterminate, e come tali immediatamente disponibili, ci si confronta con un problema che, lungi dal riguardare soltanto la colpa¹⁰, coinvolge in realtà uno dei maggiori dilemmi del diritto penale continentale contemporaneo: la definizione di un paradigma di legalità che consenta di comporre l'esigenza garantistica di conoscibilità e prevedibilità del precetto e l'imprescindibile contributo normativo del giudice¹¹. In questo senso, una volta riconosciuto, anche da parte

⁴ Secondo lo stesso G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59.

⁵ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 89 ss.; v. pure G. V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 134.

⁶ H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, cit., p. 14.

⁷ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 502 ss.

⁸ Cfr. però D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 264 ss., il quale sostiene l'obiettivo di una «totale immunizzazione della tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice».

⁹ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 90.

¹⁰ Cfr. in questo senso, di recente, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Mandato de determinación e imprudencia*, in *InDret*, 2012, 2, p. 1 ss., e B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible*, in *RJUAM*, 2013, 27, 143, p. 144 ss., i quali in termini analoghi sottolineano come la questione "determinatezza" riguarderebbe tanto quanto la colpa anche la materia del dolo, giacché anche la struttura dei reati dolosi include elementi normativi legati al superamento del rischio consentito concretizzabili soltanto in via interpretativa.

¹¹ Cfr., fra i tantissimi contributi, quelli di: 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 *QFSPGM*, 2007, p. 1279 ss.; e A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, *passim*.

dei penalisti, che «l'interprete inevitabilmente crea»¹² e che la “norma giuridica” non corrisponde all'enunciato della disposizione legale ma all'interpretazione che ne dà la giurisprudenza¹³, 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»¹⁴.

2. Il “*problema colposo*” fra liberalismo e normativismo. La punibilità della colpa incosciente grave.

Nonostante l'ingente sforzo volto ad arricchire il criterio di *prevedibilità* con ulteriori parametri di valutazione – quali lo scopo di protezione delle norma, l'agente-modello e il principio di affidamento – esso non ha mai cessato di essere considerato un canone di giudizio «troppo normativo»¹⁵ e in quanto tale insufficiente ad indicare, con i

¹² E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *PD*, 1996, p. 469. Attraverso l'adozione del metodo comparatistico ed il riferimento ai sistemi di *Common Law*, l'autrice giunge a sostenere che la regola giudiziaria è un «formante» del sistema giuridico e che il suo cambiamento, quindi, comporta un mutamento del diritto. Cfr., *amplius*, il fondamentale studio di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 71 ss., e il più recente contributo di M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, spec. p. 63 ss.

Su questo stesso fondamentale profilo relativo al sistema delle fonti del diritto è stata di recente chiamata a pronunciarsi la nostra Corte Costituzionale, alla quale il Tribunale di Torino ha sottoposto la questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p. (per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU), nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato (e delle pronunce ad essa assimilate), oltre che nei casi di abrogazione e di dichiarazione di illegittimità costituzionale (e di dichiarazione di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea avente effetto diretto operata con sentenza della Corte di giustizia, ipotesi dedotta in via interpretativa dalla giurisprudenza di legittimità), anche nel caso di «mutamento giurisprudenziale» in *bonam partem* ‘certificato’ da una pronuncia delle Sezioni Unite. Sulle possibili ragioni del ricorso, con particolare riguardo alla nozione “sostanziale” di legalità adottata dalla Corte di Strasburgo (che trova origine nell'esigenza di non estromettere dalla tutela della Convenzione gli ordinamenti di *Common Law*), e su quelle alla base del rigetto della Corte (sentenza del 12.10.2012, n. 230, Rel. Frigo, disponibile in *DPC*), v. il commento di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *RTDPC*, 2012, 3-4, 164, p. 171 ss., nonché i contributi di O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *RTDPC*, 2013, 1, 159, p. 173 ss., e V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *DPC*, 20 gennaio 2015, p. 3 ss.

¹³ Per tutti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 63 ss.

¹⁴ F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 63, p. 84.

¹⁵ Così G. V. DE FRANCESCO, *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 133.

caratteri del “comportamento alternativo lecito” (della norma giuridica), i casi in cui l'inosservanza può dar luogo a colpa per il diritto penale¹⁶. A ciò si aggiunga l'esigenza politico-criminale di concepire l'esercizio dello *ius puniendi* come *ultima ratio* del sistema, ciò che impone di differenziare nettamente la colpa penale da quella civile, coniugando l'esigenza di legalità e colpevolezza (di conoscibilità della regole di diligenza) con quella di *limitare* l'intervento repressivo sugli autori di offese involontarie ai beni giuridici.

Queste riflessioni, al netto di ulteriori valutazioni di carattere funzionale pertinenti a ciascun specifico settore relazionale o professionale, ci riportano idealmente all'abbandono dell'idea psicologica di colpevolezza (e di colpa) 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»*¹⁷. La preoccupazione per le implicazioni illiberali della sanzione del delitto involontario, infatti, induce tuttora alcuni autori a proporre di condizionare la punibilità dell'inosservanza cautelare¹⁸ alla sussistenza di un elemento psicologico effettivo, quand'anche non sussista la previsione dell'evento¹⁹.

Sanzionando la colpa incosciente, come abbiamo già osservato, si finisce molto spesso col punire una “mancanza” che precede la condotta lesiva (il fatto-illecito), ovvero «la colposa ignoranza, il fatto di non aver messo cautela nel conoscere»²⁰. Sostenendo che «un modello penale davvero garantista dovrebbe identificare il *coefficiente minimo* di partecipazione soggettiva nella *consapevole deviazione da una regola comportamentale»*²¹, come fatto con diverse sfumature anche nel corso degli ultimi

¹⁶ Cfr. più di recente, 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.

¹⁷ *Supra*, Cap. 2, par. 2.1.

¹⁸ Sull'inevitabile dimensione normativa delle teorie psicologiche non solo recenti, v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 462 ss.

¹⁹ Distingue tra colpa cosciente (della portata cautelare delle regole violate), colpa con rappresentazione (di elementi del 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.

²⁰ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562. Per ulteriori riferimenti v. *supra*, Cap. 4, par. 4.1.

²¹ 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 (cfr. spec. Arth. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit., p. 223 ss.).

anni²², si esprime quindi l'esigenza di evitare che con la pena si sanzioni – non già un *fatto colposo*, ma – lo *stile di vita* o il *modo di essere* dell'autore²³. In questa prospettiva, infatti, dal giudizio di colpa andrebbero escluse sia la questione relativa alla conoscibilità della concreta norma di diligenza²⁴, sia, in particolare, quella della definizione del patrimonio nomologico dell'agente-modello²⁵, 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'autore²⁶.

E tuttavia, con il superamento del paradigma volontaristico di colpevolezza, il distacco della «colpa dall'interiorità dell'agente (dalla *diligenza interiore*) per concentrarla sulla correttezza esteriore dettata dal modello comportamentale (sulla *diligenza esteriore*)»²⁷ e l'assunzione del concetto normativo di rimproverabilità²⁸, vanno comprese le ragioni di chi ritiene che la colpa *con consapevole deviazione da una regola comportamentale* (ammesso che tale consapevolezza sia accertabile o deducibile) o *con rappresentazione dell'evento*²⁹ non è sempre o per ciò solo più “grave” di quella

²² Per alcune recenti ma eterogenee concezioni normativo-psicologiche cfr. in particolare gli studi di: B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 262 ss.; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 216 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., p. 537-9, 581-3; ID., *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., II, 1175, p. 1189 ss.

Per la corrente neo-finalista, cfr. J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, cit., p. 180 ss., e J. L. SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, *Sobre la consideración de los “conocimientos especiales” del sujeto en el juicio objetivo de peligro*, cit., p. 646 ss.

²³ Cfr. di nuovo sul punto: G. V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 133-4, nota 125; B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., spec. 262 ss.; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 273-4.

²⁴ Della quale, affinché la sua inosservanza possa considerarsi punibile, il soggetto dovrebbe quantomeno serbare memoria («co-consciencia de la pauta de cuidado exigible»), secondo E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 243-4.

²⁵ Secondo B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., spec. 263, «para que el resultado se considere *racionalmente previsible* y no sólo imaginado por el autor es preciso que éste se dé cuenta de que su conducta es una conducta idónea o adecuada para producir un resultado si alguien entra en su radio de acción o que encierre una peligrosidad general o estadística»; pertanto, solo «si a pesar de conocer la *peligrosidad abstracta* de su actuación una persona no hace nada para controlar su lesividad o decide realizar igual la actividad esa persona estará infringiendo su deber de cuidado» (corsivo non originale).

²⁶ Secondo E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 240-1, si avrebbe “colpa incosciente” soltanto nei casi in cui «*el sujeto no sabe que infringe el cuidado que le es exigible, ya sea porque ignora la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas que indicaban la necesidad de observar un comportamiento cuidadoso, ya sea porque evalúa erróneamente dichas circunstancias, creyendo que con las medidas de precaución que aplica está actuando prudentemente*».

²⁷ Riferendosi alle *Untersuchungen* di Engisch, G. V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 132.

²⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., p. 566.

²⁹ Ipotesi di fatto coincidenti quando si tratta di colpa generica, giacché è la previsione/prevedibilità dell'evento che fa scattare il dovere di comportarsi in modo tale da contrastare il decorso lesivo attuale o potenziale.

imputabile 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 illecito³⁰.

La valutazione della “riprovevolezza” del contegno tenuto dall’agente, della sua “inaccettabilità” e della conseguente meritevolezza di una reazione non meramente riparatoria, non può esaurirsi nella prova dell’esistenza di una nesso più o meno intenso fra l’elemento intellettuale dell’agente e il carattere antiggiuridico della condotta, potendosi invece ricavare, quantomeno in parte, dalla considerazione del *quantum* di tale antiggiuridicità. Agli occhi del normativista, in altre parole, talune patenti, grossolane e quindi “gravi” violazioni possono apparire persino più biasimabili – a maggior ragione perché incoscienti – di altre trasgressioni perpetrate con piena coscienza ma in assenza di un ulteriore elemento volitivo.

In questa direzione, come sostenuto anche da alcuni esponenti della dottrina italiana (tradizionalmente più restia, anche per le menzionate ragioni gius-positive, ad ammettere una graduazione della colpa già sul piano dell’illecito), appare quindi ragionevole pensare che quanto maggiore sia il livello di gravità dell’inosservanza tanto inferiore possa essere 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, si è scritto, 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 psichica, la condotta dell’autore dovrebbe potersi considerare penalmente tipica se integrata da una violazione *così grave da potersi ritenere (o “presumere”) rappresentabile da chiunque*³¹.

³⁰ Cfr. sul punto, anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca: T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 848 ss. (e nota 68); J. L. DíEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados per el resultado y el artículo 3 del proyecto del Código penal español del 1980 (II)*, in *ADPCP*, 1983, 101, p. 114 (nota 114); B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 333 (nota 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 (note 222-6).

³¹ In questa direzione, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 560.

Potrà comunque trattarsi di una gravità “esternamente” compatibile con l’agire di un agente “ragionevole” (benché per l’appunto imprudente o negligente), cioè non necessariamente tale da confondersi con le ipotesi di “rischio doloso” che secondo alcuni autori, sussistendo anche l’elemento rappresentativo e volitivo (il fatto psichico), qualificherebbero già sul piano oggettivo-normativo (tipico) l’agire doloso. Cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 122 ss., 320 ss. (più di recente, ID., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in *DPC*, 6 febbraio 2013, p. 9 ss.), secondo il quale tale rischio distinguerebbe già il dolo eventuale dalla colpa cosciente, e M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *RTDPC*, 2014, 1, 70, p. 92 ss., per il quale di “rischio doloso” si può parlare solo a partire dal dolo diretto. Entrambi, comunque, sostenendo che in

3. La gravità della colpa.

3.1. Ipotesi: la funzione ricostruttiva e limitativa del criterio normativo di "gravità".

L'idea che nelle pagine che seguono si intende corroborare è quella secondo cui il concetto di "gravità", se applicato al fatto tipico, potrebbe assumere una funzione *ricostruttiva* a beneficio dell'interprete, consentendo di *delimitare* l'area della colpa punibile valorizzando le esigenze di fondo espresse sia dalle "neo-classiche" (o neo-finaliste) teorie psicologiche sia dalla più recente dottrina prasseologico-positivistica.

A differenza delle prime, benché si condivida l'opinione per cui nei casi di colpa cosciente (o con previsione dell'evento) la "riprovevolezza" del comportamento può dedursi dal fatto stesso di aver agito in modo consapevolmente pericoloso, va anche considerato che l'opportunità del rimprovero può talvolta giustificarsi in ragione della qualità dell'inosservanza sottesa all'offesa arrecata al bene giuridico. L'elemento normativo che qualifica la condotta, infatti, può rendere il fatto lesivo (nella sua globalità) persino più grave di un'azione consapevolmente imprudentemente o coscientemente pericolosa (elemento psicologico che spesso peraltro coincide). Ritenendo la colpa cosciente 'ontologicamente' più grave di quella incosciente, osservava già V. 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»³².

In relazione alla dimensione normativa della colpa, inoltre, se la violazione di regole prudenziali ampiamente in "uso" nel contesto sociale e professionale di riferimento può senz'altro in quanto tale ritenersi penalmente rilevante³³ – a meno che il dubbio (dell'interprete) non riguardi la riconoscibilità delle condizioni che richiedono l'adozione del modello preventivo o comunque la prevedibilità dell'evento (senza la quale

mancanza di una colpevolezza psicologica non c'è dolo, ritengono che possa integrare un fatto meramente colposo (più probabilmente cosciente) anche un comportamento attivante un rischio palesemente "irragionevole".

³² F. V. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (11^a), 1902, p. 165 (come citato da T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 850).

³³ Analogamente, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562.

mancherebbe d'altronde il “nesso di rischio”) –, diversamente, quando modalità cautelari riconducibili a un concetto ampio di *lex artis* non siano disponibili, o quando addirittura si ipotizzi la sussistenza di una “colpa generica residuale”, il giudizio ‘creativo’ (la definizione della “norma giuridica”) dovrebbe rispondere ad una valutazione più garantista di quella rimessa ad un semplice agente “modello”. Ecco perché, sostenendo l’opportunità di non limitare *a priori* l’intervento penale alle sole violazioni di regole cautelari di matrice positiva o prasseologica, si è anche detto che la punibilità dell’inosservanza di regole “atipiche” (cioè paramtrate a *Maßfiguren*) dovrebbe limitarsi ai casi di particolare gravità.

3.2. La gravità della colpa nella dottrina italiana fra commisurazione della pena, giudizio di colpevolezza e teoria della “doppia misura”.

Questo primo passo ricostruttivo incentrato sulla (tendenziale) distinzione fra tipologie cautelari predeterminate o “tipiche”, da una parte, e determinabili solo in sede di giudizio e quindi “atipiche”, dall’altro³⁴, prende spunto anche da un’interpretazione oggettivistica della recente *riforma Balduzzi* sulla responsabilità del personale sanitario (secondo cui la punibilità della colpa lieve andrebbe esclusa nei casi in cui l’adeguamento a “linee guida” e “buone pratiche” ha dato luogo alla violazione del dovere di diligenza). In questa prospettiva, come sembra confermato da alcune prime letture offerte dalla Corte di Cassazione, sarebbe diventato ineludibile interrogarsi sul significato e sulla rilevanza della gravità già in sede di definizione della tipicità colposa³⁵.

Tuttavia, in Italia, dove il «*grado della colpa*» assume normalmente rilevanza solo in sede di commisurazione della pena (art. 133 cpi), l’atteggiamento della dottrina nei confronti di una sua possibile valorizzazione già nella struttura del reato è sempre stato per lo più diffidente, giacché per sua “natura” – come scrisse Marcello GALLO e come molti altri hanno sostenuto dopo di lui – importerebbe un giudizio largamente ispirato da «intuizioni emotive»³⁶.

Osserviamo anzitutto che nelle classificazioni tradizionalmente proposte in letteratura, il grado della colpa che il giudice dovrebbe valutare nel determinare il

³⁴ Non del tutto sovrapponibile alla tradizionale distinzione concettuale fra colpa generica e colpa specifica (*supra*, Cap. 4, par. 4.2.3 e 5).

³⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 5 ss., 15-6.

³⁶ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., p. 643.

quantum della sanzione andrebbe ‘misurato’ alla stregua di indici sia oggettivi che soggettivi.

La matrice eterogenea del giudizio gravità si evince chiaramente dall’ampio saggio di Tullio PADOVANI, il quale, pur includendo entrambe le dimensioni – obiettiva e subiettiva – della colpa all’interno dell’elemento dogmatico “colpevolezza”³⁷, ritiene, in sintesi, che il suo grado sia «direttamente proporzionale al grado di *esigibilità* dal singolo soggetto del comportamento conforme a diligenza ed allo scarto fra detto comportamento e il comportamento tenuto»³⁸. Il carattere misto dell’insieme di elementi da cui poter ricavare un giudizio di gravità è ribadito anche nel successivo contributo di Ferrando MANTOVANI, il quale 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 ad osservare la diligenza dovuta; il *quantum* di esigibilità del rispetto delle regole cautelari) e infine psicologici (il *quantum* di previsione; la maggior o minor consapevolezza di tenere una condotta pericolosa; il tipo di motivazione, quando in presenza di un conflitto di doveri)³⁹.

Nonostante la mancanza di un invito esplicito da parte 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

³⁷ Rifiutando espressamente che, come invece ritenuto da Welzel, la violazione del dovere obiettivo possa concorrere a costituire la *tipicità* della condotta del reato colposo. 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» (T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 878-9). Si noti la differenza d’impostazione sistematica – invero nella sostanza *solo sistematica* (di diverso avviso al riguardo F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 665) – rispetto al precedente contributo di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 59 ss., spec. 73 ss., il quale – come visto – riconosce al travagliato contributo dogmatico di Welzel il merito di aver reso distinguibile l’azione colposa da quella dolosa (superando definitivamente, paradossalmente, il concetto unitario di azione).

³⁸ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 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»).

³⁹ F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 312-3.

tutto esaurato dal processo di *iper-normativizzazione* sul piano dell'illecito⁴⁰ – recuperando il trascurato (praticamente dimenticato) principio di inesigibilità⁴¹ e valorizzando la *misura soggettiva* della colpa come connotato essenziale e distintivo del suo carattere “penale”⁴². Mentre, infatti, il giudizio rispondente a quest'ultimo elemento dogmatico riguarderebbe l'effettiva possibilità dell'*individuo* di adeguarsi all'aspettativa di condotta (alla regola cautelare) per ragioni che attengono alla sua personalità, alle sue caratteristiche fisiche, psichiche, culturali, intellettuali, ecc., e alle sue capacità, l'adiacente ma distinto profilo dell'*inesigibilità* dovrebbe spingere l'interprete ad escludere la “colpevolezza della colpa” (la rimproverabilità del fatto colposo) quando, pur avendo il soggetto di per sé la possibilità di agire secondo determinate direttive normative, si trovi nondimeno 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»⁴³. Ciò che dovrebbe rilevare sullo specifico piano dell'esigibilità sarebbe quindi la «*eccezionalità* di una *situazione di fatto*» in grado di condizionare «l'effettiva capacità al rispetto della regola cautelare»⁴⁴.

Ebbene, come si è già avuto modo di osservare, così come il concetto di *esigibilità soggettiva* si riferisce all'impatto delle circostanze fattuali sulla possibilità di adeguamento dell'agente reale alla pretesa comportamentale, allo stesso modo – una volta superato il paradigma della *culpa in re ipsa* – l'incidenza dei medesimi elementi contestuali andrebbe considerata già sul piano dell'illecito, sia al momento di valutare la obiettiva applicabilità di determinate conoscenze (base nomologica) ai fini della ricostruzione giudiziale della regola “atipica”, sia inoltre quando si tratti di giudicare la riconoscibilità dell'occasione (*Anlass*) di applicare una regola “tipica” (predeterminata, positivizzata o meno). L'influenza del “contesto”, in altri termini, non appare estranea neppure al piano oggettivo del reato colposo⁴⁵. Per questa ragione nei capitoli precedenti,

⁴⁰ Per un'ampia critica all'eccessivo normativismo-oggettivismo dell'attuale teoria della colpa, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 348 ss. Cfr. inoltre i contributi di: F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., 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.

⁴¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 319 ss., spec. 336-8.

⁴² D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 461 ss., spec. 560 ss.

⁴³ G. FORNASARI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 974.

⁴⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 334 (corsivo non originale).

⁴⁵ V. per tutti C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, cit., nota 124, e la dottrina ivi citata.

iniziando a ritagliare uno spazio proprio al criterio della gravità anche in quella sede, si è scelto di ricorrere altresì al concetto di “esigibilità oggettiva”, volendo con esso indicare il momento di valutazione afferente alla “misura oggettiva” della colpa in cui – per le ragioni esposte – sembra opportuna una valorizzazione del criterio normativo e ulteriormente selettivo di gravità.

Rispetto ad una simile prospettiva – come dimostra la generale diffidenza manifestata nei confronti della riforma Balduzzi⁴⁶ –, la dottrina italiana appare tuttavia tendenzialmente contraria. Far dipendere la tipicità della condotta da un criterio normativo come quella 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'inosservanza⁴⁷.

Fra i più recenti studi orientati a valorizzare una partecipazione ‘trasversale’ del criterio di gravità alla definizione del *reato colposo* va comunque segnalato anzitutto quello di Fabio BASILE, dedicato al tema della *colpa in attività illecita*, nel quale all'esito di un'ampia e analitica panoramica critica delle definizioni del concetto di *Leichtfertigkeit* affacciate dalla dottrina tedesca, l'autore propone una nozione invero molto generica ma nuovamente 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»⁴⁸.

Più dettagliate e appaganti, nonché funzionali a sostenere specifiche prospettive ricostruttive del ‘sistema’, appaiono invece le sintesi concettuali proposte da Roberto WENIN e da Luigi CORNACCHIA. Elaborando una propria nozione di *Leichtfertigkeit* sulla scorta di un'attenta disamina comparatistica, ma proponendone l'applicazione anche al

⁴⁶ Se per un verso, infatti, si è osservato che il suo spazio applicativo sarebbe comunque limitatissimo (A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, cit., p. 1196-7), per altro verso si è avvertito il rischio che si riveli un mero placebo (A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., *passim*) o che, nella più ottimistica delle ipotesi, finisca col tradursi in un mero monito nei confronti dell'interprete (O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. decreto Balduzzi*, cit., p. 18-20).

⁴⁷ V. sul punto T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 826 ss., in riferimento alle posizioni espresse da A. STOPPATO. *L'evento punibile*, cit., p. 147 («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»); cfr. di recente, contro la possibilità di svolgere una simile valutazione sul piano del fatto-tipico, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 348 ss.

⁴⁸ F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 650-1.

sistema penale italiano (come forma di colpevolezza intermedia fra la colpa semplice e la colpa cosciente), scrive il primo autore 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»⁴⁹. A sua volta, proponendo invece la «*depenalizzazione delle colpa incosciente in generale, salvo incriminare comunque (anche in caso di colpa incosciente) le condotte gravemente colpose, o dovute a colpa grossolana*»⁵⁰, Luigi Cornacchia tratteggia il concetto di “colpa grave” (*i.e.*, penalmente rilevante) 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, correlativamente, l'alto rischio connesso al mancato rispetto degli stessi) e dalla sua capacità di comportarsi in modo conforme»⁵¹.

3.3. Colpa grave e colpa lieve nel diritto penale spagnolo.

A differenza che in Italia, dove il codice penale qualifica il fatto di aver «*aver agito nonostante la previsione dell'evento*» come circostanza aggravante (art. 61, n. 3,

⁴⁹ R. WENIN, *La categoria della “Leichtfertigkeit” nell'esperienza tedesca ed europea*, in *IP*, 2005, 1, 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).

⁵⁰ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 560.

⁵¹ 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).

cpì), inducendo il giudice a concepire la gravità della colpa in termini puramente psicologici, nel diritto penale spagnolo l'unica distinzione segnata dal diritto positivo è quella fra *imprudencia grave* e *imprudencia leve* (secondo la denominazione accolta dal *Código* del 1995, in sostituzione delle tradizionali categorie della *imprudencia temeraria* e della *imprudencia simple*⁵²), la quale, come già ricordato, assume rilevanza sul piano della qualificazione della fattispecie differenziando le ipotesi di *delito*⁵³ da quelle di mera *falta* e, solo eccezionalmente – almeno secondo il codice tuttora vigente –, il confine tra fatto-illecito delittuoso e fatto inosservante penalmente irrilevante (come nel caso del *delito de daños* previsto dall'art. 267 cpe, punibile soltanto per *imprudencia grave*).

Nondimeno, benché il carattere cosciente o incosciente dell'inosservanza non determini *a priori* la maggior o minor punibilità del reato, l'estrema fluidità del giudizio complessivo sulla *gravità del fatto*, risultante dal rapporto fra dimensione normativa e psicologica della colpa, si riflette nell'atteggiamento a tratti ondivago tenuto dalla giurisprudenza⁵⁴.

Superando lo schema gerarchico di matrice classica e volontaristica, e adottando un punto di vista evidentemente valutativo, si riconosce che, in linea generale, la «*gravedad*» della «*culpa inconsciente (...) no es siempre ni forzosamente inferior a la culpa consciente*»⁵⁵. Ciò nonostante, in taluni casi si è giunti persino ad affermare il principio contrario, cioè quello della maggior rimproverabilità della colpa incosciente. Nella sentenza del *Tribunal Supremo* del 28 maggio 1979⁵⁶, ad esempio, a partire da una definizione della colpa come «*voluntaria omisión del deber de cuidado que venía impuesto al agente y que éste debería cumplir*», si distinguono all'interno della stessa categoria due ipotesi: «*según que el actor realice la infracción, previendo claramente la posibilidad de que de ello se derive la producción de un resultado dañoso (culpa*

⁵² Anche se, scrive J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español*, cit., p. 174-5, nota 65, «creo que hubiera sido preferible mantener la terminología (...) del viejo Código penal (...), por estar muy enraizada en nuestra tradición jurídico-penal y existir ya una jurisprudencia más que secular tendente a su delimitación». Invero, sulle difficoltà definitorie relative anche alla vecchia distinzione, v. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 280 ss.

⁵³ Salvo che nel caso dell'art. 621.1 cpe, che punisce con una mera multa «*Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147 (...)*», cioè quelle di «*menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*».

⁵⁴ Sul punto, di recente, C. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, cit., p. 178 ss.

⁵⁵ Così, ad esempio, la STS, 22.12.1986 (indicata da J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, cit., p. 108, nota 157).

⁵⁶ Le citazioni della sentenza che seguono nel testo sono di E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 260-1, che riconosce nel pensiero di Jiménez de Asúa la matrice dottrinale di questo giudizio.

consciente), aunque confiando en que tal resultado no se producirá; o incumple tal deber de cuidado por no esforzar suficientemente sus facultades cognitivas o atentivas, lo que le impide tener en cuenta o prever, que de tal incumplimiento podía derivarse un resultado dañoso que sin tal falta de atención hubiera sido perfectamente previsible y evitable (culpa inconsciente)». In questa seconda specie di colpa, si osserva, «falta la representación de que el evento lesivo podría derivarse de tal conducta, aunque ello era previsible y podía haber sido previsto por cualquier persona que no hubiera obrado con falta de atención o ligereza (...)», e ciò consentirebbe di ritenerla non solo di per sé “grave” ma – si badi bene – «gravísima y lindante con el llamado dolo eventual, en el más alto grado de reprochabilidad culposa».

Nella giurisprudenza più recente sono comunque più frequenti i casi in cui si finisce col valutare complessivamente più rimproverabile il fatto commesso con colpa cosciente⁵⁷, benché talvolta attraverso un ritorno all’automatica equiparazione fra mancata previsione e colpa lieve (conclusione che neppure appare sempre ‘ontologicamente’ corretta). Ciò avviene ad esempio nella SAP di Madrid del 4 giugno 1999, in cui nel giudicare la responsabilità del *legalmente obligado* accusato di non aver adeguatamente valutato i fattori di rischio presenti nel luogo di lavoro, si sostiene che siccome l’imputato «no advirtió la presencia de esos elementos de peligro, esa falta de deber de cuidado le es imputable a modo de culpa inconsciente y por ello (...) se considera su infracción más leve (falta)»⁵⁸.

Fra le valutazioni riguardanti la *gravità del fatto* alla luce del rapporto fra la qualità dell’elemento normativo (la colpa come appare “esternamente”) e l’eventuale componente rappresentativa andrebbe tuttavia ‘isolata’ (come invece non fa l’ultima giurisprudenza citata) la specifica questione relativa alla *gravità della colpa* cui si riferisce il codice penale spagnolo nel distinguere *faltas* e *delitos*. Un conto infatti è avvertire che l’*assenza di previsione* può, in taluni casi, e secondo la prospettiva politico-criminale privilegiata, indicare un atteggiamento persino più riprovevole da parte

⁵⁷ Come in relazione alla fattispecie colposa di cui all’art. 447 cpe (*prevaricación judicial*), punibile per «imprudencia grave o ignorancia inexcusable»: v. sul punto J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *La imprudencia en la actividad judicial*, cit., p. 129, e la giurisprudenza *ivi* citata, secondo la quale «cuando se trata se una prevaricación judicial por imprudencia grave» è necessario che «el autor (...) se haya representado la posibilidad de la realización del tipo».

⁵⁸ Citata ancora da E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 262.

dell'agente⁵⁹ e indurre invece in altri a un più mite giudizio di colpevolezza⁶⁰ o all'applicazione di una pena più tenue⁶¹, altra, più particolare e invero preliminare questione è quella che si riferisce alla qualificazione del *tipo di illecito*, che per opinione condivisa in dottrina riguarda esclusivamente il profilo oggettivo della *violazione del dovere di diligenza*⁶².

In questo senso si esprime anche la recente STS n. 1089/2009, la quale stabilisce che «(...) *la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor (...)*».

Il giudizio volto a distinguere *imprudencia grave* e *imprudencia leve* assume pertanto carattere normativo, riguardando anzitutto il rapporto fra la condotta alternativa ipotetica conforme al dovere e il contegno tenuto dall'agente. Per natura e criteri utilizzati risulta pertanto analogo a quello di colpa grave-*Leichtfertigkeit*, oggetto di ampio studio e dibattito nella più recente dottrina d'oltralpe⁶³, a quello di *gross negligence*, proprio della tradizione di *Common Law*⁶⁴, nonché ad alcune proposte definitorie affacciate –

⁵⁹ S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 282.

⁶⁰ C. M. ROMEO CASABONA, *El tipo del delito de acción imprudente*, cit., p. 128; cfr. R. WENIN, *La categoría della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, cit., p. 255-6, il quale ritiene che «alla luce di un diritto penale ispirato ad una "concezione personale" della pena, in cui la responsabilità venga valutata in relazione al reale atteggiamento criminale (...), la colpa grave», tale da un punto di vista puramente normativo, dovrebbe essere «inquadrate, nella scala che conduce al dolo, in una soglia inferiore rispetto a quella della colpa cosciente».

⁶¹ G. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 367-8.

⁶² Cfr. per tutti (oltre ai manuali cit. nelle note precedenti): D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 516; B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 333; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 264; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español*, cit., p. 174-5; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 282-3.

⁶³ Per un'ampia rassegna critica degli orientamenti emersi attorno al concetto di *Leichtfertigkeit*, cfr. gli studi di R. WENIN, *La categoría della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, cit., p. 239 ss., 252 ss., 254 ss. (in particolare sulla opportunità di distinguere *Leichtfertigkeit* e colpa cosciente), e di F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, cit., p. 615 ss., spec. 634 ss., il quale distingue fra le più risalenti teorie psico-caratterologiche (espresse da autori quali Sauer, Artz, Maurach e Bockelmann) e le più recenti teorie normative nate nel solco della "doppia misura", per cui si incontrano sia definizioni meramente soggettive (secondo le quali l'aumento di grado dovrebbe coinvolgere soltanto gli elementi costitutivi della misura soggettiva della colpa) sia definizioni oggettivo-soggettive (secondo cui riguarderebbe invece tutti i suoi elementi, compresa la misura oggettiva del dovere). Fra queste ultime, quelle che si riflettono maggiormente negli orientamenti caratterizzanti la dottrina spagnola, l'autore distingue in particolare i paradigmi definitori incentrati sulla violazione dell'*obbligo di cautela* (Maiwald, Rudolphi, Wegscheider, Birnbaum) e quelli che si sviluppano all'interno di teorie della colpa incentrate sui concetti di *rischio* (Roxin) e *ricognoscibilità del pericolo* (Schroeder).

⁶⁴ Sull'affinità concettuale fra *Leichtfertigkeit* e *gross negligence*, v. ancora R. WENIN, *La categoría della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, cit., p. 249, 251-2.

anche su queste basi – dalla stessa dottrina italiana⁶⁵. Inoltre, sul piano dell'antigiuridicità, esso investe il disvalore dell'azione o dell'omissione inosservante e *non* anche l'entità della lesione al bene giuridico rilevabile *ex post*, fattore quest'ultimo troppo dipendente dal caso per poter concorrere a determinare addirittura l'*an* della responsabilità⁶⁶.

Secondo la definizione che ne diede Luis SILVELA più di un secolo fa, la colpa grave (un tempo *temeraria*) verrebbe in primo luogo integrata dall'inosservanza «de aquél cuidado y diligencia que puede exigirse al menos cuidadoso, atento, diligente»⁶⁷, ovvero – in termini sostanzialmente analoghi – dalla «infracción de normas elementales de cuidado»⁶⁸.

Si tratta del criterio a cui la giurisprudenza ricorre con maggior frequenza. Ricorda infatti la STS n. 537/2005⁶⁹ che la «*jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos*», cioè quando la violazione «*supone un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado*». Così, ad esempio, nella STS del 19 luglio 2002 si è considerata grave la condotta colposa di un medico che non «*observó una elemental norma de cuidado como es la de suministrar oxígeno a un paciente recién operado aún entubado, inconsciente y todavía incapaz de respirar por sí solo*»⁷⁰.

Un secondo metodo di valutazione attiene invece al più classico dei criteri ricostruttivi della regola di diligenza, dipendendo la oggettiva gravità della colpa dal «grado de previsibilidad del resultado típico»⁷¹, ovvero dalla «mayor o menor

⁶⁵ Si noti invece come nella classificazione proposta da F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 312-3, accanto a criteri di carattere normativo (oggettivi e soggettivi), vengano indicati anche parametri di tipo psicologico (la «*consapevolezza di tenere una condotta pericolosa*»). Ciò dipende dal fatto – è bene ricordarlo a scanso di equivoci – che per il codice penale italiano il “grado della colpa” assume rilevanza sul piano della commisurazione della pena e, quindi, in relazione ad un giudizio complessivo sul *quantum* di punibilità del reato comunque già integrato; nonché in ragione dell'art. 61, n. 3, che indica espressamente nella “colpa cosciente” un'ipotesi di colpa più grave (aggravata) di quella incosciente.

⁶⁶ J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 178.

⁶⁷ L. SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (1ª), cit., p. 161, ripreso (vinti codici diversi) da A. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, cit., p. 105 (per qualificare la *imprudencia temeraria*) e da S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 282 (in relazione all'attuale *imprudencia grave*).

⁶⁸ D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 516; C. M. ROMEO CASABONA, *El tipo del delito de acción imprudente*, cit., p. 127.

⁶⁹ Accolta e riprodotta nella più recente STS 8.2.2013, n. 472.

⁷⁰ Come citata da A. URRUELA MORA – S. ROMEO MALANDA, *Tendencias actuales de la jurisprudencia española sobre derecho penal médico*, cit., p. 592.

⁷¹ S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 282; E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 187 ss.

probabilidad de que el resultado típico se materialice como consecuencia del cuidado infringido con la conducta realizada»⁷². Il grado della possibilità predittiva andrebbe tuttavia considerato non alla stregua di un criterio meramente statistico (a-valutativo), bensì alla luce della qualità del bene giuridico a rischio e dell'entità della messa in pericolo⁷³, e ciò non tanto «porqué la gravedad del resultado sea relevante a tales efectos (...), sino porqué determina la medida del riesgo permitido» quale parametro differenziale rispetto alla condotta tenuta (e al rischio assunto) dall'autore⁷⁴.

Anche questo punto di vista trova chiaro accoglimento nella giurisprudenza spagnola: «*la gravedad de la imprudencia – si legge nella STS del 15 marzo 2007, n. 211 – está directamente en relación con jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo*»⁷⁵. Il Tribunal Supremo valorizzò il profilo dell'oggettività giuridica, fra le altre, anche nella sentenza del 23 aprile 1992 sul famoso caso dell'olio di colza: «*la intensidad de los deberes de cuidado relativos a la vida y salud de las personas es alta, pues tales bienes tienen una importancia superlativa. La utilidad social de los bienes perseguidos por el recurrente es, por el contrario, bajísima, toda vez que consiste en obtener ventajas económicas burlando la prohibición oficial de comercializar una especie determinada de aceite (...). La desproporción entre la utilidad del fin perseguido y la magnitud del peligro generado es, por tanto, de tal intensidad que no cabe discutir la temerarietà*».

Resta infine un terzo giudizio oggettivo, secondo cui occorre valutare «si el autor adoptó o no alguna medida de seguridad o precaución. Y si la adoptó, su relevancia o entidad para evitar el hecho»⁷⁶. Sarebbe quindi grave, in questo senso, «la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado»⁷⁷ astrattamente adottabili da parte dell'agente in funzione di evitare l'evento prevedibile.

⁷² Da valutarsi, però, quantomeno nella particolare prospettiva soggettivista adottata da E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 187-8, tenendo anche conto del «grado de previsibilidad (que no de previsión) individual del resultado».

⁷³ J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español*, cit., p. 175, nota 68; M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., p. 377; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 282.

⁷⁴ J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, cit., p. 179-80.

Anche Francesco Carrara, nella sua celebre disamina storica sulle distinzioni fra colpa *lata*, *leve* e *levissima*, riteneva che la questione dell'*an* della responsabilità non potesse dipendere dal «danno maggiore o minore derivante dal fatto», ma che ciò potesse nondimeno influire «sulla quantità della pena, se giustizia vorrà che si infligga» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 82).

⁷⁵ In questo senso anche la STS 8.2.2013, n. 472 (che cita altra recente giurisprudenza conforme).

⁷⁶ B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 334-5.

⁷⁷ D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 516.

Questo ulteriore criterio di graduazione, come abbiamo visto, fu adottato dal *Tribunal Supremo* occupandosi del caso *Principes de España*⁷⁸: la colpa della Responsabile dell'ematologia venne ritenuta dai giudici oggettivamente lieve considerando, tra gli altri elementi, che pur non avendo interrotto le trasfusioni e non essendosi rivolta ad altri centri di raccolta (condotta alternativa lecita, secondo la Corte), l'imputata aveva nondimeno ripetutamente richiesto al Direttore del centro sanitario l'adozione di nuove tecniche di controllo, osservando in questo modo una sia pur *minima diligencia*. Nella STS del 9 marzo 2000, analogamente, si ritiene integrata un'ipotesi di colpa lieve nel caso di un decesso causato da un'insufficienza respiratoria dovuta all'ingestione di un farmaco controindicato per malati affetti da asma bronchiale che avessero già manifestato intolleranza nei confronti di antiinfiammatori, come nel caso della vittima; la valutazione effettuata dalla Corte è basata sul fatto che il medico imputato, prima di prescrivere il farmaco, aveva chiesto al paziente se soffrisse di allergie, ciò che «*supone la existencia de una diligencia que elimina la calificación de imprudencia temeraria (...). Pero, dada la enfermedad (...) y las consecuencias que el medicamento podía suponer para enfermos de esa naturaleza, es evidente que el interrogatorio debió ser más completo e intenso (...). La pregunta obligada hubiera sido si era o no alérgico a la aspirina, pregunta que no fue formulada*»⁷⁹.

Oltre ad adottare questi criteri generali, ciò che, come si è potuto notare, impone al giudicante di motivare la condanna indicando quale fosse la “condotta alternativa lecita”, la giurisprudenza spagnola è giunta ad associare – non sempre opportunamente – la lievità della colpa ad alcune particolari categorie di situazioni.

Nel settore della sicurezza sul lavoro, ad esempio, abbiamo visto come la concorrenza di un'imprudenza della vittima (ipotesi di “*concurrentia de culpas*”) portasse, soprattutto in passato, a derubricare la colpa del garante da grave a lieve o, se del caso, da lieve e penalmente irrilevante⁸⁰. Questo indirizzo riemerge però, di tanto in

⁷⁸ *Supra*, Cap. 4, par. 3.1.2.

⁷⁹ Sentenza di nuovo riportata da A. URRUELA MORA – S. ROMEO MALANDA, *Tendencias actuales de la jurisprudencia española sobre derecho penal médico*, cit., p. 592.

⁸⁰ Sostiene ad esempio C. BOLEA BARDÓN, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales*, cit., p. 295, che «si se infringen deberes de control directos (no se adoptan las medidas de protección y prevención exigibles), el empresario responde como autor por el resultado lesivo en comisión por omisión imprudente, (...) en cuyo caso la imprudencia deberá ser calificada de grave. En cambio, si infringe deberes de supervisión, de comprobación de que se están utilizando los medios de protección (“culpa in vigilando”), la imprudencia del omitente deberá ser considerada leve, pues es más grave no poner medios en absoluto, que no vigilar el cumplimiento por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad adoptadas por el

tanto, anche nella giurisprudenza più recente. Nel caso di un lavoratore deceduto dopo essere rimasto impigliato al macchinario che stava utilizzando erroneamente, la SAP di Madrid (6^a) dell'11 gennaio 2002 considerò che, benché l'errore fatale commesso dalla vittima fosse riconducibile ad un'accertata insufficiente formazione professionale ascrivibile agli amministratori dell'azienda, la loro colpa – proprio in ragione del concorso colposo della vittima – dovesse essere considerata di lieve entità. Ancora, nel caso di due operai caduti dal ponteggio sul quale stavano lavorando, considerando che loro stessi non avevano provveduto ad assicurarsi correttamente alla struttura, la SAP di Alicante (3^a) del 20 aprile 2002 condannò i responsabili soltanto per colpa lieve⁸¹.

La critica che si può rivolgere a questo indirizzo (non sempre adottato in termini espliciti) deriva – come già accennato – dal fatto che esso si traduce in soluzioni per un verso automatiche e per altro verso intuitive: invece che valutare l'applicabilità dei criteri generali sopra indicati alle concrete circostanze del caso, si tende a dedurre la lievità della colpa dalla constatazione di un concorso colposo da parte della vittima, senza però indicare la ragione 'dogmatica' alla base di una simile degradazione. Quest'assenza di giustificazione si traduce nella tendenza a ritenere la partecipazione della vittima idonea a determinare un giudizio di minor gravità anche quando altamente prevedibile, o persino nei casi in cui la condotta del datore di lavoro appare caratterizzata dall'omissione di qualsivoglia misura di prevenzione, e quindi in ipotesi in cui – stando ai criteri generali indicati – la colpa del garante dovrebbe ritenersi, in principio, oggettivamente grave.

Altra tendenziale associazione fra lievità oggettiva della colpa e categoria casistica si rinviene, infine, in materia di responsabilità medica, dove vige un orientamento generale – questo sì, condivisibile – secondo cui l'errore diagnostico non può mai, quantomeno di regola, integrare un *delito*. In questo genere di ipotesi l'integrazione di una colpa grave può avvenire solo in casi eccezionali, come in quello deciso dalla STS del 25 maggio 1999, nel quale a una donna incinta colpita da meningite tubercolare fu erroneamente diagnosticata prima una faringite e poi una intolleranza alimentare provocata dall'ingestione di una pizza, nonostante «*los síntomas de las adenopatías*

proprio empresario (esto es, comprobar que se utilizen los medios de protección que has sido puestos a disposición del trabajador)».

⁸¹ V., su questi ed altri casi analoghi, la rassegna proposta da M. T. CASTAÑEIRA PALOU – M. LLOBET ANGLÍ – R. MONTANER FERNANDEZ, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas*, cit., p. 20 ss.

fuesen ya evidentes en el cuello de la paciente (...), en un lugar en el que era conocido entre el personal médico la concurrencia, antes desusada, de casos de tuberculosis»⁸².

4. La condotta colposa penalmente rilevante (grave): criteri di valutazione.

4.1. Gravità della misura oggettiva della colpa: argomenti pro e contro.

La tesi che a questo punto si intende più chiaramente sostenere è che anche l'interprete italiano – molto più di quanto non sia indotto a fare stando alla lettera della *disciplina Balduzzi* (in relazione a cui si è già evidenziata l'opportunità di un'interpretazione correttiva ed estensiva⁸³) – dovrebbe muoversi nella valutazione della rilevanza penale del fatto-illecito tenendo conto del criterio ulteriormente selettivo di gravità. Prima di riprendere e puntualizzare le ragioni a favore di questa ipotesi e di indicare come potrebbe essere inteso e applicato detto parametro occorre però replicare ai più frequenti e radicati argomenti ad esso contrari.

Rievocando, quantomeno nella logica che vi è sottesa, un argomento già sostenuto da autorevole ma risalente dottrina italiana⁸⁴, anche di recente si è 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” – scrive infatti CASTRONUOVO – 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*»⁸⁵.

Questa presunta impossibilità logica, come qualche riga più in là sembra riconoscere lo stesso autore, non ha in realtà ragion d'essere sostenuta. Al netto delle innegabili difficoltà dell'operazione interpretativa in cui si traduce il criterio di “gravità”, il senso di operare una graduazione sul piano oggettivo, cioè sul piano della violazione del dovere, non è certamente quello di stabilire diversi gradi di tipicità, bensì, al contrario,

⁸² Cfr. inoltre la giurisprudenza indicata da M. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., p. 379, nota 95.

⁸³ *Supra*, Cap. 4, par. 4.2.3 e 4.2.5

⁸⁴ Ad esempio da A. STOPPATO, *L'evento punibile*, 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 Carrara), scriveva che «la colpa, comunque intesa, o v'è o non v'è».

⁸⁵ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 348 (e poi ulteriormente p. 542).

quello di subordinare l'integrazione del fatto-tipico colposo a inosservanze di una certa entità. Semmai, quindi, «il limite inferiore della colpa “tipica” coinciderebbe con un determinato grado, che ne rappresenterebbe il requisito minimo richiesto»⁸⁶. Insomma, il conferimento al criterio in parola di un ruolo (già) all'interno della tipicità colposa andrebbe inteso nel senso – invero inequivoco, come dimostra di fatto l'esperienza spagnola – che soltanto in ipotesi di discostamento giudicato grave dal comportamento alternativo diligente, la condotta (già) *ipoteticamente inosservante* potrebbe considerarsi (anche) *illecita*.

A questa prospettiva, in secondo luogo, si oppone il più consistente e delicato argomento assiologico della legalità⁸⁷. Far dipendere la tipicità della condotta da un criterio così elastico e intuitivo, ovvero così tanto “normativo”, potrebbe acuire ulteriormente il *deficit* di determinatezza che già affligge la fattispecie colposa.

Ora, indubbiamente, assegnando all'interprete il potere di valutare la gravità della violazione gli si attribuiscono nuovi margini di manovra difficilmente *pre-definibili*. Come ci mostrano le citate indagini comparatistiche sui tentativi definitivi 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*»⁸⁸. Dello stesso parere è, d'altronde, buona parte della dottrina spagnola, la quale però, oltre a sopportare senza drammi il peso di una convivenza secolare con il criterio di giudizio in questione (non definito dal codice), propone persino di assegnargli la funzione di tracciare *in via generale* il confine tra fatto-tipico colposo e fatto inosservante penalmente irrilevante⁸⁹.

L'argomento che permette di superare le predette perplessità appare in ogni caso 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»⁹⁰. Nella soluzione che si sta

⁸⁶ *Id.*, p. 349.

⁸⁷ In base al quale, come noto, si è già sottoposta la recente *disciplina Balduzzi* all'esame della Corte Costituzionale. Sul punto v. i contributi citati *supra*, Cap. 4, par. 4.2.2.

⁸⁸ F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 615 ss.

⁸⁹ In dottrina, prima del *Proyecto de Ley Orgánica* del 20 settembre 2013 per un nuovo cpe, B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La imprudencia en el Código penal de 1995*, cit., p. 360-3.

⁹⁰ Con specifico riferimento alla *riforma Balduzzi*, D. PULITANÒ, *Responsabilità medica*, cit., p. 16.

ipotizzando, inoltre – come meglio vedremo nel successivo paragrafo –, questo giudizio *ulteriormente selettivo* non dovrebbe rendere più incerta la definizione della tipicità laddove non vi siano dubbi circa la delimitazione dei contorni dell'aspettativa di condotta diligente, bensì imporre all'interprete un più consistente onere di motivazione in ordine alla riconoscibilità dell'occasione di adeguarsi e alla esigibilità oggettiva dei modelli comportamentali di volta in volta definiti facendo ricorso al parametro dell'agente-modello⁹¹.

Il riconoscimento di un ruolo determinante al criterio di gravità *anche* in relazione alla “misura oggettiva” della colpa penale risponderebbe inoltre ad un'esigenza di coerenza strutturale⁹². Se ciò che davvero distingue la colpa penale da quella civile è il rimprovero all'autore di un fatto *colpevole*⁹³, è anche vero che l'accoglimento della teoria della “doppia misura” e il trasferimento di quella oggettiva (*rectius*, generalizzante) al piano del fatto comportano che il principio di colpevolezza, un tempo riflesso soltanto nell'elemento soggettivo del reato⁹⁴, irradi oggi, inevitabilmente, anche la sua dimensione tipico-*colposa*. Se così non fosse, non avrebbe alcun senso mettere in guardia dal ritorno a logiche *versariste*, a responsabilità da posizione o ad altre forme di responsabilità oggettiva (causale) in tutti i casi – purtroppo frequenti – in cui il giudice, invece che stabilire se vi sia o meno colpa in concreto, si affida a comodi sillogismi presuntivi⁹⁵.

Insomma, se si ritiene che la selezione del *crimen culposum* debba passare attraverso una valutazione di ulteriore e penale gravità⁹⁶, coerentemente con la struttura tendenzialmente bi-fasica del giudizio che gli corrisponde, e senza con ciò porre alcun ostacolo alla condivisibile aspirazione ad un recupero del profilo soggettivo del reato

⁹¹ *Infra*, par. 4.2.

⁹² Cfr. in questa direzione: F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 642, 650 ss.; R. WENIN, *La categoria della “Leichtfertigkeit” nell'esperienza tedesca ed europea*, cit., p. 252 ss.

⁹³ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 142 ss., 149 ss.

⁹⁴ Per l'inclusione (pre-welzeliana) di entrambe le misure della colpa all'interno della colpevolezza, cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, cit., p. 243 ss., spec. 267-8, e T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 874 ss., spec. 878-9.

⁹⁵ Quanto osservato, naturalmente, non significa che il principio di colpevolezza possa considerarsi rispettato qualora la condanna segua l'accertamento di un mero fatto *colposo*, per quanto *grave*. «Che la responsabilità oggettiva, e più ancora quella per fatto altrui, e le presunzioni di dolo o colpa si pongano al di fuori della sfera della legittimità costituzionale, non v'è dubbio (...). Un illecito penale «personale», l'unico compatibile con la Costituzione, richiede (...) un dolo e una colpa completi anche della loro misura soggettiva, ovvero un dolo che è volontà consapevole e «rimproverabile» ed una colpa che è violazione di regole cautelari accompagnata dalla effettiva prevedibilità del risultato e dall'assenza di fattori che impediscano una normale motivazione» (G. FORNASARI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 969).

⁹⁶ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 529 ss., 531.

colposo, questo *quid pluris* di carattere comunque normativo e decisivo sul piano dell'*an* della responsabilità dovrebbe connotare ciascuna delle due dimensioni⁹⁷.

Limitando la punibilità del fatto offensivo ai soli casi di grave negligenza – di grave inosservanza del dovere –, quindi, si individua una soluzione ‘riduzionista’ alternativa a (ma in parte compatibile con) quella fondata sul requisito della partecipazione psichica da parte dell’agente; criterio di confine, quest’ultimo, che qualora venisse adottato in via generale comporterebbe l’esclusione dal penalmente rilevante di forme offensive non meno biasimabili per quanto perpetrate senza il beneficio della rappresentazione⁹⁸.

4.2. Regole cautelari “tipiche” (predeterminate) o “atipiche” (giurisprudenziali) e gravità della colpa.

Ciò detto sul piano generale, nel corso dell’indagine si è cercato di sostenere un’ulteriore “ragione normativa” a favore dell’accoglimento dell’elemento di gravità: quella di assegnare al corrispondente requisito 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 orientato dal parametro dell’agente-modello. Pur condividendo le ragioni di fondo che animano la dottrina “prasseologico-positivistica”, si è ritenuto che l’indisponibilità di prassi cautelari o l’obsolescenza delle regola 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 per colpa⁹⁹. 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 regole “atipiche”, quelle dichiarate vigenti da parte del giudice in ragione delle peculiarità del caso concreto, possa continuare a ritenersi penalmente rilevante nella misura in cui appaia connotata da oggettiva gravità.

⁹⁷ 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, *La categoria della “Leichtfertigkeit” nell’esperienza tedesca ed europea*, cit., p. 252 ss.

⁹⁸ Cfr. ancora L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 554 ss., 559 ss.

⁹⁹ Cfr., *supra*: Cap. 4, par. 4.2.1, 4.2.3, 5; Cap. 5, par. 5.

Del resto, come più volte sottolineato, nemmeno l'ipotetico restringimento dell'ambito di punibilità alle ipotesi di inosservanza di regole di diligenza *lato sensu* "consuetudinarie" impedirebbe di ricorrere ad un parametro normativo di giudizio: una responsabilità colposa non giustificata dalla riconoscibilità (oggettiva e soggettiva) dell'occasione di adottare quelle condotte, o comunque dalla prevedibilità di un evento del tipo contemplato dal relativo ambito di protezione, potrebbe tradursi in un'imputazione per mero *versari in re illicita*.

Ciò nonostante, oltre a quelle segnalate poco fa, un'ulteriore perplessità potrebbe sorgere di fronte alla scelta di delineare uno schema ricostruttivo 'asimmetrico', nel quale mentre talune violazioni dovrebbero essere gravi per poter poi essere eventualmente giudicate anche colpevoli, altre potrebbero in quanto tali – in quanto 'semplici' inosservanze – considerarsi tipiche, salvo ulteriormente, di nuovo, dover valutare che siano pure rimproverabili. Ma la ragione alla base di questa apparente asimmetria risiede proprio nella eterogeneità normativa che distingue le due categorie di doveri ipotizzate e, specularmente, in uno dei significati assunti tradizionalmente dal concetto di colpa grave.

L'adeguamento ai modelli di comportamento che si è scelto di ridefinire convenzionalmente "tipici" può essere considerato "obiettivamente esigibile" proprio perché il parametro di diligenza che l'agente ha davanti a sé – la regola modale – è in quanto tale generalmente e quindi oggettivamente *valido* – sotto il duplice profilo sociologico (riconoscimento e adozione) e teleologico (ambito di protezione) – e quindi *senza dubbio ri-conoscibile*¹⁰⁰. Questa valutazione si riflette del resto – e non a caso – in una delle più classiche declinazioni del concetto di gravità, quella per cui sarebbe grave qualunque «infracción de normas elementales de cuidado»¹⁰¹, cioè di quelle norme di comportamento che, oltre a preesistere realmente alla condotta dell'agente, possono ritenersi, proprio alla luce dell'ampio riconoscimento che le sorreggono, obiettivamente pretendibili, e la cui violazione – quantomeno sul piano oggettivo – non dovrebbe per questo potersi ritenere penalmente irrilevante.

¹⁰⁰ Cfr., analogamente, ma in senso non del tutto omogeneo a quanto osservato nel testo, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 562, il quale ritiene che «di fronte a regole a contenuto rigidamente predeterminato (...), proprio in ragione del criterio dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, il professionista non potrà esimersi da responsabilità adducendo di non aver avuto contezza dell'esistenza dell'obbligo cautelare (...): in sostanza di tratterà sempre di ipotesi di colpa grave».

¹⁰¹ D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 516.

4.3. *La rilevanza penale dell'inosservanza di aspettative di comportamento "atipiche": un criterio normativo-comparativo di "gravità".*

L'ambito rispetto al quale, per ragioni di legalità¹⁰² e sussidiarietà, urge già sul piano della tipicità una più scrupolosa selezione del *crimen culposum* è quello segnato dai doveri di comportamento suggeriti all'interprete dal 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»¹⁰³, nonché l'insieme dei dati fattuali che dovrebbero consentire, in quanto conosciuti o riconoscibili, di tradurre dette informazioni in azioni od omissioni orientate a impedire che si verifichino eventi lesivi.

Se questi sono gli elementi pertinenti al compito normo-ricostruttivo dell'interprete, è chiaro che il giudizio di gravità dovrà riguardare tutti e ciascuno di essi; quindi, di nuovo: la selezione della base nomologica e "ontologica"; la valutazione che traduce la definita conoscenza "doverosa" (conosciuta, conoscibile o riconoscibile) in una "condotta alternativa diligente" orientata alla protezione dei beni giuridici.

La questione, dunque, consiste nel fornire un'identità a detto criterio di gravità in relazione al suddetto giudizio selettivo, obiettivo, questo, perseguibile recuperando le precedenti riflessioni sui limiti di punibilità della colpa "tutta normativa" (incosciente), il limite inferiore del penalmente rilevante, al cospetto delle alternative teorie riduzioniste di tipo neo-classico (o neo-finalista) e positivista. 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 alla seconda alternativa riduzionista, cioè alla dottrina che intende delimitare la colpa penale alle ipotesi di inosservanza delle regole cautelari codificate o delle «prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate»¹⁰⁴, si è detto che il mancato

¹⁰² Nei termini indicati *supra*, par. 1.

¹⁰³ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 465.

¹⁰⁴ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., p. 86 ss.; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss.

adeguamento ad aspettative di comportamento “atipiche” (*Maßfiguren*) dovrebbe potersi ritenere penalmente rilevante tanto quanto l’inosservanza delle consuetudini comportamentali (qualificabili come regole cautelari “tipiche”) nella misura in cui l’adeguamento alle une e alle altre appaia *altrettanto esigibile* (ragione d’equità di giudizio¹⁰⁵) dal punto di vista della reperibilità del modello comportamento o delle informazioni (generalizzazioni scientifiche o esperienziali) che ne costituiscono il presupposto.

In relazione alle teorie psicologiche, specie a quelle richiedenti la rappresentazione (attuale o potenziale) dell’antigiuridicità della condotta¹⁰⁶ o quantomeno l’effettiva conoscenza del dato nomologico (scientifico o esperienziale) doveroso¹⁰⁷, si è aggiunto che, in assenza di un elemento psicologico effettivo, il limite inferiore della colpa (incosciente, puramente normativa) dovrebbe 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; o, in altri termini, ma in senso analogo, tali da potersi “presumere” che l’agente effettivamente le conoscesse o li avesse riconosciuti.

4.4. La riconoscibilità dell’occasione di attivarsi.

Ritorniamo dunque, anzitutto, al giudizio sulla riconoscibilità dell’occasione – del segnale o dei segnali fattuali di pericolo che dovrebbero consigliare – di adottare una certa regola di diligenza predeterminata (“tipica”) o di applicare determinate conoscenze scientifiche o esperienziali comportandosi in modo diligente in senso “atipico” (in relazione cioè a una situazione o a un tipo di rischio non pre-determinabili).

Un chiaro esempio di dovere di attivazione definibile e concretizzabile solo in relazione alle circostanze del caso concreto, quindi mediante il ricorso ai criteri ricostruttivi tradizionali, è – come abbiamo visto – quello “relazionale”¹⁰⁸. Esso, infatti, 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

¹⁰⁵ *Supra*, Cap. 4, par. 4.2.1 e 5.

¹⁰⁶ Nella letteratura più recente, E. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, cit., p. 216 ss.

¹⁰⁷ B. J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 262 ss.

¹⁰⁸ *Supra*, Cap. 5, spec. par. 3.2.4 e 5.

l'incapacità o l'impossibilità dello stesso di conformarsi alla norma di condotta ("tipica") a lui riferibile.

Coerentemente con i criteri appena indicati, "grave" (penalmente rilevante) dovrebbe essere considerata soltanto la mancata attivazione al cospetto di segnali di allarme non già meramente riconoscibili dall'agente-modello, bensì riconoscibili in quanto così evidenti, palesi o reiterati da potersi considerare (*come se* fossero) noti all'agente. Pertanto, il "dubbio" sulla possibilità da parte di un'ipotetica *Maßfigur* 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" di quest'ultimo risulta del resto già espressa in talune pronunce in materia di responsabilità medica¹⁰⁹. 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 potersi presumere (*i.e.*, considerare come se fosse) conosciuto dall'agente. Requisito logicamente antecedente – che ci porta a considerare il più delicato giudizio selettivo delle conoscenze "doverose" – deve però essere senz'altro la «*riconoscibilità dell'errore in base al comune patrimonio di conoscenza*»¹¹⁰.

4.5. *La selezione della potenziale base nomologica: preambolo alla costruzione della "colpa" ricorrendo al sapere scientifico.*

Il discorso si fa più complesso quando si tratta di definire la base nomologica idonea a sostenere il carattere obiettivamente colposo di una condotta, valutazione che 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 giuridico-penali, 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.

Come osservato opponendo alcune critiche alla teoria della "migliore scienza ed esperienza"¹¹¹, occorre muovere dal principio – invero già acquisito dalla prevalente

¹⁰⁹ *Supra*, Cap. 5, par. 3.2.

¹¹⁰ Così, ad esempio, la citata sentenza CP, IV, 24.1.2005.

¹¹¹ *Supra*, Cap. 4, par. 4.3.2.

dottrina penalistica – secondo cui *la conoscenza non può tradursi in azione senza previa valutazione*. Le definizioni del carattere doveroso di un “sapere” e della diligenza del comportamento in cui esso si traduce non possono essere delegate alle scienze empiriche o, peggio, a istituzioni tecnocratiche sfornite di qualunque (sia pur indiretta) legittimazione democratica¹¹². Quando il tipo di attività e il sapere disponibile consentono un’opera di quantomeno parziale pre-definizione delle *leges artis*, perciò, 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)¹¹³; mentre in altri casi, quelli su cui ci si è concentrati, non può che spettare al singolo giudice, sulla base del parere espresso da periti e consulenti, il compito di definire in contorni della norma.

Il modello tradizionale di riferimento per l’interprete è quello fondato sulla prevedibilità dell’evento in base ad un sapere scientifico corroborato 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 lo svolgimento di una determinata attività socialmente utile». Oggi però – come riconosce PIERGALLINI – 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 (...)¹¹⁴.

L’impressione, però, è che la “crisi del modello nomologico” (osservata anche nel versante causale) non risieda tanto nella “crisi della scienza” quanto piuttosto nella crisi del diritto che si rivolge ad essa conservandone un’immagine semplicistica e antiquata¹¹⁵. Peraltro, il fatto che la stessa scienza si sia rivelata consapevole della propria fallibilità, della frequente impossibilità di fornire verità inconfutabili o modelli di spiegazioni e

¹¹² Ampiamente, in argomento, J. ESTEVE PARDO, *El Desconcierto del Leviatán*, cit., *passim*.

¹¹³ Cfr. M. C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, cit., p. 339 ss.; D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, 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 all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 215 ss.

¹¹⁴ C. PIERGALLINI, *La regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, cit., p. 635.

¹¹⁵ Cfr. i già citati contributi di V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, cit., *passim*, e di G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, cit., p. 87 ss.

previsione infallibili, più che un fattore di crisi, andrebbe piuttosto considerato come un sintomo di buona coscienza.

Come già osservato, si può pure continuare a sostenere, in ossequio al modello “ortodosso” (prevalente), che solo la disponibilità di una *generalizzazione empirica definitivamente corroborata* al tempo della condotta rende un evento *prevedibile*¹¹⁶. 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 *lato sensu* precauzionale – assume i tratti di una petizione di principio, non di un argomento.

Una volta compreso che la dicotomia legge/congettura (scienza/spazzatura) non può più svolgere esaustivamente una funzione epistemica o rappresentativa, invece che legare a doppio filo il principio illuministico di legalità a quello neopositivistico di “legalità scientifica”, la dottrina (la scienza) penalistica dovrebbe riappropriarsi del compito valutativo che le compete, accettando il fatto che mettere in discussione il modello “ortodosso” non significa necessariamente entrare «in rotta di collisione con la formula Bard» (*beyond any reasonable doubt*) e «con i suoi precipitati di garanzia»¹¹⁷ o esprimere un punto di vista precauzionista e in quanto tale illiberale.

La questione in fondo è la seguente: il cd. «diritto penale del rischio»¹¹⁸, indicato come modello antitetico al buon vecchio diritto penale della prevenzione e come versante del più ampio fronte espansionista del diritto penale contemporaneo¹¹⁹, nasce soltanto da “nuovi fatti” e “nuovi rischi” generanti nuovi problemi e nuove soluzioni (condivisibili o meno), o deriva in qualche misura anche dalla fragilità di alcune basi concettuali del medesimo modello tradizionale?

Già in sede di accertamento del nesso materiale, la giurisprudenza si è ormai abituata a considerare l'esistenza di categorie convenzionali diverse, ulteriori e più sfumate rispetto a quella di legge scientifica¹²⁰. Non si tratta, però, di informazioni per ciò solo irrilevanti, né sul piano *esplicativo* né soprattutto su quello *predittivo*.

¹¹⁶ *Supra*, Cap. 4, par. 4.3.3.

¹¹⁷ C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, cit., p. 635.

¹¹⁸ Sul dibattito maturato attorno alla dicotomia “diritto penale classico” vs. “diritto penale moderno”, v. di recente e per ulteriori riferimenti C. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell'evento” e “diritto penale del rischio”*, in *LP*, 2012, 117, p. 121 ss.

¹¹⁹ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª ed.), Madrid – Buenos Aires – Montevideo, 2011, p. 13 ss., 165 ss.

¹²⁰ *Supra*, Cap. 3, par. 3.

Beninteso: il dubbio sprovvisto di qualsivoglia fondamento scientifico non può legittimare, di per sé, alcun tipo di responsabilità colposa per l'evento. La riconoscibilità di *meri segnali di pericolo* non decifrabili in base ad un sia pur ipotetico supporto conoscitivo non può giustificare l'imputazione di un evento (imprevedibile) per colpa (*ex post facto*): 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 orientativi¹²¹. Benché il criterio di imputazione "colpa" consista in una categoria del tutto normativa, come qualunque altra forma o espressione di normativismo, essa deve poter poggiare su di un sostegno "materiale" capace di inserire la riflessione del giurista in un orizzonte razionale, cioè tenere conto non soltanto dei principi ispiratori che irradiano il sistema (piano assiologico), ma che degli ineludibili vincoli di realtà estraibili dagli enunciati esplicativi espressi con il linguaggio delle scienze empiriche¹²².

Quanto detto, come già osservato all'esito dell'esame della giurisprudenza italiana in materia di malattie professionali, dovrebbe riflettersi nel metodo di definizione giudiziale della pretesa comportamentale in condizioni di costante evoluzione del sapere scientifico. L'interprete dovrebbe in primo luogo definire il bagaglio di conoscenze astrattamente utilizzabile 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 penalmente rilevante¹²³. 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 realtà¹²⁴.

In relazione al concetto di "legge scientifica", con il quale si indica il potere della scienza di stabilire norme di correlazione fra classi di eventi, occorre considerare che il "grado di corroborazione" idoneo a distinguere, fra tutti i *nomoi* ipotizzabili, le "salde

¹²¹ Va pertanto respinto il paradigma di imputazione espresso dalla giurisprudenza Sarno e adottato dal Tribunale di L'Aquila nel processo per il terremoto del 2009 (*supra*, Cap. 4, par. 3.3).

¹²² «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: fatto-illecito e colpevolezza*, 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*, Milano, 2006, 455), e D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 855 ss.

¹²³ *Supra*, Cap. 4, par. 4.1.

¹²⁴ Oltre ai contributi citati poc'anzi, cfr. in argomento M. C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, cit., p. 339 ss. (specie in relazione al modello di "co-produzione" di S. Jasanoff), e G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 8 ss.

leggi' dalle 'mere congetture' viene stabilito in base a metodi, parametri e criteri a propria volta convenzionali (non quindi dotati di 'ontologica' validità) e quindi oggetto di discussione e di continua "riforma" da parte della stessa comunità scientifica, ma soprattutto che le categorie definitorie attraverso cui la scienza ipotizza proprie descrizioni della realtà sono molto spesso irriducibili alla semplicistica dicotomia certo/incerto. Dal punto di vista del diritto, quindi, circoscrivere il proprio campo di azione adottando parametri "scientifici" significa in ogni caso 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, per cui la selezione davvero decisiva ai fini della concretizzazione del dovere di diligenza dovrebbe avvenire attraverso l'applicazione di criteri giuridico-penali ad una base di conoscenza non necessariamente marchiata (come e da chi?) dal bollino di "certezza". La definizione della "base nomologica" idonea a fondare un dovere di attivazione (eventualmente di astensione) e a giustificare una reazione punitiva per la sua inosservanza dovrebbe cioè effettuarsi non alla stregua della discutibile dicotomia legge/congettura ma sulla base di una valutazione scandita da criteri di rilevanza propri del diritto.

4.6. (segue) *L'idoneità delle conoscenze disponibili a generare un dovere di prevenzione.*

L'idea di esigibilità oggettiva più volte evocata implica che le informazioni scientificamente riconosciute 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 (proprio perché tali, indubbiamente alla portata di qualunque agente *eiusdem condicionis*) la chiara (benché ipotetica) rappresentazione di un'offesa a beni giuridici penalmente tutelati.

La concretizzazione del "rischio consentito" attraverso il criterio di "gravità", però, non si esaurisce in tutti i casi nel richiedere che il sapere senz'altro disponibile sia tale da consentire una rappresentazione del tipo di evento. Ciò potrà bastare qualora la prevedibilità dell'evento possa dedursi dalla disponibilità di dati nomologici corroborati (di leggi scientifiche, se si preferisce), nei limiti cioè in cui, 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” (cioè “valida” e posta a presidio di un ambito di rischio predefinito dall’esperienza). 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 invece procedere a una differenziazione orientata dal principio di proporzionalità.

Come noto, il dibattito sviluppatosi nel corso dell’ultimo decennio attorno alle influenze esercitabili dal “principio di precauzione” in materia penale si è concentrato prevalentemente sul tema dei *reati di pericolo*¹²⁵. Per quanto riguarda la colpa nei reati di danno l’attenzione è stata posta soprattutto sull’opportunità di *dettare regole cautelari* ad esso ispirate ed eventualmente idonee a giustificare un rimprovero per l’evento cagionato (o non impedito) mediante una condotta inosservante¹²⁶; mentre dopo la prudente apertura di Romeo Casabona e la concreta proposta de-costruttiva e ri-costruttiva di Ruga Riva¹²⁷, la configurabilità di una *colpa generica* di tipo precauzionale fondata su una concezione eterodossa della *prevedibilità dell’evento* è stata per lo più respinta da parte della dottrina¹²⁸. Accogliere il principio di precauzione o logiche ad esso riconducibili sul piano esegetico-applicativo, si osserva generalmente, significherebbe gravare l’individuo di responsabilità spettanti principalmente alle istituzioni pubbliche¹²⁹, esporre

¹²⁵ Cfr. in particolare (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*, cit., p. 457 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 119 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 534 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*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, I, Madrid, 2008, p. 863 ss.; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, 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.

¹²⁶ La possibilità di muovere addebiti per “colpa specifica”, in relazione a eventi cagionati dalla condotta inosservante 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, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1754; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 652; M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., p. 218 ss., spec. 223-4; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., spec. p. 175; G. FORNASARI, *El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italianas. Aspectos de parte general*, in *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, cit., 149, p. 171 ss.

¹²⁷ *Supra*, Cap. 4, par. 2.3.

¹²⁸ Fa eccezione, a quanto risulta, E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 160 ss., 171 ss.

¹²⁹ 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*

definitivamente la tipicità colposa – già minata da un serio *deficit* di determinatezza – a ricostruzioni giudiziali orientate dal senno del poi¹³⁰ e dissolvere del tutto le già precarie garanzie che sorreggono e accompagnano l'imputazione dell'evento per colpa¹³¹.

A ben vedere, però, anche in circostanze di scientifica incertezza, sia in ipotesi di colpa specifica che in ipotesi di colpa generica si pone il medesimo problema, «cioè la differenziazione dell'imputazione a titolo di colpa dall'imputazione che si svolge su basi esclusivamente oggettive»¹³². Infatti, benché solo nel primo caso la regola di condotta venga predeterminata mediante leggi, regolamenti, ordini o discipline (secondo la terminologia dell'art. 43 cpi), per poter imputare l'evento occorre nondimeno che esso, anche se inteso come *tipo di rischio*¹³³, possa dirsi *ex ante* prevedibile (pena, *versari in re illicita*).

Ora, 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 irriducibile¹³⁴. Dal che, però, delle due l'una: considerando che solo la prima concezione di “prevedibilità” può legittimare un rimprovero per colpa, si dovrebbe coerentemente escludere l'imputabilità dell'evento anche qualora derivi dall'inosservanza di norme cautelari prestabilite ma dettate secondo logica precauzionale, proprio perché l'evento non potrebbe comunque valutarsi, nemmeno in quel caso, concretamente prevedibile¹³⁵;

pericolo”, cit., p. 614 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 242 ss.

¹³⁰ 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.

¹³¹ E. SOLA RECHE, *Principio de precaución y tipicidad penal*, in *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, cit., 475, p. 488-90; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 653-4.

¹³² G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 237.

¹³³ 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 ignoto, M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, cit., p. 219 ss.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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 inosservanza regole precauzionali prestabilite, si è espressa di recente M. ALONSO ÁLAMO, *¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho penal*, in *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, cit., 51, p. 69-72; nello stesso volume, ID., *¿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*,

se invece si ritiene che la disponibilità di conoscenze provvisorie e la possibilità di rappresentarsi (razionalmente!) eventi lesivi non sono condizioni 'ontologicamente' incompatibili, allora, oltre che per inosservanza di cautele precauzionali, l'imputazione dell'evento dovrebbe ritenersi ammissibile, entro certi margini (normativi), anche per "colpa generica" consistente nel non aver affrontato un rischio non solo inevitabilmente "atipico" ma per di più ipotetico (descritto da un sapere nomologico non confermato).

In questo discorso, 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 di recente 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 una expectativa en el agente, de modo tal que (...) hay que excluir la responsabilidad por culpa en caso de que se respete los límites o las cautelas, dado que el ordenamiento jurídico no puede contradecirse a sí mismo autorizando primero determinadas conductas y, luego, puniendo la verificación de resultados dañosos que se supone son su consecuencia». Tuttavia, si aggiunge, ciò non dovrebbe valere ad escludere *a priori* un giudizio di "colpa generica" (residuale) nell'ipotesi in cui l'agente potesse «darse cuenta del hecho de que el resultado dañoso habría podido verificarse incluso respetando las reglas cautelares fijadas por la norma»¹³⁶.

Si tratta quindi, di nuovo, di stabilire se questa possibilità di rappresentarsi determinate conseguenze dannose possa reggersi, per risultare penalmente rilevante, anche su conoscenze

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). Evidenzia la tendenziale incompatibilità fra il "principio di precauzione" e la concezione "ortodossa" della colpa, in contesto spagnolo, D. CASTRONUOVO, *Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM*, in *RP*, 2014, n. 33, 66, p. 75: «dicho criterio de imputación subjetiva requiere (...) la violación de reglas de cuidado con un fundamento numológico y orientadas a la prevención de resultados previsibles (y no solo conjeturables) *ex ante*»; pertanto, si aggiunge, «el problema es aceptar o no la separación conceptual respecto a la noción "clásica" (o más "ortodoxa") de (...) imprudencia».

¹³⁶ G. FORNASARI, *El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italianas*, cit., p. 175-6.

Al riguardo, sulla questione relativa alla configurabilità della colpa generica "residuale", si rinvia alle considerazioni già svolte nel Cap. 4 (par. 2.1, sui rapporti fra "colpa generica" e "colpa specifica"; par. 3.1.2, sulla violazione del dovere di diligenza nonostante l'osservanza della prassi o delle cautele prestabilite; e par. 4.2, in relazione all'orientamento "prasseologico-positivistico").

oltre che sopravvenute anche non ancora confermate. Persino quando l'utilizzo di una sostanza o la commercializzazione di un prodotto abbiano ottenuto tutte le necessarie autorizzazioni amministrative ed esse siano rilasciate sulla base di uno stato di "iniziale certezza", infatti, possono sempre seguire condizioni di "sopravvenuta incertezza"¹³⁷.

La colpa, sia essa generica o specifica, sta e cade con la possibilità di considerare prevedibile quantomeno un tipo di evento. L'impressione, però, è che adottando la prima soluzione, ritenendo cioè *sempre e comunque* incompatibile qualunque sapere non definitivo (sperimentale, congetturale, non confermato, ecc.) con la possibilità di prevedere razionalmente risultati lesivi e quindi con il dovere di attivarsi (o di astenersi) al fine di evitarli, si finisca col confondere aspetti e relativi problemi di giudizio opportunamente distinguibili, creando una barriera 'ontologica' (o meglio ideologica), comunque aprioristica, alla valutazione del diritto e all'applicabilità di propri criteri di rilevanza¹³⁸.

Le difficoltà emergenti, dal punto di vista dell'agente, di fronte ad un sapere scientifico "incerto" possono astrattamente riguardare aspetti che devono essere distinti, ovvero: la reperibilità dell'informazione (la fonte); il grado di corroborazione dell'ipotesi e l'estensione del consenso maturato attorno ad essa all'interno della comunità scientifica; l'idoneità dell'enunciato che la contiene, e che la rende intellegibile al profano, a fornire una rappresentazione sufficientemente definita del tipo di correlazione e, pertanto, del tipo rischio ipotizzato.

Ciò da cui non può prescindere un rimprovero per colpa orientato da un criterio di "gravità" concepito nel senso precedentemente indicato è, in primo luogo e come già appuntato, che l'informazione sia senz'altro disponibile, tale cioè da potersi "presumere" – o, meglio, considerare come se fosse – effettivamente conosciuta dall'agente¹³⁹. Per quanto riguarda poi il tenore dell'enunciato, esso deve poter fornire la rappresentazione

¹³⁷ V. al riguardo J. ESTEVE PARDO, *El Desconcierto del Leviatán*, cit., p. 144 ss.

¹³⁸ Come già osservato nel par. precedente.

¹³⁹ Cfr.: B. MENDOZA BUERGO, *Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro*, cit., p. 452 ss., spec. 455, dove si ammette che «la previsibilidad necesaria para proceder a la imputación por imprudencia en las actividades relacionadas directa o indirectamente con la salud humana, se puede construir sobre la base de una sólida conjetura o hipótesis científica todavía no suficientemente contrastada desde el punto de vista científico, pero cognoscible por aquel a quien se quiere exigir responsabilidad»; e D. ROETS, *Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*, in *RSCDPC*, 2007, n. 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.

di un rischio definibile e concretizzabile in un tipo di evento grave e irreversibile¹⁴⁰, 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 evento¹⁴¹, poiché ciò impedirebbe di riconoscere i presupposti fattuali della condotta doverosa¹⁴² e di agire orientando la medesima al conseguimento di un fine preventivo, e, pertanto, non giustificherebbe una reazione punitiva nonostante l'incertezza. Le informazioni cui si può far riferimento, per quanto riguarda infine la loro fonte, potranno essere del medesimo tipo di quelle rese oggi disponibili agli operatori privati attraverso l'opera di classificazione e divulgazione effettuata dalle numerose agenzie di ricerca fondate, regolate e finanziate dalle istituzioni politiche nazionali e internazionali¹⁴³.

Per esemplificare i limiti tracciabili attraverso il ricorso ai predetti criteri, si consideri il caso definito dalla sentenza della Corte di Cassazione del 28 ottobre 2004, Ardizzone¹⁴⁴, 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,

¹⁴⁰ Secondo la definizione del principio di precauzione proposta da Bourg e Schlegel (D. BOURG – J.-L. SCHLEGEL, *Parer aux Risques de Demain. Le Principe de Précaution*, Paris, 2001, p. 140), il cui requisito viene ripreso da C. M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, cit., p. 390, e da A. CORTINA, *Fundamentos filosóficos del principio de precaución*, cit., p. 5; nonché di nuovo da D. ROETS, *Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*, cit., p. 265 (citando a propria volta M. DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du Droit*, Paris, 2004, p. 354).

¹⁴¹ Cfr. D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 144-5, il quale come visto (*supra*, Cap. 4, par. 3.2.2) sostiene che il paradigma giurisprudenziale della "prevedibilità del tipo di evento" (il modello *Petrochimico*, invero risalente già alla sentenza sul *disastro di Stava*) potrebbe risultare legittimo qualora le informazioni predittive indubbiamente proprie dell'agente modello abbiamo ad oggetto un evento «che, quantomeno, "contenga" quello effettivamente realizzatosi». Appaiono invece troppo ampi i margini di rimproverabilità tratteggiati da E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 167-8 («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 "famosità" di predeterminatezza e predeterminabilità»).

¹⁴² Segnala il problema dell'ardua riconoscibilità dei presupposti fattuali della condotta doverosa in condizioni di incertezza F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 242.

¹⁴³ V. ancora, ad esempio, la classificazione degli agenti cancerogeni adottata dalla IARC (*International Agency for Research on Cancer*, con sede a Lione, appartenente all'Organizzazione mondiale della sanità), 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* (per le definizioni di queste categorie, v. *supra*, Cap. 3, par. 3.2).

¹⁴⁴ Commentato, tra gli altri, da D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., p. 272-4, e da A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., p. 80 e 161 (ai quali si devono le citazioni che seguono nel testo).

stando alla perizia, negli anni in cui veniva somministrato il trattamento (1996-7) la conoscenza degli effetti nefrotossici della mesalazina «*non era ancora patrimonio comune, specie tra i medici gastroenterologi*». «*Soltanto nel 2000 – considera 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 diversi fasi nel processo lesivo). Importa qui rilevare la differente prospettiva dei giudici superiori: «*per quel 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 di 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 entro cui la possibile nefrotossicità dovrebbe potersi considerare "nota", né il grado di tale presunta notorietà (reperibilità della fonte), e soprattutto non si specifica né *come* e 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 gravità¹⁴⁵ e imposto, più in generale, dalla necessità di valorizzare le complesse relazioni fra entrambe le componenti, quella assiologica e quella naturalistica, dei concetti di "rischio consentito" e agente-modello: con essi – come più

¹⁴⁵ J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español*, cit., p. 175, nota 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, *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, cit., p. 253-4.

volte rimarcato – 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 pericolose¹⁴⁶.

Rispetto ad alcune posizioni favorevoli al concepimento della colpa generica anche in termini “precauzionali” (per inosservanza di aspettative di diligenza non pre-determinate, in condizioni di incertezza e in relazione al rischio di provocare danni gravi e irreversibili), la differenza sostanziale che deriva dalla qui proposta coniugazione dei criteri di gravità e di esigibilità oggettiva consiste nell'escludere la punibilità (già nel piano della “misura obiettiva”) sia nei casi di *dubbio sul potere percettivo* (cd. base ontologica) che in quelli di *dubbio sul potere conoscitivo* (base nomologica) dell'agente *eiusdem condicionis*, cioè dei casi in cui la dimensione etica del giudizio, nella prassi, può aumentare a dismisura a prescindere dal fatto che il rischio sia certo o incerto¹⁴⁷. Affidando al solo agente-modello, inevitabilmente *ex post facto*, 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 *presunta colposa distrazione* e la *presunta colposa ignoranza* che non la mancata attivazione orientata ad impedire un evento chiaramente prevedibile¹⁴⁸. Attraverso la soluzione che qui si propone, quella della riferibilità a fonti di informazioni istituzionali e accreditate, si potrebbe invece trovare un ragionevole punto di 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, di non restare immobili di fronte a quello che possono concorrere a realizzare.

¹⁴⁶ Si riprendono nuovamente le riflessioni di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 463-5 e 521 (ampiamente citate nel testo: *supra*, Cap. 4, par. 4.3.3).

¹⁴⁷ Si noti quindi la differenza fra l'impostazione difesa nel testo e la posizione assunta da E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., p. 171, 176, il quale, proseguendo nella direzione indicata da Carlo Ruga Riva, 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».

¹⁴⁸ Ci si riferisce in particolare al contributo di C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1758.

5. Il fatto tipico colposo tratteggiato nell'indagine (fra naturalismo, liberalismo e normativismo).

Rispetto al paradigma “ortodosso”, i margini del “rischio consentito” tratteggiati nelle pagine precedenti riflettono certamente un maggior coefficiente di normativismo. Eppure, per quanto possa apparire paradossale, il tentativo di coniugare la rinuncia alla *condicio sine qua non* della certezza scientifica con il criterio normativo selettivo di gravità (già a livello di fatto tipico) dovrebbe tradursi in un illecito colposo più rispettoso del canone di *ultima ratio* e più aderente all'esigenza liberale di arginare la punibilità del fatto dannoso incosciente.

Il primo obiettivo ricostruttivo perseguito consiste nella valorizzazione, entro i margini che si sono ritenuti ragionevoli, del criterio sociologico – e in quanto tale democratico – che assegna “validità” alle norme nella misura in cui siano effettivamente riconosciute come tali dai loro destinatari, cioè dotate di consenso; ovvero, di nuovo, a quelle prassi, a quelle consuetudini cautelari o a quelle *leges artis* riconducibili alla categoria delle regole di condotta “tipiche” perché dotate di un contenuto e di ambito di protezione predefiniti dall'esperienza, pertanto “valide” oltre che sul piano sociologico anche su quello funzionale¹⁴⁹.

Oltre che per l'inosservanza delle regole cautelari appena indicate, senz'altro esigibili (riconoscibili), almeno da un punto di vista oggettivo, proprio perché espresse direttamente dal gruppo sociale o professionale di riferimento, la involontaria produzione di un danno penalmente rilevante dovrebbe potersi ritenere illecita anche in ipotesi di mancato adeguamento ad aspettative di comportamento “atipiche”, parametrize quindi a *Maßfiguren* e dichiarate vigenti solo in sede di giudizio, 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: solo qualora risulti chiara, indubbia ed evidente la riconoscibilità dell'occasione di applicare una norma di condotta predefinita (“tipica”) o

¹⁴⁹ Cfr. *supra*, Cap. 4, par. 4.2.3, con particolare riferimento al contributo di F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss., e al concetto di *lex artis* (distinto da quello di dovere di diligenza) adottato da C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, II, cit., p. 271-2.

determinate conoscenze realmente alla portata dell'agente (inteso ancora come modello normativo, rappresentativo di un gruppo o di una professione) dovrebbe potersi generare un dovere di prevenzione penalmente rilevante; inoltre, anche qualora il sapere nomologico disponibile non possa definirsi "certo" e le conoscenze chiamate a fondare il giudizio di colpa non appartengano al rango delle "leggi scientifiche", l'inerzia potrà ritenersi grave nella misura in cui, tenuto conto dell'oggetto giuridico tutelato, le conseguenze nitidamente rappresentabili siano tali.

Non si tratta dunque – val la pena ora di puntualizzarlo – di una riproposizione in chiave dogmatica dell'atteggiamento di "indulgenza" assunto da parte della giurisprudenza italiana, a partire dagli anni '70, mediante l'applicazione dell'art. 2236 del codice civile in sede di definizione della colpa penale medica¹⁵⁰.

In precedenza¹⁵¹, svolgendo alcune considerazioni sulla recente riforma Balduzzi e introducendo la distinzione concettuale fra regole cautelari "tipiche" e "atipiche", si è sostenuta l'opportunità di riferirsi, *generalizzandolo*, ad un criterio analogo a quello della «speciale difficoltà» (contemplato proprio dal 2236 c.c.) di fronte ai casi in cui l'agente si trovi ad affrontare un rischio per così dire "aspecifico", ovvero una situazione potenzialmente lesiva non riconducibile all'ambito di protezione di modelli di comportamento predefiniti o disciplinata da regole cautelari obsolete o comunque inadeguate. Tuttavia, mentre la scelta di quella giurisprudenza si fondava (prevalentemente) su valutazioni di carattere *lato sensu* politico-criminale (l'esigenza di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di possibili rappresaglie da parte del paziente in caso di insuccesso¹⁵², e quindi in sostanza di proteggere la classe medica) e sull'idea secondo cui nell'applicazione delle regole dell'arte e della professionale (regole di *perizia*) l'agente va solitamente incontro a *difficoltà maggiori* rispetto a quelle derivanti dal dovere di attenersi alle comuni norme di prudenza e diligenza¹⁵³, il profilo di esigibilità che nella prospettiva qui delineata si intende valorizzare concerne il differente grado di disponibilità e di riconoscibilità della norma (di diligenza, prudenza o perizia: non fa differenza) che discende dal suo carattere *predefinito* o in *via di definizione* (giudiziale). Qui, in altri termini, si muove

¹⁵⁰ Cfr. in argomento, anche per gli opportuni richiami alla letteratura meno recente e alla giurisprudenza indicata: A. R. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico*, cit., p. 736 ss.; D. CASTRONUOVO – L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, cit., 933, § 7.3; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., p. 118 ss.

¹⁵¹ Cap. 4, par. 4.2.3.

¹⁵² A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., p. 118.

¹⁵³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 541. V., su questo specifico aspetto e in chiave critica, le riflessioni svolte *supra*, Cap. 4, par. 4.2.4.

dall'eterogeneità strutturale, dal punto di vista dell'ipotetico destinatario *eiusdem condicionis*, delle norme cautelari "tipiche" (quella in base alle quali il principio di affidamento può svolgere la propria funzione regolativa del tipo sul piano relazionale¹⁵⁴, in quanto si tratta di modelli di comportamento precostituiti e quindi rappresentabili) rispetto a quelle "atipiche", che traducono invece aspettative comportamentali rese "vigenti" direttamente dal giudice.

L'operazione ricostruttiva, in estrema sintesi, consiste nel diminuire l'interesse della pena per l'*ignoranza* e per l'*errore percettivo*, specie se occasionato da criticità organizzative¹⁵⁵ o comunque *lato sensu* ambientali, e di sottoporre a più attenta valutazione le ipotesi di colpa incosciente – di mera *rappresentabilità* – più omogenee alla *rappresentazione* vera e propria¹⁵⁶. Il criterio orientativo della "esigibilità oggettiva" consente infatti di trovare 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 anti-giuridicità 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 livello di colpevolezza non dimostrato o non dimostrabile sul piano psicologico¹⁵⁷; ma, al contrario, va inteso nel senso garantista di elevare il limite inferiore del "penalmente rilevante" lasciando fuori dall'ambito della tipicità colposa incosciente quelle condotte che, benché offensive, non appaiano normativamente paragonabili ad altre che, data la effettiva (dimostrata) sussistenza di una rappresentazione da parte dell'autore di un possibile esito

¹⁵⁴ *Supra*, Cap. 5, par. 5.

¹⁵⁵ 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 perseguito adottando un metodo emancipato dalla c.d. *blame culture*.

¹⁵⁶ Definisce (non a caso) 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*, maggiormente si avvicinano al dolo.

¹⁵⁷ In relazione alla tendenza, invero a quanto risulta minoritaria, a normativizzare ed oggettivizzare qualunque classe di colpevolezza (o livello di imputazione soggettiva), condivisibili preoccupazioni sono espresse, fra gli altri, da: A. MELCHIONDA, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspiccate 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, spec. p. 194-5; e, come già in altri interventi precedenti, M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit. p. 82 ss. e *passim* (entrambi gli autori, peraltro, con particolare attenzione anche alla dottrina spagnola).

lesivo, si trovino per ciò solo già al confine con il dolo eventuale. Il concetto di “gravità”, in altri termini, viene a qualificare come *penalmente rilevante* l’ignoranza di quei dati nomologici 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*.

Se per un verso, quindi, la direzione è quella di una restrizione del campo di rilevanza assegnato alla colpa incosciente, dall’altro – in contesti di “incertezza scientifica” – si teorizza una sua possibile espansione. Da questo punto di vista la ricostruzione proposta potrebbe pure definirsi “precauzionista”¹⁵⁸, cioè antitetica al classico paradigma preventivo¹⁵⁹, o persino etichettarsi come sotto-modello di “colpa eventuale”¹⁶⁰; ma sul piano politico-criminale, a ben vedere, consentirebbe di evitare il paradosso di punire il conducente distratto e poco lesto che non si accorge dell’attraversamento improvviso del pedone, o il datore di lavoro che non interviene in tempo alla prima scorrettezza del sottoposto – cioè, in entrambi i casi, di fronte a eventi perfettamente *prevedibili ed evitabili* dal migliore degli automobilisti o dal più scrupoloso dei garanti della sicurezza possibili¹⁶¹ –, lasciando invece immune chi abbia senz’altro tempo e modo di rappresentarsi (benché effettivamente non lo faccia), quand’anche in termini solo probabilistici e ipotetici, le conseguenze gravi e irreversibili delle proprie azioni e delle proprie decisioni¹⁶².

¹⁵⁸ 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 dominatore comunque infatti, come noto, si contano tuttora – fra versioni forti o radicali e deboli o moderate – decine di eterogenee e spesso incompatibili definizioni del principio: oltre a quanto già osservato *supra*, Cap. 4, par. 2.3, cfr. F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 236 ss., e D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 18-9.

¹⁵⁹ V. però M. GÓMEZ TOMILLO, *El principio de precaución en el Derecho penal*, cit., p. 87 ss., dove si revoca in dubbio che alla dicotomia certo/incerto da punto di vista scientifico corrisponda necessariamente quella prevenzione/precauzione sul piano giuridico-penale (impostazione che toglie automaticamente legittimità, perché inefficacie sul piano preventivo, a qualunque tipo di intervento in condizioni di incertezza).

¹⁶⁰ G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., *passim*, il quale con questa locuzione intende qualificare (e respingere) il paradigma di responsabilità per “colpa” iper-normativo esclusivamente incentrato sul rischio. Esso viene riconosciuto in particolar modo nella più recente giurisprudenza in materia di catastrofi naturali (*supra*, Cap. 4, par. 3.3), specie in relazione alla totale rinuncia al connotato classico della prevedibilità dell’evento *hic et nunc*.

¹⁶¹ Come osservato *supra*, in chiusura del Cap. 3, par. 4, a difesa del criterio di imputazione della diminuzione di *chance*, quanto è maggiore la pretesa di diligenza personificata dall’*homo eiusdem conditionis et professionis* tanto più agevole è sostenere da parte del giudice che la condotta diligente avrebbe indubbiamente evitato l’evento.

¹⁶² Come osserva anche F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial*, in *RP*, 2010, 136, p. 144,

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”.

L’adozione di una misura oggettiva della colpa concepita in questi termini potrebbe consentire di arginare le più arbitrarie derive deontiche, creando una sorta di “zona franca” – eventualmente presidiata dal diritto civile – tra *fatto illecito colposo* e *caso fortuito*, evitando di punire la “sfortuna” di essersi trovati, come si suol dire, nel luogo e nel momento sbagliato, o il mero fatto di non aver saputo far fronte alle avverse circostanze¹⁶³. Il suo profilo espansivo nell’area del sapere nomologico incerto (delle *non ancora* “leggi”), invece, si tradurrebbe in uno strumento davvero residuale, auspicabilmente più ipotetico che effettivo. A quest’ultimo riguardo, peraltro, occorre considerare che il reato colposo di danno, entrando in gioco solo dopo che siano state eventualmente esperite altre azioni preventive (tali anche se ispirate da una logica precauzionali) e richiedendo l’accertamento del nesso di causalità individuale, rappresenta comunque una modalità d’intervento più garantista rispetto a qualunque altra forma anticipata di minaccia e di reazione punitiva (penale o amministrativa che sia).

Una ristrutturazione in questi termini – dal rigidamente nomologico al normativo, dalla certezza scientifica alla gravità dell’offesa (attuale o potenziale, se poi si realizza) – della categoria d’imputazione soggettiva e del suo rapporto con il “rischio consentito”, senza pretendere di apparire neutrale, sembra comunque in grado di coniugare l’esigenza politico-criminale di *extrema ratio* con i principi di ragionevolezza e proporzionalità nel

escludendo che si possano avere “pericolosità tipica” e “rischio non consentito” in condizioni di incertezza scientifica si potrebbe sempre concludere che «si se arroya con un vehículo a un ciudadano, por frenar a destiempo, afectando su integridad física, se realiza una conducta peligrosa – que justifica, por tanto, una intervención jurídico-penal; mientras que si se ciernen grandes márgenes de incertidumbre (...) mediante aventuras de la industria farmacéutica, alimenticia, veterinaria, agropecuaria o nuclear, masiva y precipitadamente sobre bienes jurídicos personales de generaciones presentes y futuras, no. Se trata – prosegue l’autore – de que esta ecuación sólo se sostiene sobre el grado de certeza lesiva de la conducta: sin duda, sabemos que si golpeamos con un vehículo a un viandante podemos afectar al citado bien jurídico. Ahora bien, cuando se atiende a su potencialidad lesiva – “generaciones presentes y futuras”, “graves e irreversibles” – surgen ulteriores criterios de enjuiciamiento de la peligrosidad: entidad de los bienes expuestos, alcance e intensidad, respectivamente. Y de este modo, también, razones de proporcionalidad: a menor certeza, mayor entidad de los bienes, alcance e intensidad».

¹⁶³ «Un omicidio commesso per colpa levissima – scriveva F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 75-6 – non è niente più che una sventura; e le sventure dimandano lacrime e conforti, non pene».

ricorso allo strumento repressivo¹⁶⁴. Ma là di là dei criteri qui proposti, la differenza che si osserva assistendo all'odierno dibattito è – se si consente – che 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 valori¹⁶⁵, chi difende il modello ortodosso – *occorre attendere la legge scientifica!* – molto spesso preferisce trincerarsi dietro a presunte ascendenze illuministiche omettendo di rilevare che il matrimonio forzoso fra legalità giuridica e legalità scientifica è fatto più recente e comunque per nulla indiscutibile¹⁶⁶.

L'inadeguatezza del paradigma logico ed epistemologico neopositivistico (novecentesco), già da tempo riconosciuta in relazione al concetto di causalità ed al relativo metodo di accertamento (con l'abbandono del modello inferenziale nomologico-deduttivo)¹⁶⁷, si ripercuote inevitabilmente sul versante predittivo del giudizio di tipicità, dove lo spazio fin qui lasciato al dominio della scienza, in virtù della sua pretesa miglior capacità definitoria e discretiva, dovrebbe essere recuperato dagli interpreti del diritto mediante l'applicazione di propri criteri di rilevanza alle ipotesi racchiuse negli enunciati descrittivi utilizzati per la strutturazione delle categorie giuridiche.

Anche l'obiettivo di trovare un punto di equilibrio fra la necessità di impedire che il giudice diventi libero artefice della politica criminale e l'esigenza altrettanto contundente di evitare che l'esercizio della sua funzione “creativa” venga *de facto* delegata al consulente tecnico di turno appare perseguibile ricorrendo ai criteri qui

¹⁶⁴ Riproponendo argomenti analoghi a quelli adottati da F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Deconstruyendo el riesgo*, cit., p. 144, osserva M. GÓMEZ TOMILLO, *El principio de precaución en el Derecho penal*, cit., p. 88, che «resulta sorprendente que pueda aceptarse que un hurto mediano deba ser reprimido por medio de la *ultima ratio* del Estado y no se pueda decir lo mismo frente a los grandes riesgos que plantean las sociedades contemporáneas, antes los cuales, para algunos planteamientos, el Derecho penal debe dar un paso atrás y dejar actuar a otras ramas del ordenamiento jurídico». Il pensiero corre spontaneo a F. STELLA, *Giustizia e modernità* (2ª ed.), cit., p. 185 ss., 385 ss., 419 ss.

¹⁶⁵ Lo evidenzia da ultimo G. FORNASARI, *El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italianas*, cit., p. 172. Cfr. sul punto G. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”*, cit., p. 594.

¹⁶⁶ V. di nuovo le osservazioni critiche rivolte al contributo di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., *passim*, sul caso petrolchimico di Porto Marghera (*supra*, Cap. 4, par. 4.3.3). Cfr. inoltre i contributi di 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”; e il più recente intervento di M. ALONSO ÁLAMO, *¿Riesgos no permitidos?*, cit., p. 69-72, nel quale la difesa del paradigma colposo nomologico basato sulla certezza scientifica non pare (a chi scrive) accompagnata da argomenti che, liberando dal sospetto che si tratti di una petizione di principio, spieghino perché «la extrema normativización del riesgo – conseguente, secondo l'autrice, all'accoglimento del principio di precauzione – no puede ser aceptada».

¹⁶⁷ *Supra*, Cap. 3, par. 2 e 3.3; cfr. più in generale le osservazioni di G. FIANDACA, *Il giudice e le controversie tecnico scientifiche*, cit., p. 10 ss.

indicati. Attraverso il contributo del perito, 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 dell'esatta regola cautelare che avrebbe dovuto essere applicata nel caso di specie¹⁶⁸. 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 ascrivibili al rango delle norme cautelari ("tipiche"), in quanto tali obiettivamente esigibili, o se il mancato adeguamento ad un'aspettativa di ulteriore o differente diligenza ("atipica"), alla luce delle informazioni disponibili, delle concrete circostanze di fatto e dei beni giuridici in gioco, possa ritenersi tanto grave da rilevare penalmente e da meritarsi la qualifica di illecito (ma non ancora di reato, che richiede una ri-valutazione del grado di rimproverabilità anche in termini soggettivi).

Il riconoscimento del valore solo propedeutico e strumentale della *conoscenza empirica* rispetto al *compito valutativo*, pertanto, dovrebbe tradursi in un rapporto fra giudice e perito caratterizzato da una decrescente sudditanza del primo nei confronti del secondo e, di conseguenza, in un accresciuto onere di motivazione – rispondente al parametro di "gravità" – a carico del reale detentore del potere di stabilire i concreti contorni della norma¹⁶⁹.

Neppure la più ragionevole indicazione metodologia o la più persuasiva elaborazione dogmatica potranno mai sollevare la giurisprudenza dall'immane compito che le spetta e che in nessun modo le può essere sottratto. 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»¹⁷⁰, 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 anche da parte dei destinatari del precetto legale e della minaccia di sanzione penale (a tutto vantaggio, inutile dirlo, del diritto di difesa¹⁷¹).

¹⁶⁸ Cfr. però C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., p. 297.

¹⁶⁹ *Supra*, par. 1.

¹⁷⁰ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 876.

¹⁷¹ 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

6. *Valutazioni conclusive sulla “scelta di campo”. Note di sintesi sul percorso compiuto e indicazioni su quello (idealmente) ancora da compiere. Cenni de iure condendo.*

L'obiettivo perseguito attraverso l'indagine che qui si conclude è stato quello di riflettere intorno alla seguente domanda: *quando una condotta dannosa può dirsi “colposa” per il diritto penale?*

A questo scopo, invece che trattare la categoria dogmatica “colpa” sviscerandone le due dimensioni – quella qualificante il fatto tipico (oggettiva) e quella afferente all'elemento dogmatico della colpevolezza (soggettiva) –, si è scelto di concentrare l'attenzione sulla dimensione obiettiva del reato coinvolgendo però, al contempo, profili dell'attribuzione penale “dogmaticamente” precedenti e successivi a quello rispondente al giudizio sull'inosservanza del dovere di diligenza. In altri termini: in luogo di studiare congiuntamente il profilo generalizzante e quello individualizzante del criterio d'imputazione soggettiva, esaurendo così la tematica della colpa penale fra illecito e colpevolezza, si è deciso di “isolare” la questione relativa alla violazione del dovere, studiandola alla luce di ulteriori questioni emergenti dall'esame della causalità e dell'imputazione obiettiva dell'evento (del “nesso di rischio” o della “causalità della colpa”).

I vantaggi di questa opzione metodologica – di questa scelta di campo – consistono nella possibilità di evidenziare le strettissime relazioni intercorrenti fra i livelli ascrivibili afferenti al contenitore dogmatico (e convenzionale) del fatto tipico: quello causale-materiale (*ex post*), logico sul piano sostanziale (*csqn*) e naturalistico ma al contempo argomentativo (non puramente deduttivo, ma abduttivo) sul piano dell'accertamento; quello del dovere, riflesso nella categoria sintetica assiologico-naturalistica del “rischio consentito” (rispondente ad una valutazione *ex ante*); quello dell'imputazione dell'evento per colpa, o se si vuole del “nesso di rischio”, del quale si è intravista la stretta dipendenza rispetto alla concreta configurazione della norma di

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 vecchie formule retoriche).

condotta (rispetto al suo profilo teleologico) ma anche la prevalente sostanza politico-criminale (nel considerare l'opzione fra evitabilità e aumento del rischio, *ex post*).

Per ciascuno di questi tre “livelli” d'imputazione, il compito ricostruttivo dell'interprete si traduce in una scelta che, più o meno consapevole, esprime un punto di vista che si trova fra due estremi: il puro naturalismo e il puro normativismo. Tutta l'evoluzione dogmatica del fatto colposo, ma anche del reato in generale, può essere vista come un'oscillazione continua fra questi due opposti versanti metodologici.

Anche per questa ragione – non solo per il diminuito interesse dell'una per l'altra di fronte al privilegiato modello tedesco o per il raffronto fra le soluzioni espresse sul piano positivo – un'analisi congiunta dell'esperienza italiana e di quella spagnola in punto di colpa penale può destare un certo interesse comparatistico. Ripercorrendo idealmente il tragitto compiuto – a partire dall'emersione della concezione normativa della colpevolezza e poi attraverso gli indicati livelli di imputazione del fatto tipico – si può notare come la maggior influenza della dogmatica tedesca su quella spagnola si sia tradotta, specie negli ultimi decenni, in una cultura penalistica visibilmente più normativista rispetto a quella italiana. Ciò si è notato ad esempio in relazione al più ampio rifiuto del giudizio condizionalistico sull'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito (evitabilità) e per un più esteso consenso, almeno nei contributi d'ispirazione roxiniana, del paradigma dell'aumento del rischio; ma anche in relazione al rapporto, espresso in termini di disvalore complessivo del fatto-illecito, fra colpa cosciente (dove il dato “naturalistico” è dato dall'elemento psicologico effettivo) e colpa incosciente (puramente normativa); e, soprattutto, rispetto all'adozione di sotto-criteri ascrittivi ricavati da quello dello “scopo di protezione della norma”, con risultati peraltro non sempre condivisibili. Come visto in materia colpa datoriale, la forte influenza della *objektive Zurechnungslehre* nella dottrina e nella giurisprudenza spagnole porta talvolta a una criticabile sottovalutazione del giudizio *ex ante* sul disvalore della condotta e sul suo carattere *oggettivamente colposo*.

Nel reato colposo di danno, la crisi del modello esplicativo d'impronta neopositivista si riflette, *mutatis mutandis*, nella crisi del modello nomologico-predittivo a sua volta fondato sulla legge scientifica.

In entrambi i casi, in entrambe le dimensioni del giudizio sulla tipicità del fatto, l'offuscamento della tradizionale immagine di scienza induce il diritto a rivalutare la propria peculiare ragione valutativa: ciò che significa l'abbandono del modello esplicativo nomologico-deduttivo (favorito in Italia dall'intervento delle Sezioni Unite

Franzese) ed una ri-costruzione del rischio consentito di carattere maggiormente normativo ma ispirato al contempo al principio di *ultima ratio*.

L'equilibrio complessivo del fatto-illecito si gioca soprattutto sul piano del bilanciamento fra disvalore della condotta e disvalore d'evento: privilegiando a tutti i costi il secondo, come visto sostenendo l'opportunità di abbandonare il criterio di evitabilità ed esaminando le discutibili strategie dogmatiche di "imputazione alla vittima" in materia di sicurezza sul lavoro, si rischia di ridurre il giudizio sull'antigiuridicità della condotta ad un puro processo presuntivo. L'imputazione dell'evento attraverso criteri dedotti o ricavati dallo "scopo di protezione della norma", infatti, non può avvenire – anche per un fatto di logica dogmatica – prima che la norma (di diligenza) sia stata determinata; richiedendo ai fini dell'imputazione l'evitabilità dell'evento (quale evento?), inoltre, si può indurre il giudice a definire la pretesa comportamentale allo scopo di rendere l'offesa ipoteticamente evitabile (quanto è maggiore la pretesa di diligenza personificata dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*, tanto più agevole è sostenere che adottando la condotta diligente si sarebbe evitato l'evento).

Per "fare sul serio" sul piano della condotta, quindi, si è scelto di ricorrere ad un criterio di "gravità" inteso a coniugare l'esigenza di riconoscibilità della norma con quella di consentire il perseguimento di inosservanze di aspettative comportamentali non predefinite ma *normativamente* equiparabili alle violazioni delle regole cautelare predeterminate (positivizzate o meno).

L'analisi mostra però, evidentemente, alcuni limiti. Il percorso compiuto, infatti, riflette idealmente solo una parte del compito spettante al teorico e al giudicante. Manca, se si vuole, la parte più importante, quella in cui si tratta di stabilire se possa essere mosso all'agente un rimprovero davvero personale, se il fatto tipico sia anche colpevole; in una parola, se vi sia *reato*.

Questa ipotetica seconda tappa dello studio (e dell'accertamento) della colpa richiede però un'ulteriore e più ampia riflessione. Il presupposto imprescindibile di una seria indagine sulla colpevolezza colposa dovrebbe essere una chiara e inequivoca presa di posizione sul senso, sulle funzioni e sulle eventuali finalità pragmatiche della pena. Ciascuna categoria dogmatica, ciascuna proposizione del discorso penalistico, esprime inevitabilmente una sintesi fra premesse assiologiche (giuridiche e pre-giuridiche) e ragioni *lato sensu* funzionali.

Neppure lo studio del fatto, inteso come fatto tipico e quindi già irradiato dalla colpevolezza, può essere condotto in modo del tutto avulso dalla considerazione delle matrici razionali o delle ragioni funzionali della minaccia e del rimprovero. Infatti, dato che un punto di partenza argomentativo ci deve pur essere, si è dovuto prendere le mosse da un vero e proprio *postulato*: parametrando il criterio della “esigibilità obiettiva” alla conoscibilità delle norme di diligenza “tipiche” (consuetudini cautelari, *leges artis*, ecc.; quelle su cui è possibile fare *legittimo affidamento*) si è dato per assunto che la loro inosservanza, trattandosi di norme “valide” sia in senso sociologico che in senso teleologico, legittimi a considerare la condotta dannosa anche illecita. Perciò, si è detto, nei limiti in cui determinate conoscenze siano altrettanto conoscibili e qualora siano applicabili al cospetto di segnali di pericolo altrettanto riconoscibili, l’applicazione delle prime ai secondi dovrebbe generare modalità cautelari “atipiche” (non predeterminate, nemmeno a livello puramente prasseologico) parimenti rilevanti (idonee a qualificare la condotta inosservante come gravemente colposa).

E tuttavia, mentre sul piano della fattispecie è stato possibile far valere anche ragioni per così dire “estrinseche” (epistemologiche, empiriche e pratiche) nei confronti di talune traduzioni dogmatiche della funzione *general-preventiva* (intimidatoria) che si assegna al messaggio contenuto nel precetto, dal momento in cui ci si spinge a teorizzare e a tracciare i limiti “definitivi” entro cui poter considerare giusto e legittimo il *rimprovero personale*, diventa impossibile procedere sulla scorta di un malcelato “agnosticismo”¹⁷². Come per qualunque altra categoria dogmatica, solo l’esperto, franco e disincantato accoglimento di un’opzione politico-criminale o di una qualunque ragione giustificativa¹⁷³ consente di perseguire seriamente (e onestamente) l’obiettivo di indicare, eventualmente *de iure condendo*, i margini propriamente soggettivi del *crimen culposum*.

¹⁷² Senza cioè aver dato un senso alla pena, che resta quindi *perdida*, «carente de racionalidad» (E. R. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1998, p. 16 e *passim*).

¹⁷³ Cioè di una “dottrina giustificazionistica”, per dirla con L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1ª ed.), Bari, 1990, p. 239 ss. Per alcune classiche prese di posizione utilitaristiche (eclettiche o miste), cfr. F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *RIDP*, 1933, p. 129 ss., e G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *RIDPP*, 1961, 297, p. 316 ss. Sulla funzione del diritto penale nei moderni ordinamenti giuridici, v. invece F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi. Spunti per un dibattito*, in *RIDPP*, 2002, 123, p. 125, dove, in opposizione alle opinioni orientate a riconoscere alla pena un senso meramente retributivo, sottolinea l’autore come 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»; sulla centralità del bene giuridico nella definizione del

Sul piano obiettivo, contro la pretesa funzionalità general-preventiva¹⁷⁴, si è ad esempio segnalato, sulla scorta della più recente letteratura specialistica, come l'intimidazione per mezzo della sanzione penale possa generare conseguenze nefaste e financo criminogene: si tratta di un dato che, da un lato, sconsiglia di ridurre il penalmente rilevante alla violazione delle sole cautele prestabilite (ciò che potrebbe incentivare, ad esempio, alcune forme di medicina difensiva) e, dall'altro, spinge ad escludere la punibilità delle colpe di lieve entità per lo più riconducibili a criticità organizzative (perché il rischio della condanna impedisce l'emersione e l'analisi dell'errore) o a particolari avversità contestuali. Altra ragione "estrinseca", ma di carattere epistemologico, è quella che induce a respingere la tendenza marcatamente general-preventiva espressa dalla dottrina della "migliore scienza ed esperienza" (qual è la miglior scienza?). In materia di affidamento, infine, si è osservato – anche qui sulla scorta di copiosa e pure risalente dottrina – che l'induzione, sempre tramite la minaccia di una sanzione, ad un controllo totale e costante del circostante può impedire il normale svolgimento di attività quotidiane o rendere più difficoltoso l'adempimento di doveri professionali richiedenti per loro natura un'attenzione selettiva (e quindi fiducia negli altri).

Coerentemente con la ricostruzione proposta, si potrebbe ritenere preferibile la soluzione di depenalizzare espressamente qualunque ipotesi di *colpa lieve*, come previsto in Spagna dal *Proyecto de Ley Orgánica* del 20 settembre 2013 per un nuovo *Código penal*¹⁷⁵. In Italia, dove attualmente convivono sulla carta due regimi – quello stabilito dall'art. 43 cpi, in via generale, e quello previsto dalla *riforma Balduzzi*, solo per

fine preventivo v. anche M. POLAINO NAVARRETE, *¿Por qué existe y para qué sirve la pena? La función actual del Derecho penal: bien jurídico versus vigencia de la norma*, in *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, cit., p. 461 ss. Cfr. allora, sul versante retribuzionista (cattolico), le riflessioni di G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, p. 106 ss.; ID., *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 1, p. 7 ss.; v. anche, più di recente, E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, cit., 237, p. 274, 296-7; e J. L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2009, *passim*.

¹⁷⁴ Che taluni escludono comunque radicalmente in relazione al reato colposo di danno: v. L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto*, cit., p. 964-6.

¹⁷⁵ Nel cui preambolo leggiamo quando segue: «*se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículos 142 y 152 del Código Penal). No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos más graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana (...), a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad*».

l'esercente le professioni sanitarie –, quest'opzione avrebbe il teorico vantaggio di superare alcune incongruenze caratterizzanti la disciplina più recente¹⁷⁶ e di oltrepassare il presunto scoglio costituzionale della violazione del principio di uguaglianza. Da un lato, indubbiamente, ciò esporrebbe al rischio di vanificare il limite della “gravità” – ammesso e non concesso che possa essere condiviso nei termini qui indicati – qualora non entri a far parte della coscienza, della sensibilità e della cultura del giudice penale; dall'altro, però, l'alternativa sarebbe quella di procedere a nuovi tentativi definitivi avanzando nozioni sintetiche e astratte che, come l'esperienza suggerisce, si rivelerebbero probabilmente di dubbia utilità¹⁷⁷, se non addirittura foriere di problemi più di quanto non lo sia l'affidamento al libero confronto evolutivo (che dovrebbe intercorrere) fra dottrina e giurisprudenza¹⁷⁸.

Ma questa soluzione, al netto degli indicati pregi e difetti, lascerebbe irrisolta un'altra fondamentale questione: quella della rilevanza della eventuale sussistenza di un coefficiente psicologico effettivo (di un elemento intellettuale o rappresentativo) incompatibile col dolo¹⁷⁹.

¹⁷⁶ *Supra*, Cap. 4, par. 4.2.5.

¹⁷⁷ Priva di una sufficiente o effettiva portata definitoria appare ad esempio la recente proposta del “Centro Studi Federico Stella” di qualificare “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» (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. 199). Per l'esperienza tedesca, cfr. ancora l'ampia panoramica sui tentativi definitivi della *Leichtfertigkeit* offerta nell'indagine di F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 556 ss. In Spagna il *Código penal* non prevede alcuna definizione di *imprudencia grave*.

¹⁷⁸ Scriveva Jescheck nel suo *Lehrbuch* che «non vi è alcuna sistematica del reato che possa essere qualcosa di più di un progetto transitorio» (così cit. da G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 35). Manifestando la propria contrarietà ad una ridefinizione legislativa della colpa, sottolinea il rischio che un eccesso di formule definitorie (proprio per la ragione espressa dalle parole di Jescheck) 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, cfr., nello stesso volume, A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, *ivi*, 391, p. 408 ss., il quale 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», e 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).

¹⁷⁹ Sempre che si intenda individuare la distinzione concettuale fra dolo e colpa (anche, se non esclusivamente) sul piano volitivo, e non già su quello rappresentativo (o intellettuale), come invece preteso

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 di fatto coincidenti quando si tratta di colpa per inosservanza di aspettative paramtrate a *Maßfiguren*, giacché la previsione/prevedibilità dell'evento è ciò che fa sorgere il dovere di comportarsi in modo tale da contrastare il decorso lesivo attuale o potenziale). Questa considerazione, se da un lato spinge a scartare le teorie limitative favorevoli alla depenalizzazione della colpa incosciente *tout court*¹⁸⁰ e a cercare di definire la punibilità secondo un criterio normativo di gravità, dall'altro potrebbe suggerire di eliminare l'aggravamento della pena previsto dall'art. 61 n. 3 del codice penale italiano per la colpa “con previsione dell'evento”, continuando ad attribuire rilevanza penale alla *colpa obiettivamente lieve* qualora *cosciente*.

Tale soluzione scardinerebbe la tradizionale rigida gerarchia tra “gradi” di colpevolezza che vede al gradino più basso la colpa solo normativa, qualunque ne sia l'entità, e su di un livello intermedio e ai confini con il dolo la colpa dotata di un elemento intellettuale; ma non sembra per ciò solo contraria a una concezione per così dire “personalistica” della pena, poiché la prova di un atteggiamento coscientemente antiggiuridico o comunque pericoloso – pur non indicando una colpevolezza ‘ontologicamente’ maggiore – andrebbe a ri-attribuire rilevanza penale a manifestazioni colpose altrimenti assegnabili alle cure riparatorie del diritto civile. D'altronde, se appare lecito dedurre la gravità della mancata conformazione ad un'aspettativa di diligenza non predefinita (“atipica”) dalla indubbia conoscibilità di un dato nomologico e dalla chiara riconoscibilità di un segnale di pericolo (*i.e.*, da un grado elevato di *prevedibilità* dell'evento), coerentemente, l'effettiva e dimostrata *previsione* del risultato lesivo

dalle teorie cd. “moniste” che, qualificando come “dolo” qualunque forma di rappresentazione (*conocimiento*), finiscono col relegare la colpa al piano puramente normativo della contrarietà al dovere di diligenza (colpa incosciente). Questa seconda prospettiva si scontrerebbe in ogni caso con il dettato dell'art. 43 cpi, che oltre a definire il dolo come “previsione e volontà” dell'evento pericoloso o dannoso, contempla espressamente la “colpa con previsione dell'evento”. Mostra l'incompatibilità di questa concezione “ampia” del dolo anche con il sistema penale positivo spagnolo C. M. ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura del dolo*, Azcapotzalco, 2009, p. 12 ss., 55 ss.

¹⁸⁰ Rispondente al concetto di *negligence* impiegato nel celebre intervento abolizionista di J. HALL, *Negligent Behavior should be excluded from Penal Liability*, in *Columbia Law Review*, 1963, 4, p. 632 ss.

dovrebbe escludere che il *fatto*, quand'anche lieve sul piano strettamente normativo-cautelare, possa ritenersi complessivamente meno grave e quindi non punibile¹⁸¹.

A ben vedere, quindi, se dall'attitudine interiore dell'autore facciamo dipendere la rilevanza penale della condotta, in termini dogmatici (o in senso figurato) possiamo considerarci ancora all'interno del fatto tipico. Altro, come detto, è il giudizio sulla rimproverabilità soggettiva, rispetto al quale, attraverso una più concreta e compiuta declinazione del principio personalistico, l'interprete (il teorico) dovrebbe riuscire a giustificare (superando qualunque forma di agnosticismo o di ateismo penale¹⁸²), e al contempo definire, le condizioni di punibilità di un individuo che non abbia saputo adeguarsi a livelli di diligenza ritenuti teoricamente raggiungibili da chiunque altro al posto suo.

¹⁸¹ Cfr. infatti 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 – 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*».

¹⁸² Cfr. la *teoría negativa* di E. R. ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 41 ss., e la "spietata" riflessione storico-concettuale di 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 *RIDPP*, 2013, 3, p. 1073 ss., spec. 1083 ss.

SINTESI E CONCLUSIONI

1. Alcune riflessioni conclusive di carattere generale sono già state svolte nel capitolo precedente, in particolare nei paragrafi 5 e 6, ai quali dunque si rinvia. Nel chiudere il lavoro, seguendo tendenzialmente l'ordine espositivo dei capitoli, si ritiene opportuno riproporre in via estremamente sintetica soltanto alcune tesi sostenute o più semplicemente condivise nel corso dell'indagine.

2. Le matrici concettuali dell'attuale fisionomia dogmatica del “fatto tipico colposo” rispondono ad alcune fondamentali acquisizioni dogmatiche maturate in seno alla tradizione penalistica tedesca e poi diffuse anche nell'esperienza italiana e in quella di lingua spagnola. L'adozione di un concetto normativo di colpevolezza, fondato sull'idea di rimproverabilità per aver agito (consapevolmente o meno) in modo difforme dal modo in cui si doveva agire, consentì di intendere la colpa – come forma meno grave di colpevolezza – in termini altrettanto normativi e di individuarne l'essenza, prima, e la “misura oggettiva”, poi, nella violazione del dovere obiettivo di diligenza. In prospettiva normativa il coefficiente psicologico effettivo divenne per la categoria “colpa” un elemento del tutto eventuale rispetto a quello dell'inosservanza del dovere e smise ben presto di rappresentare un indicatore o un elemento di maggior *gravità*. Al superamento del concetto unitario di azione, risultato teorico al quale contribuì in maniera determinante la scuola finalista, si deve invece il compimento del processo di soggettivizzazione dell'illecito quale essenziale momento di tipicità. L'identificazione del 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 e normativo, si deve, però, anche alla progressiva normativizzazione dell'elemento oggettivo del reato originato dalla crisi del “dogma causale” (specie in relazione ai delitti aggravati dall'evento): le teorie dell'imputazione (ivi comprese quelle della “causalità giuridica”), che si svilupparono a partire dal concetto di “adeguatezza”, perseguirono l'obiettivo di giustapporre all'ascrizione puramente naturalistica ulteriori elementi di carattere normativo che consentissero di attribuire all'agente soltanto l'evento

lesivo considerabile come risultato di una condotta giuridicamente “rilevante” e quindi già obiettivamente “rimproverabile”.

L’interpretazione e lo sviluppo sistematico di questi contributi influenzarono profondamente le concezioni normative dell’illecito colposo che iniziarono a svilupparsi a partire dagli anni ’60 del secolo scorso: un primo orientamento dottrinale, facendo proprio il superamento del concetto unitario di azione e abbandonando le concezioni psicologiche della colpa della dogmatica “classica”, culminò nella teoria normativa della “doppia misura” (illecito e colpevolezza, misura oggettiva o generalizzante e misura soggettiva o individualizzante della colpa), prevalente nella dottrina italiana; altra dottrina, specialmente in Spagna e in Germania, sviluppando l’originaria prospettiva causale (adeguatezza) e valorizzando il *topos* dello “scopo di protezione” della norma, giunse invece ad accogliere la denominata moderna teoria dell’imputazione obiettiva dell’evento, di cui la colpa rappresenta – almeno per alcuni autori – un piano o livello di imputazione oggettivo-soggettiva (secondo un giudizio *ex ante*) del fatto illecito.

L’inosservanza del dovere di diligenza, oggi, indica in entrambe le prospettive sistematiche il carattere antiggiuridico (vale a dire “tipico”) della condotta; questa valutazione non basta però a giustificare l’attribuzione dell’evento lesivo e quindi l’integrazione del fatto tipico colposo. Fra la condotta tipica e l’offesa arrecata al bene giuridico deve sussistere una relazione normativa rispettivamente denominata, nell’ambito degli indicati orientamenti, “causalità della colpa” e “nesso di rischio”. I requisiti della fattispecie o i criteri di imputazione oggettiva in cui si sostanziano queste due figure sono lo “scopo di protezione della norma” e il “comportamento alternativo lecito” (o diligente): per potersi ritenere cagionato o non impedito con colpa occorre che l’evento verificatosi consista nella realizzazione dello specifico rischio che la norma inosservata mirava a prevenire e che l’adozione di una condotta diligenza consentisse di evitarlo o quantomeno di ridurre il rischio della sua verifica. Il giudizio sul carattere colposo della condotta, l’accertamento della “realizzazione del rischio” e la valutazione dell’ipotetica idoneità impeditiva del comportamento alternativo lecito non rappresentano momenti separabili né sul piano concettuale né, dunque, su quello dell’accertamento: prova ne è il fatto che in taluni casi, a seconda del tipo di norma di condotta inosservata, la valutazione *ex post* risulta assorbita da quella effettuata *ex ante* adottando il criterio di prevedibilità dell’evento.

3. Al fine di distinguere fra condotte giuridicamente commissive e omissive occorre prendere le mosse dall'evento offensivo realizzatosi e dalla ricostruzione del decorso causale che ne spiega la verifica. Si considera commissiva la condotta che accede attivamente a tale corso di eventi alla stregua di una *condicio sine qua non* in senso materiale. Tuttavia, il carattere empiricamente commissivo della condotta non implica che essa debba qualificarsi normativamente commissiva rispetto all'evento. Va infatti considerato penalmente omissivo il contegno del soggetto: 1) che non interviene a bloccare o ad arginare un decorso causale riconducibile all'ambito di protezione della posizione di garanzia di cui è titolare; 2) che rispetto ad esso interviene in modo inadeguato e insufficiente; 3) o, infine, che interrompe l'esecuzione del medesimo intervento.

L'accertamento del nesso di causalità materiale fra azione ed evento ha natura esplicativa. La tesi secondo cui il procedimento dimostrativo richiede la disponibilità, al momento del giudizio, di leggi scientifiche esprimenti una probabilità pari o prossima al 100% si rivela fragile sul piano epistemologico ed erronea su quello strettamente logico. La presunta universalità (o "quasi universalità") di una legge scientifica non offre alcuna garanzia di certezza nella spiegazione dei fatti: mentre il ricorso a presunte leggi universali può condurre a conclusioni false, l'utilizzo di generalizzazioni statistiche, o comunque probabilistiche, può consentire di inferire conclusioni plausibili e motivabili, cioè razionalmente sostenibili. La "razionalità" dell'accertamento non è garantita dall'applicazione dello schema inferenziale nomologico-deduttivo ma può discendere dall'adozione di un metodo investigativo di tipo abduttivo. L'abduzione consiste in un itinerario logicamente retrospettivo che riconduce un evento ad una ipotesi esplicativa sì da poterlo ritenere, in via provvisoria e congetturale, effetto di una certa causa; la conferma dell'ipotesi esplicativa deve avvenire mediante l'esclusione delle eventuali plausibili spiegazioni alternative dell'evento.

Il giudizio causale deve quindi idealmente articolarsi in due momenti: il primo volto a individuare le possibili "cause", reti di condizioni ritenute idonee o sufficienti a cagionare un tipo di evento; il secondo a stabilire se la condotta umana sia stata, entro la cornice di una di esse, *condicio sine qua non*. Il giudice, assistito dai periti, deve in primo luogo individuare le possibili spiegazioni dell'evento, ciascuna avente funzione

indiziante, supportate da altrettante generalizzazioni esplicative plausibili e affidabili, quand'anche dotate di basso valore statistico (causalità generale); l'individuazione della spiegazione adeguata al caso concreto avviene invece in una fase successiva (causalità individuale), nella quale, in base alle circostanze di fatto e all'evidenza disponibile, si tratta di stabilire se la condotta umana abbia concorso alla verifica dell'evento *hic et nunc*. La conferma dell'ipotesi esplicativa non richiede che si conoscano necessariamente tutti i possibili antecedenti o decorsi causali associabili al tipo di evento: in taluni casi, una puntuale – per quanto possibile – ri-descrizione dell'evento può consentire di escludere l'intervento di “cause ignote” o persino di dimostrare il nesso individuale attraverso una delle possibili spiegazioni conosciute. Le norme di correlazione utilizzabili in sede di accertamento possono appartenere al rango delle “leggi scientifiche” (*i.e.*, ipotesi esplicative ritenute sufficientemente corroborate dalla comunità scientifica) ma anche consistere in ricerche assistite da relativo (non unanime) consenso e in indagini di carattere epidemiologico. La struttura inferenziale del ragionamento probatorio richiede che, di fronte ad un'ipotesi esplicativa ritenuta di per sé debole, la prova degli elementi empirici a suo sostegno e l'esclusione delle plausibili spiegazioni alternative dell'evento avvengano in maniera particolarmente rigorosa.

Nelle fattispecie omissive improprie l'elemento “causale” ha natura prettamente normativa e si risolve nella titolarità di un obbligo di garanzia e nel requisito rispondente al giudizio ipotetico-prognostico relativo alla congetturabile efficacia impeditiva o preventiva del comportamento alternativo diligente (elemento di imputazione che, sul piano della “causalità della colpa” e del “nesso di rischio”, caratterizza anche le fattispecie commissive). Presupposto indefettibile dell'accertamento della “causalità omissiva” (*rectius*: dell'imputazione dell'evento per colpa nelle fattispecie omissive improprie) è la ricostruzione in termini “reali” (o materiali) del meccanismo di produzione dell'evento. Qualora vengano in causa regole cautelari “improprie” (inidonee ad assicurare la prevenzione del rischio afferente al loro ambito di protezione), l'evento non impedito dovrebbe poter essere ascrivibile “per colpa” anche qualora, *ex post*, sia dato ritenere che l'inadempimento della norma di diligenza abbia comportato una significativa diminuzione di *chances* di salvezza per il bene giuridico.

4. La concezione normativa della colpa è oggi condivisa tanto dalla dottrina italiana quanto da quella in lingua spagnola: il criterio di imputazione soggettiva richiede (anzitutto) l'inosservanza del dovere di diligenza, elemento normativo della fattispecie per la cui definizione si fa rinvio a regole cautelari di fonte giuridica o sociale. L'esame dell'odierno dibattito dottrinale e della più recente giurisprudenza in materia di responsabilità medica, prevenzione dei rischi professionali (sicurezza nei luoghi di lavoro) e gestione dei rischi ambientali permette tuttavia di constatare l'emersione di modelli e paradigmi di colpa penale fra loro confliggenti.

Il parametro normativo dell'agente-modello differenziato (*homo eiusdem condicionis et professionis*), caratterizzante il modello dottrinale prevalente, mostra limiti evidenti sotto il profilo della determinatezza. Tuttavia: *a*) il ricorso a parametri "esterni", tecnici o naturalistici (come il rinvio in bianco alla "migliore scienza"), non permette di definire "oggettivamente" i contorni del dovere (elemento normativo in quanto tale irriducibile a qualunque pretesa assiologica neutralità); *b*) una rigida riduzione del campo della misura oggettiva della colpa all'inosservanza di regole modali positivizzate o "consuetudinarie", quand'anche fosse possibile, non sarebbe di per sé condivisibile. In linea di principio sono configurabili: sia ipotesi di colpa generica "residuale", per violazione di doveri relativi ad ambiti di rischio già presidiati da regole di diligenza positivizzate o comunque radicate nel dato contesto sociale o professionale di riferimento, ma riconoscibilmente obsolete o inefficaci; sia ipotesi di colpa generica *tout court*, relative cioè ad ipotesi di rischio del tutto "aspecifico" e quindi non contemplate da norme di condotta di carattere predefinito. In entrambi i casi la responsabilità colposa può fondarsi sull'inosservanza di norme di diligenza di carattere "atipico", ovvero aspettative di diligenza determinabili solo ricorrendo al tradizionale metodo di giudizio parametrato ad un agente "modello" che svolge la stessa professione o che appartiene allo stesso gruppo sociale dell'autore.

La definizione dei contorni della tipicità colposa, e quindi dell'agire colposo, comporta inevitabilmente il ricorso a modelli normativi di giudizio e si traduce in una valutazione circa il mancato adeguamento ad uno standard che, di frequente, spetta all'interprete determinare, senza che neppure il ricorso al parametro della "legalità scientifica", che caratterizza la dottrina prevalente, riesca ad arginare l'influenza della

logica precauzionale, secondo la quale può configurarsi un dovere di diligenza anche in certe condizioni di incertezza scientifica.

Una ragionevole de-strutturazione del modello dottrinale classico sembra possibile, talvolta persino inevitabile, non solo sul piano della definizione della base nomologica di giudizio, ma anche su quello della ri-descrizione dell'evento prevedibile. Appare in questo senso accettabile (e comunque non riconducibile al principio di precauzione) la scelta giurisprudenziale di imputare eventi pregiudizievoli che, ancorché di per se stessi (*hic et nunc*) non prevedibili, appaiono omogenei sul piano del grado e del tipo di offesa al bene giuridico rispetto ad altri senza dubbio rappresentabili. La prevedibilità di un "grave danno alla salute", ad esempio, può consentire di imputare un evento lesivo (ad esempio, uno specifico tipo di tumore polmonare provocato dall'esposizione a sostanze cancerogene nel luogo di lavoro) riconducibile a tale categoria, benché non fosse di per sé prevedibile al momento della condotta.

La rilevanza penale di una condotta antiggiuridica, ai fini dell'integrazione di una fattispecie colposa, non va esclusa per il solo fatto che la regola cautelare disattesa non sia tale da garantire la sicura o altamente probabile evitabilità degli eventi lesivi riconducibili al corrispondente ambito di protezione (aspetto che si riflette nella preferenza per il criterio di imputazione della "diminuzione di *chances*" sul piano della causalità della colpa).

Il dovere di diligenza, inoltre, può concretizzarsi sia in una regola in senso stretto "modale", cioè indicante le modalità di svolgimento di un'attività consentita, che in un dovere di astensione, il quale, del resto, può essere sempre inteso come "modale" rispetto ad un'attività più ampia nel cui contesto si inserisce.

5. Il principio di affidamento rappresenta un fondamentale criterio regolativo del tipo colposo. Esso stabilisce che ciascuno, di norma, può contare sul fatto che gli altri membri della società si adegueranno alle regole di diligenza che sia lecito attendersi in ragione del contesto, del tipo di attività e dell'appartenenza del soggetto con cui si interagisce a un determinato gruppo sociale o professionale. L'aspettativa idonea ad escludere il dovere di arginare gli effetti lesivi immediatamente riconducibili ad una condotta colposa altrui va ritenuta legittima nella misura in cui sia "valida" (ovvero "tipica", cioè riconosciuta, accettata e adottata in un determinato contesto sociale e

professionale) la norma di diligenza che ne costituisce l'oggetto. Doveri "relazionali" possono sorgere quando l'aspettativa di diligenza adottata come criterio orientativo della propria condotta non può più ritenersi legittima in ragione della riconoscibilità di segnali che permettono di rappresentarsi il fatto che il terzo con cui si interagisce non si atterrà ai rispettivi doveri di diligenza. L'autorizzazione a confidare nell'altrui correttezza, in altri termini, viene meno quando è dato constatare la presenza di spie rivelatrici, di indizi inequivoci, concreti e specifici del fatto che le regole cautelari "tipiche" (predefinite dal diritto o dall'esperienza) di cui ci si poteva attendere il rispetto siano state o stiano per essere disattese; qualora, cioè, l'evento mediato dalla condotta imprudente, negligente o imperita del terzo diventi concretamente prevedibile.

Il criterio dell'affidamento esprime, sul piano intersoggettivo, il principio generale (liberale) in base al quale l'ordinamento consente di porre in essere condotte astrattamente pericolose (secondo l'*id quod plerumque accidit*) finché le condizioni in cui si svolgono non suggeriscano all'agente "avveduto e coscienzioso" di fermarsi o di attivarsi al fine di evitare o quantomeno di ridurre il rischio che si verifichino eventi lesivi concretamente prevedibili ("rischio consentito"). Il riferimento al principio di "responsabilità per fatto proprio" (prevalente nella più recente dottrina spagnola) non rappresenta una spiegazione dogmatica alternativa alla precedente, ma rispetto ad essa complementare, giacché permette di valorizzare la ragione tipicamente relazionale del criterio limitativo e orientativo dell'affidamento, cioè il suo modo di operare alla stregua di un canone di distribuzione della responsabilità per colpa nel concorso di una pluralità di centri produttori di un medesimo evento dannoso.

La titolarità di una posizione di garanzia, di per sé, non costituisce un impedimento alla facoltà di confidare sul fatto che il terzo agente, quand'anche subordinato o garantito, sarà in grado di attenersi a determinate regole di diligenza di propria competenza. La misura di tale facoltà (di tale spazio di libertà), però, dipende anche in questo caso dalla sussistenza di aspettative normative tali, in quanto "valide", da giustificare la limitazione del dovere (relazionale) di controllo da parte del garante. Questa valutazione può dipendere dalla configurazione e dal concreto adempimento da parte del garante stesso dei doveri "primari" pertinenti al suo specifico ambito di competenza. L'adempimento degli obblighi di coordinamento, istruzione e direzione da parte del medico apicale, ad esempio, dovrebbe tradursi in una legittima aspettativa

idonea a ridurre la portata dell'obbligo "secondario" (relazionale) di sorveglianza nei confronti dell'operato dei colleghi subordinati, sicché non tutti gli errori commessi nella struttura di sua responsabilità gli potranno essere imputati per *culpa in vigilando*, ma solo quelli che siano da considerarsi concretamente e chiaramente riconoscibili. Analoga aspettativa di diligenza può sorgere dall'effettivo adempimento da parte del datore di lavoro, nei confronti del lavoratore (garantito), del dovere di formazione e informazione sui rischi (prevedibili) derivanti dallo svolgimento di una determinata attività lavorativa; l'attesa di un lavoratore-modello formato, libero e consapevole dei rischi (autoresponsabile, benché garantito) può cedere il passo ad un dovere di attivazione sanzionabile penalmente soltanto di fronte a gravi, ripetute, conosciute o riconoscibili inadempienze, cioè – di nuovo – al cospetto di "segnali di allarme" che impongono al datore di lavoro l'adozione di misure suppletive idonee a ristabilire condizioni più adeguate alla partecipazione di ciascuno alla gestione plurilaterale del "rischio-infortuni".

Il riconoscimento della facoltà di confidare nella diligenza del soggetto garantito non significa che il "contributo colposo" della vittima possa escludere *a priori* la responsabilità del titolare del dovere di controllo. L'applicazione al settore della prevenzione dei rischi professionali del criterio "interruttivo", proprio della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, dell'autoesposizione al pericolo (*Selbstgefährdung*) non è compatibile con l'attribuzione di una posizione di garanzia al datore di lavoro. Il luogo dogmatico in cui il contributo colposo della vittima può incidere sull'*an* della responsabilità del garante della sicurezza è quello tipico-soggettivo occupato dal dovere di diligenza: come si è detto, il previo adempimento dei doveri strumentali a rendere il lavoratore consapevole dei pericoli e dotato dei mezzi tecnici e culturali necessari ad un'autonoma gestione di determinati frangenti di rischio, nonché l'assenza di segnali che rendano riconoscibile l'imprudenza della vittima (e quindi mediatamente prevedibile l'evento), escludono la responsabilità del datore di lavoro sul piano della colpa. I parametri ascrittivi ricavati dalle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento (o, secondo altra prospettiva, afferenti al giudizio sulla "causalità della colpa") possono assumere quale termine di correlazione soltanto una condotta inosservante.

Quando la violazione dell'obbligo relazionale dà luogo ad un concorso di colpe punibili (esclusa quindi l'ipotesi d'intervento della vittima), il giudizio di tipicità attiene

unicamente all'inosservanza del dovere riferibile a ciascuno, un dovere che – unica particolarità – ha ad oggetto la condotta imprudente di un terzo.

6. 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, cioè dotata di indubbio consenso e di un ambito di protezione predefinito dall'esperienza – può integrare una condotta penalmente colposa qualora, sussistendo gli ulteriori requisiti della fattispecie, l'occasione di applicarla sia concretamente riconoscibile e l'evento, quantomeno in termini generici (inteso cioè come “tipo di evento”), sia comunque prevedibile.

Più rigorosa deve essere la valutazione in ordine al carattere colposo della condotta dannosa qualora la violazione ipotizzabile riguardi un dovere di diligenza concretizzabile solo in sede di giudizio attraverso il ricorso al parametro ideale dell'agente-modello; in tutti i casi, cioè, in cui l'aspettativa di condotta sia definita e dichiarata vigente dal giudice alla luce delle peculiarità fattuali rilevanti nel caso concreto (come in ogni caso di inosservanza di un dovere “relazionale”) e di conoscenze scientifiche o esperienziali non ancora fatte proprie da modelli di prevenzione in qualunque modo prestabiliti. L'inosservanza di una regola cautelare in questo senso “atipica” può essere ritenuta *comparativamente tanto grave* da meritare la stessa rilevanza assegnata alla violazione di regole modali predefinite solo qualora l'adeguamento all'aspettativa di condotta idealmente parametrata alla *Maßfigur* possa ritenersi *altrettanto esigibile* già da un punto di vista obiettivo. Per quanto riguarda la definizione della cd. “base ontologica” di giudizio, può ritenersi “grave”, cioè penalmente rilevante, il mancato riconoscimento di segnali fattuali di allarme non già meramente riconoscibili da un indeterminabile agente-modello, bensì così evidenti, palesi o reiterati da potersi considerare (come se fossero) noti all'agente. Lo stesso criterio di indubbia “disponibilità” deve essere adottato in sede di definizione della base nomologica di prevedibilità, cioè del bagaglio di conoscenze doveroso nello svolgimento di una data attività. L'idea di esigibilità oggettiva implica che le informazioni destinate a sostenere il dovere di prevenzione siano senz'altro alla portata dell'agente, nonché 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 nomologico non corroborato, ovvero “incerto” sul piano del grado di conferma dell’ipotesi, può costituire il presupposto conoscitivo di un dovere di attivazione con fine preventivo (o, se si preferisce, precauzionale): il tenore dell’enunciato attraverso cui si esprime la scienza deve essere tale da fornire la rappresentazione di un rischio definibile e concretizzabile 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.

Oltre che a restringere il campo di punibilità della colpa puramente normativa (incosciente), il ricorso al criterio di “gravità” è funzionale a stabilire un equilibrio interno alla struttura del fatto-illecito, definendo l’ambito della tipicità colposa nei seguenti termini: solo qualora risulti chiara e indubbia la riconoscibilità dell’occasione di applicare una norma di condotta predefinita (“tipica”) o determinate conoscenze realmente alla portata dell’agente (inteso ancora come modello normativo, rappresentativo di un gruppo o di una professione) dovrebbe potersi generare un dovere di prevenzione penalmente rilevante; inoltre, anche qualora il sapere nomologico non possa definirsi “certo” e le conoscenze chiamate a fondare il giudizio di colpa non appartengano al rango delle “leggi scientifiche”, l’inerzia potrà ritenersi grave nella misura in cui le conseguenze rappresentabili, tenuto conto dell’oggetto giuridico tutelato, siano tali. Il concetto di “gravità”, in altri termini, viene a qualificare come penalmente rilevante l’ignoranza di quei dati nomologici o il mancato riconoscimento di quei dati fattuali che, rispettivamente, per la loro “diffusione” e per la loro “evidenza”, possono considerarsi come se fossero effettivamente noti o come se fossero stati effettivamente riconosciuti, e in quanto tali obiettivamente conoscibili.

L’effettiva previsione dell’evento da parte dell’agente non indica necessariamente una forma più grave di colpa, potendo talune ipotesi di colpa incosciente risultare, a seconda delle circostanze, comparativamente più gravi di altre definibili come colpa cosciente; l’elemento psicologico effettivo può però giustificare la rilevanza penale di fatti connotati, sotto il profilo strettamente normativo dell’inosservanza, da colpa lieve. Si ritiene pertanto preferibile, da un lato, rinunciare all’aggravamento della pena previsto

dall'art. 61 n. 3 del codice penale italiano per la colpa "con previsione dell'evento" e, dall'altro, diversamente da quanto previsto in Spagna dal *Proyecto de Ley Orgánica* del 20 settembre 2013 per un nuovo *Código penal* (soluzione della depenalizzazione di qualunque forma di "colpa lieve")¹, mantenere la punibilità della sola colpa incosciente grave.

¹ Durante la fase di correzione del presente lavoro è stato pubblicato il testo dell'articolato approvato dal *Congreso de los Diputados*, relativo al *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES - SENADO, Núm. 465, 29 de enero de 2015).

Nel *Preámbulo* all'articolato, a differenza di quanto previsto dal più volte indicato *Proyecto* del 2013, leggiamo che: «*En cuando [sic] al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad*».

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

1. Algunas reflexiones conclusivas y de carácter general han sido ya expuestas en el capítulo sexto, apartados 5 y 6, a los cuales se remite al lector. En lo que sigue, tratando de respetar el orden expositivo de los capítulos anteriores, sólo se destacarán de forma sintética algunas de las tesis que se han sostenido o simplemente compartido a lo largo de la investigación que aquí se concluye.

2. Las matrices teóricas de la configuración actual del “tipo imprudente” reflejan algunas aportaciones dogmáticas fundamentales de la doctrina alemana, introducidas en Italia y España y desarrolladas por parte de la doctrina de ambos países. La adopción de la concepción normativa de la culpabilidad, fundamentada en la idea de “reprochabilidad” por haber actuado (con o sin conciencia de la antijuridicidad de la conducta) de forma contraria al deber jurídico, permitió concebir la “culpa” (la hoy llamada “imprudencia”) también en terminos normativos, siendo entendida como forma de culpabilidad cuya “esencia” (o cuya dimensión objetiva, según la terminología que se empezó a utilizar más tarde acogiendo la teoría de la “doble medida”) se correspondía ya desde entonces con la infracción del “deber objetivo de cuidado”; por consiguiente, el elemento psicológico efectivo de la previsión del resultado ya no era considerado como requisito necesario de la imprudencia, ni tampoco, necesariamente, como indicador de mayor gravedad de la misma. La superación del concepto unitario de acción, lograda por la doctrina finalista, además, condujo al proceso de progresiva “subjetivización” del elemento objetivo del delito que hoy se suele denominar “tipo imprudente”. La identificación entre desvalor de la conducta e incumplimiento de la expectativa de prudencia o diligencia necesaria en las relaciones sociales (o en el tráfico) es también un resultado del – parcialmente distinto – proceso dogmático de normativización del elemento objetivo, que tiene su origen en la “crisis del dogma causal” (sobre todo en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado): las teorías de la imputación (entre las cuales se incluyen las teorías de la “causalidad jurídica”) que se desarrollaron a partir del concepto de “adecuación” persiguieron el objetivo de añadir al criterio de atribución material (*conditio sine qua non*) distintos elementos de carácter normativo que permitieran imputar al sujeto sólo

resultados lesivos que se pudieran considerar jurídicamente relevantes y, por consiguiente, ya “objetivamente reprochables”.

Las mencionadas aportaciones dogmáticas influyeron decisivamente en las concepciones del delito imprudente que han sido sostenidas desde los años '60 en ambos países: parte de la doctrina, de aquella que hoy parece mayoritaria en Italia, aceptando la superación del concepto unitario de acción, y abandonando la teoría psicológica clásica, empezó a desarrollar la llamada teoría de la “doble medida” de la imprudencia (medida objetiva y subjetiva; es decir, injusto y culpabilidad del delito imprudente); otra parte de la doctrina, sobre todo en Alemania y en España, tomando como punto de partida la teoría de la adecuación y otorgando un valor decisivo al *topos* del “ámbito de protección de la norma”, llegó a desarrollar la denominada “moderna” teoría de la imputación objetiva del resultado, en cuya perspectiva sistemática – al menos, según la opinión de algunos autores, pero no de todos los que la defienden – la imprudencia se identifica con un nivel de imputación de carácter objetivo-subjetivo (según un juicio *ex ante*) en el marco del injusto del tipo imprudente.

La infracción del deber (“objetivo”) de cuidado se indentifica hoy, en ambas perspectivas teóricas, con el carácter antijurídico (es decir, “típico”) de la conducta; esta valoración, sin embargo, no permite todavía imputar el resultado lesivo. Entre la conducta típica y el resultado tiene que comprobarse la concurrencia de una relación normativa que se suele denominar, según el punto de vista teórico elegido, “causalidad de la culpa” o “relación de riesgo”. Los elementos del tipo y los criterios de atribución que permiten concretar este elemento dogmático son el “ámbito de protección de la norma” y la “conducta alternativa conforme a derecho” (diligente): para poder imputar un resultado lesivo a una conducta valorada como imprudente, es necesario (por lo general) comprobar si la norma lesionada – por la acción contraria al deber – perseguía la evitación de un resultado del mismo género del que se produjo en el caso concreto (es decir, si el riesgo por encima de lo permitido creado por la acción se ha realizado en el resultado) y si, actuando conforme al deber de cuidado, el sujeto hubiera podido evitar o, por lo menos, disminuir el riesgo de producción del resultado (es decir, hay que imaginar lo que hubiera pasado si el sujeto hubiese actuado de forma cuidadosa). Lo cierto es que en muchas ocasiones esta segunda evaluación (*ex post*) no es necesaria, dado que la acción – aunque se pueda considerar antijurídica, porque infringe un deber de cualquier tipo – no es en sí

misma imprudente, ya que, por ejemplo, el resultado acontecido no se puede considerar *ex ante* previsible.

3. Para distinguir entre acciones y omisiones, desde el punto de vista jurídico-penal, hay que empezar por el resultado lesivo acaecido y por el análisis del curso causal que permite explicar su realización. Es comisiva aquella conducta que accede activamente a dicha sucesión de hechos desempeñando el papel de *conditio sine qua non* en sentido material. Sin embargo, el carácter empíricamente activo de la conducta no implica que esta tenga que ser calificada jurídicamente de comisiva en relación con el resultado. Es, en efecto, penalmente omisiva la conducta del sujeto: 1) que no interviene para impedir, o para detener, un curso causal atribuible al ámbito de protección de la posición de garantía de la cual sea titular; 2) que, con al mismo fin, intervenga de manera inadecuada; 3) o que interrumpa la ejecución de la actividad orientada a proteger el bien jurídico.

La comprobación del nexo de causalidad material entre la acción y el resultado tiene una naturaleza descriptiva. La tesis según la cual el procedimiento de verificación requiere disponer, en el momento del juicio, de leyes científicas “universales” o “casi universales” se revela frágil en el plano epistemológico y errónea desde el punto de vista estrictamente lógico. El carácter supuestamente “universal” de una ley científica, en efecto, no puede ofrecer al juez una certeza suficiente sobre la explicación de los hechos acontecidos: si por un lado el recurrir a dichas leyes puede llevar a conclusiones falsas, por otro, el empleo de leyes (mejor dicho, de normas científicas de correlación) estadísticas o, en todo caso, probabilísticas puede permitir inferir conclusiones plausibles y justificables, es decir, racionalmente sostenibles. La “racionalidad” de la comprobación no está garantizada por la adopción de un método de explicación nomológico-deductivo, pero puede obtenerse a través de una abducción, es decir, desarrollando una investigación, esto es, un razonamiento de tipo retrospectivo, con el fin de atribuir un determinado fenómeno a una hipótesis explicativa, de modo que se pueda considerar, de manera provisional y conjetural, como efecto de la causa supuesta en la misma hipótesis; su confirmación, pues, se puede conseguir por medio de la exclusión de las eventuales explicaciones alternativas de lo sucedido.

El proceso de comprobación del nexo causal debe caracterizarse por dos fases distintas: primero hay que identificar y representar las posibles o hipotéticas causas, es

decir, las “redes” de condiciones abstractamente idóneas para producir la clase de resultado ocurrido; en segundo lugar, pues, hay que establecer si la conducta ha sido, en el marco de las explicaciones posibles, *conditio sine qua non* de dicho resultado. En cuanto a esta segunda fase (“causalidad individual”) no es siempre necesario que se conozcan todas las posibles “causas” (o explicaciones), o todos los posibles antecedentes del tipo de resultado: a veces, en efecto, tomando en consideración las características específicas del resultado lesivo, es posible excluir la hipotética intervención de “causas desconocidas” o incluso demostrar directamente el nexo causal individual. Además, en cuanto a la llamada “causalidad general” (es decir, la fase de selección del saber científico potencialmente explicativo), las “normas científicas” de correlación que pueden permitir comprobar el nexo de causalidad pueden ser no sólo “leyes científicas” (es decir, hipótesis que la comunidad científica estima suficientemente contrastadas), sino también hipótesis que no toda la comunidad científica comparte (lograr un estado de unanimidad en la ciencia es, en todo caso, casi siempre imposible); y pueden ser además resultados de investigaciones epidemiológicas. La estructura lógica del razonamiento probatorio requiere, más bien, que cada hipótesis explicativa aparentemente débil se confirme de manera rigurosa en el plano empírico y a través de la exclusión de las plausibles explicaciones alternativas.

En los supuestos de omisión impropia (de “comisión por omisión”) el llamado nexo causal tiene, en realidad, una naturaleza normativa y consiste en la titularidad de una posición de garantía y en el requisito que responde al juicio hipotético-pronóstico sobre lo que hubiera pasado si el sujeto-garante hubiese actuado de forma cuidadosa (éste último es, en realidad, un elemento del “nexo de riesgo” o de la “causalidad de la culpa” que caracteriza también la estructura de los delitos de acción). Por supuesto, antes de poder “comprobar”, o mejor dicho, de poder evaluar la objetiva (normativa) imputabilidad del resultado a la conducta imprudente omisiva, a través del juicio sobre la hipotética idoneidad impeditiva del comportamiento alternativo conforme a diligencia, hay que verificar y explicar el mecanismo (real) de producción del resultado. En caso de que el deber de diligencia se concrete en una pauta de cuidado “impropia”, es decir, en una medida de prevención que no asegura – por carecer de la suficiente idoneidad impeditiva – la evitación de los resultados pertenecientes a su ámbito de protección, el resultado debería poderse imputar objetivamente (“por culpa”, como suele decir la

doctrina italiana) aunque, *ex post*, no se pueda afirmar con toda seguridad que si el sujeto hubiese actuado conforme al deber hubiera evitado el resultado; si cabe afirmar, *ex post*, que la omisión de la conducta diligente ha provocado una significativa disminución de *chances* (es decir, si se puede sostener que no hubiera sido inútil hacer lo objetivamente exigible para tratar de evitar el resultado) debería ser posible, al menos en estos casos, la imputación del resultado.

4. La concepción normativa de la imprudencia es la que hoy en día se comparte tanto en la doctrina italiana como en la doctrina española (incluida la de los países de Latinoamérica): el criterio de imputación subjetiva requiere (antes que nada) la infracción de un deber objetivo de cuidado, elemento normativo del injusto para cuya determinación y concreción hay que remitirse a pautas o medidas preventivas de carácter jurídico (ya positivizadas por el ordenamiento) o de origen social. Sin embargo, el examen del actual debate doctrinario, y de la más reciente jurisprudencia sobre responsabilidad médica, prevención de riesgos laborales y gestión de riesgos medioambientales, permite constatar la emersión de modelos o paradigmas de imprudencia penal incompatibles entre sí.

El parámetro o baremo normativo del “hombre cuidadoso” (*homo eiusdem conditionis et professionis*, según la locución que todavía suele utilizar la doctrina italiana), como es sabido, hace que el delito imprudente carezca de taxatividad. Sin embargo: *a*) la remisión a parámetros “externos” – esto es, técnicos y aparentemente “objetivos” (como el parámetro de la “mejor ciencia”) – no permite otorgar objetividad al juicio de concreción del deber de cuidado (elemento normativo y, como tal, irreducible a una pretendida neutralidad axiológica); *b*) una rígida reducción del ámbito de la imprudencia penal a la infracción de pautas de cuidado predeterminadas (positivizadas o de carácter “consuetudinario”), aunque fuera posible, no parece aceptable. De este modo, en terminos generales, se deberían admitir: tanto los supuestos de “imprudencia genérica residual” – es decir, aquellos supuestos de infracción del deber de cuidado generado en aquellos “ámbitos de riesgo” ya regulados por normas de cuidado predefinidas, pero que se muestran obsoletas y, en todo caso, inadecuadas –; como las hipótesis de “imprudencia genérica *tout court*”, es decir, aquellas relacionadas con las situaciones de riesgo del todo “inespecíficas” en las que se observa una carencia de regulación previamente establecida por parte del ordenamiento o del “cuerpo social”. En ambos casos la responsabilidad por

imprudencia se puede fundamentar en la infracción de una norma de cuidado de carácter “atípico”, es decir, en una expectativa de diligencia determinable recurriendo al criterio de lo que haría un sujeto abstracto (o normativo) que ejerce la misma profesión o que pertenece al mismo sector social del acusado en una situación semejante.

La determinación de los márgenes concretos del tipo (y del actuar) imprudente conlleva inevitablemente al uso de parámetros normativos y se convierte en una valoración sobre el incumplimiento de un estándar de conducta que, muy a menudo, le compete al juez determinar, sin que ni siquiera el parámetro de la “legalidad científica” – al que acude la doctrina mayoritaria – permita detener el avance de la lógica que subyace bajo el “principio de precaución”, según el cual puede que se infrinja un deber de cuidado a pesar de que el sujeto actúe en estado de incertidumbre científica.

Una razonable de-construcción del modelo clásico parece posible, en cierta medida también inevitable, no sólo en el plano de la determinación de la “base nomológica”, sino también en el de la re-descripción del resultado *ex ante* previsible. En este sentido, parece que resulta aceptable, dentro de ciertos límites, la decisión (que nada tiene que ver con el principio de precaución) de imputar resultados lesivos que, aunque en sí mismos (es decir, *hic et nunc*) no sean previsibles, se puedan considerar equivalentes, desde el punto de vista del grado y del tipo de afección al bien jurídico protegido, a otros resultados sin duda previsibles. Por ejemplo: la previsibilidad de un “daño grave a la salud” puede permitir imputar un resultado lesivo, encuadrable dentro de dicha categoría (p. ej. un mesotelioma producido por la exposición del trabajador a sustancias cancerígenas), aunque no fuera, por sí mismo, previsible en el momento de la conducta.

El deber de cuidado puede concretarse en una norma de carácter *stricto sensu* “modal”, es decir, en una pauta de cuidado que indica cómo hay que llevar a cabo cierta actividad, pero también en una regla que imponga abstenerse, dado que el eventual deber de abstención puede entenderse en todo caso como norma “modal” en relación con una actividad más general a la que pertenece la operación no permitida.

5. El llamado “principio de confianza” es un fundamental criterio regulativo del tipo imprudente. Conforme a este criterio, cada sujeto puede confiar en que los demás miembros de la sociedad se comportarán de acuerdo con los deberes de cuidado cuyo

cumplimiento cabe esperar según el contexto, el tipo de actividad y la pertenencia del sujeto – con el que se interactúa – a un determinado grupo social o profesional. La expectativa idónea para excluir el deber de detener y evitar los efectos lesivos, inmediatamente atribuibles a la conducta imprudente o descuidada del tercero, es legítima en la medida en que sea “válida” (es decir “típica”, o sea aceptada y adoptada en un determinado ámbito social o profesional) la norma de diligencia que constituye su objeto. Los deberes “relacionales” de activarse pueden surgir cuando dicha expectativa ya no se puede considerar legítima debido a la objetiva posibilidad de reconocer señales fácticas que permitan pensar o prever que el tercero ha infringido, no está observando o, incluso, no cumplirá sus propios deberes. El principio de confianza, pues, tiene como límite que las circunstancias del caso concreto dejen constatar indicios concretos, claros y específicos de que las pautas de cuidado “típicas” (es decir, predeterminadas por el derecho o por la experiencia) no serán respetadas y, por consiguiente, que se pueda prever un resultado lesivo como consecuencia de la interacción con el sujeto descuidado.

El criterio normativo que cabe extraer del principio de confianza refleja, en el plano de las relaciones sociales y del trabajo en equipo, el principio rector de carácter liberal, según el cual el ordenamiento permite ejecutar actividades abstractamente (*id quod plerumque accidit*) peligrosas hasta cuando las circunstancias concretas aconsejen al “sujeto cuidadoso” actuar de otra manera o abstenerse del todo de cierta actuación con el fin de evitar resultados lesivos concretamente previsibles (el “riesgo permitido”). La fundamentación (sostenida sobre todo en España) en el “principio de autorresponsabilidad” no es una explicación dogmática alternativa a la anterior, sino complementaria, ya que permite destacar con mayor claridad la razón típicamente relacional del criterio normativo de limitación del deber de cuidado, es decir, su naturaleza de criterio de distribución de la responsabilidad por imprudencia en los supuestos en los cuales concurren varios centros productores de un mismo resultado lesivo.

La titularidad de una posición de garantía no puede excluir de por sí la facultad de confiar en que un tercero, aunque sea este subordinado o protegido, será capaz de cumplir sus propios deberes de diligencia. Sin embargo, la concreta medida de dicha facultad (de este espacio de libertad) depende también en este caso de la “validez” de las expectativas normativas que podrían delimitar el deber de cuidado relacional. Esta evaluación puede

depender del previo cumplimiento, por parte del garante, de ciertos deberes “primarios” pertenecientes a su específico ámbito de competencia. En el caso del médico superior jerárquico de la estructura hospitalaria, por ejemplo, el previo cumplimiento de los deberes de coordinación, instrucción y dirección debería otorgarle el derecho de confiar en que los subordinados actúen conforme a las informaciones y a las indicaciones dadas, de modo que no todas las faltas cometidas por los demás operadores le podrán ser imputadas por *culpa in vigilando*, sino sólo las que se puedan considerar objetiva y claramente reconocibles. La misma expectativa legítima debería surgir del cumplimiento por parte del empresario de los deberes de informar a cada trabajador sobre los riesgos (previsibles) que el desarrollo de cada actividad específica pudiera conllevar, y de instruirle sobre las medidas adecuadas para la evitación de resultados lesivos. De esta forma, cuando el trabajador tenga la formación suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad y se le haya advertido adecuadamente sobre los riesgos así como sobre su deber de adoptar todas las medidas preventivas, el empresario tendría que poder confiar en que el sujeto protegido actuará conforme a dichas pautas. Sólo cuando se trate de incumplimientos reconocibles, graves, patentes y repetidos, es decir, señales de peligro e indicios que permitan prever resultados lesivos, el garante deberá dejar de confiar y activarse con el fin de restablecer las mejores condiciones para la participación de cada uno, trabajadores incluidos, en la gestión plurilateral del “riesgo-accidentes”.

Esta facultad o derecho de confiar en la diligencia del sujeto protegido no significa que el carácter imprudente de la conducta de la víctima pueda excluir *a priori* la responsabilidad del titular del deber de garantía. La aplicación en el ámbito de la prevención de riesgos laborales del criterio de interrupción del nexo de imputación objetiva de la “autopuesta en peligro de la propia víctima” no es compatible con la posición de garantía que le compete al empresario. El lugar dogmático donde la “imprudencia de la víctima” puede valorarse con el fin de evaluar la responsabilidad del garante es el deber objetivo de cuidado: como se acaba de decir, el cumplimiento previo de dichos deberes “primarios”, cuya finalidad es la de otorgar a cada trabajador los medios técnicos y culturales necesarios para ser capaz de protegerse a sí mismo y los demás compañeros, y la ausencia de señales reconocibles de peligro, excluyen la responsabilidad del empresario ya en el plano de la imprudencia. Los criterios de imputación objetiva sólo

pueden asumir como término de relación – una relación que en efecto es normativa y que sólo se puede comprobar *ex post* – una conducta ya típica, es decir, imprudente.

Cuando la infracción de un deber de diligencia “relacional” da lugar a una concurrencia de imprudencias punibles (excluidos, pues, los supuestos de imprudencia de la propia víctima), el juicio de imprudencia sólo concierne a la eventual infracción del deber de cuidado atribuible a cada uno de los potenciales “partícipes”, un deber que – única peculiaridad – tiene como objeto la conducta imprudente de un tercero.

6. La infracción de las normas o pautas de cuidado jurídicamente predeterminadas (positivizadas) o socialmente establecidas (praxis, normas de cuidado “consuetudinarias”, *leges artis*) – las que pueden ser definidas “típicas” desde el punto de vista sociológico y teleológico, ya que se trata de reglas ya reconocidas por el cuerpo social y que están dotadas de un ámbito de protección predefinido por la experiencia – puede dar lugar a una conducta penalmente imprudente si, concurriendo los demás elementos del injusto típico, la ocasión (*Anlass*) de aplicarlas es reconocible y el resultado lesivo, aunque en términos genéricos, es en todo caso previsible.

Más rigurosa tiene que ser la evaluación del carácter imprudente de la conducta cuando, para concretar el deber de cuidado, el intérprete tenga que recurrir al criterio de lo que haría un sujeto “modelo” que ejerce la misma profesión o que pertenece al mismo sector social del acusado en una situación semejante (es decir, al baremo del “hombre cuidadoso” *eiusdem conditionis*); toda vez, pues, que la expectativa de diligencia se determine y se declare “vigente” por el juez teniendo en cuenta las peculiaridades fácticas del caso concreto (como siempre sucede cuando se genera un deber “relacional”) y ciertos conocimientos nomológicos (científicos o de la experiencia) todavía no incorporados o traducidos en normas de cuidado o modelos de prevención predefinidos. La infracción de una norma de cuidado, en este sentido, “atípica” puede ser valorada *comparativamente tan grave* para merecer la misma relevancia atribuida a la violación de pautas de cuidado predefinidas, si el cumplimiento de la expectativa establecida a través de la *Maßfigur* puede considerarse tan objetivamente exigible como la observancia de aquellas. En cuanto a la determinación de la llamada “base ontológica” del juicio, pues, puede juzgarse grave el no haber reconocido señales de peligro, no ya meramente reconocibles, sino tan evidentes, patentes o incluso reiteradas como para poderse considerar como si fueran

realmente conocidas por el sujeto agente. El mismo criterio de clara e indudable “disponibilidad” tiene que ser adoptado a la hora de definir la “base nomológica” del mismo juicio de previsibilidad, es decir, a la hora de determinar los conocimientos objetivamente necesarios para el desarrollo de ciertas actividades. La idea de “exigibilidad objetiva” requiere que las informaciones idóneas para fundamentar un deber de prevención sean indudablemente accesibles al sujeto y adecuadas para otorgar, a quien hubiera podido y tenido que disponer de ellas, la clara (aunque hipotética) representación de una lesión a bienes jurídicos penalmente protegidos.

También un saber nomológico incierto desde el punto de vista del grado de confirmación de la hipótesis científica puede pertenecer a dicha base nomológica de evaluación (es decir, al patrimonio cognoscitivo del modelo de agente): el enunciado a través del cual se expresa la ciencia tiene que estar estructurado de tal modo que permita extraer de él la representación de un riesgo que podría conllevar daños graves e irreversibles, es decir, de una amenaza inaceptable – aunque todavía eventual – contra bienes jurídico primarios; el riesgo hipotético, sin embargo, tiene que estar tan definido como para permitir prever una clase específica de resultado, ya que, de lo contrario, el sujeto no podría dirigir su propia conducta hacia determinados fines preventivos.

Además de delimitar el alcance de la forma puramente normativa de imprudencia (es decir, la inconsciente), la finalidad perseguida a través del recurso al criterio selectivo de “gravedad” es la de otorgar equilibrio a la estructura del injusto según los siguientes criterios: sólo cuando sea clara e indudable la posibilidad de reconocer la ocasión de aplicar una pauta de diligencia predefinida (o, como se ha dicho, “típica”), o ciertos conocimientos realmente al alcance del sujeto (todavía entendido como sujeto-modelo normativo), debería poder surgir un deber de prevención penalmente relevante; asimismo, también en los casos en los que el saber nomológico no pueda ser considerado “cierto” (contrastado), la inacción podrá valorarse como “grave” en la medida en que las consecuencias representables, teniendo en cuenta la calidad del bien jurídico protegido, también lo sean. El concepto de “gravedad”, en otros términos, permite calificar como penalmente relevante la ignorancia de aquellos datos nomológicos y el no haber reconocido aquellos datos fácticos que, debido a la difusión de aquellos y a la evidencia de estos, pueden considerarse como si fueran efectivamente conocidos y como si hubiesen sido efectivamente reconocidos y, por tanto, objetivamente reconocibles.

La efectiva y comprobada previsión del resultado por parte del agente no indica necesariamente una forma más grave de imprudencia, dado que algunas hipótesis de imprudencia inconsciente pueden incluso resultar, según las circunstancias, comparativamente más graves que otras de imprudencia consciente; el elemento psicológico efectivo, sin embargo, puede justificar la relevancia penal de conductas caracterizadas, en el plano estrictamente normativo, por una infracción leve. Parece preferible, por lo tanto, excluir la agravante prevista en el art. 61 n. 3 del *codice penale italiano* que incorpora las hipótesis de imprudencia con “previsión del resultado” y, de manera distinta a la solución que preveía en España el *Proyecto de Ley Orgánica* del día 20 de septiembre de 2013 (es decir, la despenalización de la imprudencia “leve”)¹, seguir considerando penalmente relevante la imprudencia inconsciente grave.

¹ En la etapa de corrección del presente trabajo de investigación fue publicado el texto del articulado aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, relativo al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES - SENADO, Núm. 465, 29 de enero de 2015).

En el *Preámbulo* al articulado se señala que: «*En cuando [sic] al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.*»

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

ABRALDES, Sandro F., *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 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, Comares, 2010, 245

ACCINNI, Giovanni Paolo, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziari*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 928

AGAZZI, Evandro, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 393

ÁLAMO MORANTE, Juan José, *El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico*, Barcelona, Bosch, 2012

ALBERTAZZI, Liliana, *Il problema dell'imputazione nella teoria del diritto*, in *Quaderni del Centro Studi per la Filosofia Mitteleuropea*, 1989, III, 5

ALIMENA, Francesco, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, Priulla, 1947

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, Tirant Lo Blanch, 2014, 51

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, Tirant Lo Blanch, 2014, 123

ALTOPIEDI, Rosalba – PANELLI, Sara, *Dossier Eternit: dalle origini alla sentenza*, in *Quaderno di storia contemporanea*, n. 51, 2012

AMARA, Giuseppe, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cassazione penale*, 2007, 2795

AMATO, Alessandro – GALADINI, Fabrizio, *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla "Commissione Grandi Rischi"*, in *Analysis*, 2013, n. 3-4, p. 6-7.

ANGIONI, Francesco, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1279

ANTOLISEI, Francesco, *Pene e misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1933, 129

ANTOLISEI, Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934

ANTOLISEI, Francesco, *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva* (1948), in *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, 323

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale* (7^a ed.), Milano, Giuffrè, 1975

ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981

ATTILI, Valeria, *L'agente modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 1240

BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963

BARTOLI, Roberto, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, Giappichelli, 2010

BARTOLI, Roberto, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2011

BARTOLI, Roberto, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, in *Cassazione penale*, 2011, 5, 1712

BARTOLI, Roberto, *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 luglio 2014

BASILE, Fabio, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 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, Jovene, 2011, 699

BASILE, Fabio, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2012

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1986

- BECK, Ulrich, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma – Bari, Laterza, 2011
- BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, Mohr, 1906
- BELLINA, Matteo, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cassazione penale*, 2008, 1013
- BERTOLINO, Marta, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, II, 539
- BETTIOL, Giuseppe, *Il problema penale*, Palermo, G. Priulla, 1948
- BETTIOL, Giuseppe, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, Cedam, 1962, 1
- BEX, Floris – WALTON, Douglas, *Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies*, in *Law, Probability and Risk*, 2012, 11, 113
- BISACCI, Maria Chiara, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *L'indice penale*, 2009, 195
- BLAIOTTA, Rocco, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cassazione penale*, 2000, 1188
- BLAIOTTA, Rocco, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cassazione penale*, 2010, 3, 1265
- BLAIOTTA, Rocco, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad*, 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, Edisofer – B de F, 2009, 281
- BOLOGNA, Enrico, *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, in *Diritto di Famiglia*, 2009, I, 450
- BONIOLO, Giovanni – VIDALI, Paolo, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, Mondadori, 2003
- BRICOLA, Franco, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, Giuffrè, 1960

- 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, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1997, 67
- BRINKMANN, Bernhard, *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996
- BRUSCO, Carlo, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, Giuffrè, 2012
- BRUSCO, Carlo, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2013, 4, 51
- BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, Manz, 1974
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan - HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán, *Significación social y tipicidad*, in *Estudios penales y criminológicos*, 1980-1, n. 5, 9
- CÁCERES RUIZ, Luis, *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013
- CADOPPI, Alberto, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 2007
- CADOPPI, Alberto, *Omissione, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Milano, Giuffrè, 2011, 1311
- CADOPPI, Alberto – ZANOTTI, Marco, *Il reato omissivo*, in AA.VV. (Cadoppi A. et al.), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, 66
- CAGLI, Vito, *La crisi della diagnosi. Cosa è mutato nel concetto e nelle procedure della diagnosi medica*, Roma, Armando, 2007
- 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
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas* (2ª ed.), Barcelona, Bosch, 2001
- CANEPA, Andrea, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011

CANESTRARI, Stefano, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999

CANESTRARI, Stefano, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *L'indice penale*, 2012, 21

CANESTRARI, Stefano, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito» (Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, «Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico», Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, 23-24 marzo 2012)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 febbraio 2013

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, Cedam, 2007, 111

CAPUTO, Matteo, *“Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, EDU Catt, 2012

CAPUTO, Matteo, *“Filo d’Arianna” o “flauto magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 luglio 2012

CARDENAL MOTRAVETA, Sergi, *El tipo penal en Beling y los Neokantianos*, Barcelona, PPU, 2002

CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale* (2^a ed.), Lucca, Tipografia Giusti, 1868

CASSON, Felice, *La fabbrica dei veleni. Storie e segreti di Porto Marghera*, Milano, Sperling & Kupfer, 2007

CASTALDO, Andrea, *Linee politico-criminali e imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, 881

CASTALDO, Andrea, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, Napoli, Jovene, 1989

CASTALDO, Andrea, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, Nuova Serie A, 1988 – 1990, 7

CASTAÑEIRA PALOU, M. Teresa – LLOBET ANGLÍ, Mariona – MONTANER FERNANDEZ, Raquel, *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales*, in *InDret*, 2005

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, Cedam, 2007, 115

CASTRONUOVO, Donato, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009

CASTRONUOVO, Donato, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne, 2012

CASTRONUOVO, Donato, *Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM*, in *Revista penal*, 33, 2014, 66

CASTRONUOVO, Donato – RAMPONI, Luca, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 933

CATALANO, Elena Maria, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 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 *L'Indice penale*, 1, 2013, 143

CENTONZE, Francesco, *Scienza "spazzatuta" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, IV, 1232

CENTONZE, Francesco, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 289

CENTONZE, Francesco, *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico-legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2002, 2, 589

CENTONZE, Francesco, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004

CEREZO MIR, José, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal. (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1959, 561

CEREZO MIR, José, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1961, 55

CEREZO MIR, José, *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, 471

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal Español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito* (6ª ed.), Madrid, Tecnos, 2004

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 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, 5, 200

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 2002, III, 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 *Archivio penale*, 2011, n. 2 (web)

CIVELLO, Gabriele, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell’incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013

COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Angel, *El problema de la lagunas “conscientes” y la jurisprudencia “creativa” a través de un ejemplo: la distinción entre culpa profesional y culpa del profesional*, in *Poder Judicial*, 1990, 18, 113

COGGIOLA, Nadia, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

COGNETTA, Gigliola, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, 63

CONTI, Carlotta, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in P. Tonini (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, suppl. a *Diritto penale e processo*, 2008, 6, 29

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 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, Edisofer – B de f, 2009, 359

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Prólogo a la segunda edición*, in *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (2ª ed.), Montevideo – Buenos Aires, B de f, 2013, XIX

CÓRDOBA RODA, Joan, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código penal*, in *Derecho y salud*, 1996, vol. 4, n. 1, 141

CORN, Emanuele, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2013

CORNACCHIA, Luigi, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 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, Comares, 2004, 3

CORVI, Angela, *Rilevanza penale del contagio HIV per via sessuale (commento a Tribunale di Milano, 12 dicembre 2007 – Est. Corbetta)*, in *Il corriere del merito*, 2008, 4, 458

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990

CUPELLI, Cristiano, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 3, 1145

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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 1, 225

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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 3, 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 *Cassazione penale*, 2006, 2406

D'ALESSANDRO, Francesco, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cassazione penale*, 2007, 4831

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil*, in C. M. Romeo Casabona (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Bilbao - Granada, 2004, 277

DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche, Nuova serie A*, 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 107

DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV. (A. Cadoppi *et al.*), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, 328

DE FRANCESCO, Giovannangelo, *L’imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. 1, Napoli, Jovene, 2007, 513

DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 6, 665

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Imprudencia y energía nuclear*, in *La Ley*, 2000, n. 2, 1790

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, *El judaísmo ante la eutanasia: un breve recorrido por la normativa hebrea sobre esta materia*, in *Enfermedad, dolor y muerte desde las tradiciones judeocristiana y musulmana*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2011, 75

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, *El derecho en el fin de la vida. Rechazo al tratamiento, limitación del esfuerzo terapéutico, sedación en la agonía, auxilio al suicidio y eutanasia*, in *Tratado de derecho sanitario*, I, Pamplona, Aranzadi, 2013, 887

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, *Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de la «reasponsabilidad penal por el producto»*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, 825

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Barcelona, Bosch, 2013

DEAN, Fabio, *La tipicità nella teoria generale dell’illecito penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 1, 133

DEL RE, Michele Claudio, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *L’indice penale*, 1985, 31

DELITALA, Giacomo, *Il «fatto» nella teoria generale del reato (1930)*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, Giuffrè, 1976, 3

DI GIOVINE, Ombretta, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 2, 634

DI GIOVINE, Ombretta, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003

DI GIOVINE, Ombretta, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *L'indice penale*, 2004, 1115

DI GIOVINE, Ombretta, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cassazione penale*, 2008, 2151

DI GIOVINE, Ombretta, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 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 *Archivio penale*, 2014, 1

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 *L'indice penale*, 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, Giappichelli, 2012

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos calificados per el resultado y el artículo 3 del proyecto del Código penal español del 1980*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, 3, 627 (prima parte) e 1983, 1, 101 (seconda parte)

DOHNA, Alexander Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenlehre* (1936), Bonn, Röhrscheid, 1947

DOLCINI, Emilio, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, 755

DOLCINI, Emilio, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 863

DONDI, Angelo, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e processo civile*, 1996, 278

DONINI, Massimo, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 588 e 1114

DONINI, Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991

DONINI, Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 32

DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004

DONINI, Massimo, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006

DONINI, Massimo, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011

DONINI, Massimo, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti fra causalità e imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 494

DONINI, Massimo, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 124

DONINI, Massimo, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2014, 1, 70

DONNA, Edgardo Alberto, *Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa (prólogo)*, in J. Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad* (trad. sp. a cura di Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez), Montevideo – Buenos Aires, B de f – Julio César Faira, 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, Edisofer, 2008, 863

DONNA, Edgardo Alberto, *Imputación Penal y Ciencia*, in C. M. Romeo Casabona – F. Sánchez Lázaro (a cura di), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, Comares, 2010, 193

ECO, Umberto - SEBEOK, Thomas A., *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce* (1983), Milano, Bompiani, 2012

ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930), Aalen, Scientia, 1995

ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, Mohr, 1931

ENGISCH, Karl, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, W. de Gruyter, 1944, 141

ENGISCH, Karl, *Vom Weltbild des Juristen* (1950), Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1965

EUSEBI, Luciano, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 3, 1053

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, Jovene, 2011, 963

EUSEBI, Luciano, *Comitati etici per la sperimentazione: profili penali*, in *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 737

EUSEBI, Luciano, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4-5, 2011, 1085

EXNER, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine Strafrechtliche Untersuchung*, Leipzig – Wien, Franz Deuticke, 1910

EXNER, Franz, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in A. Hegler (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, Mohr, 1930, 569

ESTEVE PARDO, José, *El Desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las Incertidumbres de las Ciencia*, Barcelona, Marcial Pons, 2009

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de lege data y de lege ferenda)*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, 62, 303

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, n. e. 1, 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, Bosch, 2001

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Sobre la dogmática de lo cotidiano: la imprudencia punible*, in *Revista jurídica – Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, 27, 143

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990

FERRER SAMA, Antonio, *El error en Derecho penal*, Universidad de Murcia, 1941

FIANDACA, Giovanni, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 5, 2005

FIANDACA, Giovanni, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *L'indice penale*, 2006, 945

FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale* (5^a ed.), Bologna, Zanichelli, 2007

FIORE, Carlo, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, 380

FLETCHER, George P., *The Theory of Criminal Negligence. A Comparative Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1971, vol. 119, n. 3, 401

FORNARI, Luigi, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso casuale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 719

FORNARI, Luigi, *La posizione di garanzia del medico*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 833

FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990

FORNASARI, Gabriele, voce *Colpevolezza (dir. pen.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 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, Tirant Lo Blanch, 2014, 149

FORTI, Gabrio, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, 1559

FORTI, Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 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, Giuffrè, 2002, 67

FORTI, Gabrio, voce *Colpa (dir. pen.)*, in S. Cassese (diretta da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 945

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, Jovene, 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, ETS, 2010

FRANK, Reinhard von, *Über den Aufbau des Schuldbegriff* (1907), in *Juristische Zeitgeschichte*, 2009, vol. 2, Berlin, BWV, 1

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 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, B de f – Julio César Faira, 2006, 1

GALLO, Marcello, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 624

GALLO, Marcello, *Appunti sul rapporto di causalità*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, 17

GALLO, Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, Giappichelli, 2000

GALLO, Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Torino, Giappichelli, 2001

GALLUCCIO, Alessandra, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza "Grandi Rischi"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 novembre 2013

GARBOLINO, Paolo, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in *Cassazione penale*, 2004, 298

GARCÍA MORALES, Oscar, *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral (XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social: La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral)*, 2005, 1 (in www.uoc.edu)

GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La imprudencia «profesional»: una especie a extinguir*, in *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, 369

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

GIL GIL, Alicia, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en lo delitos activos de resultado*, Barcelona, Atelier, 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, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (1966), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1968, Vol. 80, 915

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Que es la imputación objetiva?*, in *Estudios penales y criminológicos*, 1985-6, 167

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Causalidad, omisión e imprudencia*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, XLVII, 3, 5

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, Tirant Lo Blanch, 2004, 431

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVIII, 2005, 733

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *L'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 1544

GIOVAGNOLI, Roberto, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, in *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 2000, 990

GIUNTA, Fausto, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993

GIUNTA, Fausto, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 6, 667

GIUNTA, Fausto, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 1296

GIUNTA, Fausto, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 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, Giuffrè, 2000, 63

GIUNTA, Fausto, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 123

GIUNTA, Fausto, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Diritto pubblico*, 2002, 2, 623

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

GIZZI, Lucia, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 753

GOLDSCHMIDT, James, *Normativer Schuldbegriff*, in A. Hegler (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, Mohr, 1930, 428 (anche in trad. sp. a cura di Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Montevideo – Buenos Aires, B de f, 2002)

GOLDSCHMIDT, Werner, *Normativismo y normologismo en Derecho penal y en Derecho internacional privado*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1951, 509

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, 103

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, Bosch, 2013

GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *El principio de precaución en el Derecho penal. Contribución político-criminal a los delitos de riesgo normativo*, in M. Gómez Tomillo (a cura di), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, 81

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *La imprudencia en la actividad judicial*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 2002, III, 101

GRANDE, Elisabetta, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Politica del diritto*, XXVII, n. 3, 1996, 469

GRASSO, Giovanni, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983

GROTTO, Marco, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2011, 3, 561

GROTTO, Marco, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012

GROTTO, Marco, *Obbligo di formazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 settembre 2012

GUIDI, Dario, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 209

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2009

HALL, Jerome, *Negligent Behavior should be excluded from Penal Liability*, in *Columbia Law Review*, 1963, vol. 63, n. 4, 632

HANNES, Miriam, *Der Vertrauensgrundsatz bei arbeitsteiligem Verhalten*, Aachen, Shaker, 2002

HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Valencia, Titant Lo Blanch, 2001

HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia inconsciente*, Granada, Comares, 2002

HEMPEL, Carl G., *The Function of General Law in History*, in *The Journal of Philosophy*, 1942, 39, n. 2, 35

HEMPEL, Carl G. – OPPENHEIM, Paul, *Studies in the Logic of Explanation*, in *Philosophy of science*, 1948, XV, 135

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, in *Jueces para la Democracia*, 2005, n. 54, 73

HIRSCH, Hans Joachim, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 745

HOLMES, Oliver Wendell Jr., *The Common Law (1881)*, Toronto, University of Toronto Law School, 2011

HONIG, Richard M., *Kausalität und objektive Zurechnung*, in A. Hegler (a cura di), *Festgabe für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, Mohr, 1930, 174

HSU, Heng-da, *Hypothetical Lawful Conduct and Causation of Criminal Negligence: A Review from the Perspective of "Realization of Hypothetical Allowed Risk"*, in *National Taiwan University Law Journal*, 2011, 707

HUBER, Peter W., *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, New York, Basic Books, 1991

IADECOLA, Gianfranco, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cassazione penale*, 2007, 151

IZZO, Umberto, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Trento, UNITN e-prints, 2007

JASANOFF, Sheila, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, Giuffrè, 2001

JASANOFF, Sheila, *Beni incalcolabili. Reimmaginare il nostro futuro tecnologico*, in S. Jasanoff, A. Benessia, S. Funtowicz, *L'innovazione tra utopia e storia*, Torino, Codice, 2013

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito* (1958), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997

JORGE-BARREIRO, Agustín, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, in *Estudios penales y criminológicos*, 1989-90, 14, 137

JORGE-BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, Tecnos, 1990

KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, Winter, 1961

KIRSCHBAUM, Klaus, *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980

KISS, Alejandro, *Delito de peligro concreto y acción peligrosa*, in *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, 299

KRIES, Johannes von, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 9, 1889, 528

KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), Chicago – London, The University of Chicago Press, 2012

LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»* (1927), Aalen, Scientia, 1970

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, Giuffrè, 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, Giappichelli, 2004, 87

LICCI, Giorgio, *Modelli di diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, Giappichelli, 2006

LICCI, Giorgio, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, Jovene, 2011

LUZÓN DOMINGO, Manuel, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, I-II, Barcelona, Hispano-Europea, 1960

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*, Madrid, Universitas, 1996

LUZZATO, Giuseppe Ignazio, voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 614

MAIWALD, Manfred, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto* (1980), Milano, Giuffrè, 1999

MANNA, Adelmo, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cassazione penale*, 2009, 9, 3633

MANNA, Adelmo, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 3, 1176

MANTOVANI, Ferrando, voce *Colpa*, in *Digesto penale*, II, Torino, Utet, 1988, 299

MANTOVANI, Ferrando, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 337

MANTOVANI, Ferrando, *La causalità omissiva nel codice penale spagnolo*, in *Diritto penale del XXI secolo*, 2005, 2, 237

MANTOVANI, Ferrando, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 536.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2011

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, Giappichelli, 1997, 291

MANTOVANI, Marco, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997

MANTOVANI, Marco, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1043.

MANTOVANI, Marco, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *L'indice penale*, 1999, 1195.

MANTOVANI, Marco, *Colpa e preterintenzione*, in AA.VV (A. Cadoppi et al.), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, 198

MARANDO, Giuseppe, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, Giuffrè, 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, Civitas – Thomson Reuters, 2009

MARINUCCI, Giorgio, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965

MARINUCCI, Giorgio, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971

MARINUCCI, Giorgio, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 3

MARINUCCI, Giorgio, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 29

MARINUCCI, Giorgio, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, I,1

MARINUCCI, Giorgio, *Agire lecito in base a un giudizio "ex ante"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, 1097

MARINUCCI, Giorgio, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 1

MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (4^a ed.), Milano, Giuffrè, 2012

MARINUCCI, Giorgio – MARRUBINI, Gilberto, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temì*, 1968, 217

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 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, Universidad Complutense de 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 *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, 1

MASERA, Luca, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, Giuffrè, 2007

MASERA, Luca, *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1174 ss

MASERA, Luca, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cassazione penale*, 2008, 4415

MASSARO, Antonella, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cassazione penale*, 2009, 12, 4699

MASULLO, Maria Novella, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012

MAZZA, Leonardo, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 817

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, Cedam, 1996, 391

MELCHIONDA, Alessandro, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspiccate 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, Cedam, 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, Comares, 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, Comares, 2004, 435

MEZGER, Edmund, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (trad. sp a cura di F. Muñoz Conde), Valencia, Titant Lo Blanch, 2000

MICHELETTI, Dario, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 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, Giuffrè, 2010, 207

MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988

MILL, John Stuart, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive*, in *The collected Works of John Stuart Mill*, vol. VII, University of Toronto Press, 1843

MIR PUIG, Santiago, *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, 1, 5

MIR PUIG, Santiago, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, 1

MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo en Derecho penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23 dicembre 2005 (anche in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 455)

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (9ª ed.), Barcelona, Reppertor, 2011

MOCCIA, Sergio, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza / tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001

MONTUSCHI, Luigi, *I principi generali del d.lgs. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 1997, 37

MONTUSCHI, Luigi – INSOLERA, Gaetano, *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bologna, Bononia University Press, 2006

MORGANTE, Gaetana, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cassazione penale*, 2010, 3319

MORSELLI, Elio, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, 237

MUCCIARELLI, Francesco, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 10, 2010, 137

MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general* (8ª ed.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010

NAPOLEONI, Valerio, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2012, vol. 3-4, 164

NIESE, Werner, *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in *Jus*, 1951, I, 267

NUÑEZ BARBERO, Ruperto, *El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Universidad de Salamanca, 1975

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Interrupción del tratamiento médico en estados vegetativos irreversibles. El llamado "encarnizamiento terapéutico"*, in *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin, II*, Tlalpan, Istituto nazionale de Ciencias penales, 2006, 107

PADOVANI, Tullio, *Il grado della colpa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, 819

PADOVANI, Tullio, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, 554

PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012

PAGLIARO, Antonio, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 779

PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale* (8ª ed.), Milano, Giuffrè, 2003

PAGLIARO, Antonio, *Causalità e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2005, 9, 1037

PAGLIARO, Antonio, *Bozza di osservazioni sulla sentenza "Grandi rischi"*, in *Cassazione penale*, 2013, 5, 1818

PALAZZO, Francesco, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1279

PALAZZO, Francesco, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cassazione penale*, 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 *Diritto penale e processo*, 2011, I, 185
- PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2013
- PALIERO, Carlo Enrico, *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero a forma libera?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977, 1499
- PARDO, Michael S. – ALLEN, Ronald J., *Juridical Proof and the Best Explanation*, in *Law and Philosophy*, 2008, vol. 27, No. 3, 223
- PARDY, Bruce, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, in *Le Cahiers de droit*, 2002, vol. 43, n. 1, 63
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, XLIX, 3, 909
- PASCALI, Vincenzo, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, Giuffrè, 2011
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Barcelona, Atelier, 2012
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2000, n. e. 1, 139
- PERINI, Chiara, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010
- PERINI, Chiara, *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*, in *Legislazione penale*, 2012, 117
- PETRINI, Davide, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, 1576
- PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, Giuffrè, 1954
- PIERGALLINI, Carlo, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1473

PIERGALLINI, Carlo, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004

PIERGALLINI, Carlo, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 1670

PIERGALLINI, Carlo, *La regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 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, Cedam, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 26 novembre 2012

PIRAS, Paolo – LUBINU, Giovanni Pietro, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 301

PISANI, Nicola, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro*, Napoli, Jovene, 2012

PIZZI, Claudio, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cassazione penale*, 2005, 234

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *¿Por qué existe y para qué sirve la pena? La función actual del Derecho penal: bien jurídico versus vigencia de la norma, in Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, 461

POPPER, Karl R., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, Einaudi, 1970

POPPER, Karl, *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica, I, Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, Il Saggiatore, 2009

PREZIOSI, Stefano, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cassazione penale*, 2011, 5, 1985

PULITANÒ, Domenico, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Scritti per Federico Stella, I*, Napoli, Jovene, 2007, 851

PULITANÒ, Domenico, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 5, 647

- PULITANÒ, Domenico, *Diritto Penale*, Torino, Giappichelli, 2008
- PULITANÒ, Domenico, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 4, 1231
- PULITANÒ, Domenico, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 maggio 2013
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, Bosch, 1958
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General (3ª)*, Elcano, Aranzadi, 2002
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – MUÑOZ CONDE, Francisco, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Destino, 1983
- 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, Giappichelli, 2004, 125
- RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, Guttentag, 1904 (anche in trad. sp. a cura di J. L. Guzmán Dalbora, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, B de f, - Julio César Faira, 2011)
- RAVETZ, Jerome R., *The post-normal science of precaution*, in *Futures* 36, 2004, 347
- RISICATO, Lucia, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giappichelli, 2013
- 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 Review*, vol. 52, n. 4, 2007, 679
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones el 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, B de f – Julio César Faira, 2006, 61
- RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1953, VI, 2, 207
- RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, in *Anuales de la Universidad de Valencia*, XXVII, 1953-4

ROETS, Damien, *Réflexion sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2007, n. 2, 251

ROIATI, Alessandro, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012

ROIATI, Alessandro, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 2, 216

ROMANO, Mario, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, Jovene, 2007, 891

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, in E. Gimbernat Ordeig – B. Schünemann – J. Wolter (a cura di), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, 33

ROMEO CASABONA, Carlos María, *La experimentación humana en psiquiatría: reflexiones jurídicas*, in *DS*, Vol. 3, 1995, 193

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Principio de precaución, bioseguridad y derecho europeo*, in *Estudios del derecho judicial*, 2002, 40, 153

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, in C. M. Romeo Casabona, *Las Transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, vol. I, Arequipa, Adrus, 2004, 33

ROMEO CASABONA, Carlos María, *La preligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, in C. M. Romeo Casabona, *Las Transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, vol. I, Arequipa, Adrus, 2004, 67

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal*, in C. M. Romeo Casabona (a cura di), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Bilbao – Granada, Comares, 2004, 385

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, Comares, 2005

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, 13, 2007, 211

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Sobre la estructura del dolo*, Azcapotzalco, Ubijus, 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, Comares, 2010, 117

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, II, Vol. 1, *Los problemas penales actuales de la Biomedicina. Tendencias actuales de la jurisprudencia española*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 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, Comares, 2013, 123

RONCO, Mauro, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 2, 247

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, Zanichelli, 2007, 533

RONCO, Mauro, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, 1175

ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares, 2002

ROXIN, Claus, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 74, 1962, 411

ROXIN, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 74, 1962, 515

ROXIN, Claus, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, Schwartz, 1970, 132

ROXIN, Claus, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, in *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. sp. a cura di D.-M. Luzón Peña), Madrid, Reus, 1976, 181

ROXIN, Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di S. Moccia), Napoli, Guida, 1986

ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2ª e 3ª ed.), München, Beck, 1994, 1997

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. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2009

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La acción y la omisión*, 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, Comares, 2013, 83

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, Giuffrè, 2006, 1743

RUIZ VADILLO, Enrique, *Principios básicos de la reforma penal. Algunas consideraciones sobre la modificación de 25 de junio de 1983*, in *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1999, N. E. 13, 55

RUIZ VADILLO, Enrique, *La reforma penal en España: situación actual. La reforma penal de 1983*, in *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1999, N. E. 13, 81

RUSSEL, Bertrand, *On the Notion of Cause*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 13, 1912-13, 171

RUSSEL, Bertrand, *La scienza è superstiziosa?*, in *Saggi scettici* (1956), Milano, TEA, 1998, 29

RUSSO, Roberta, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *Cassazione penale*, 2010, 9, 3201

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, *¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial*, in *Revista de derecho social*, 2006, 33, 9

SÁINZ CANTERO, José Antonio, *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de “no exhibibilidad”*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1960, 3, 419

SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, in *Estudios penales y criminológicos*, 1982-3, 396

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, Comares, 2004

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial*, in *Revista penal*, 2010, 25, 136

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *La autoría y la participación*, 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, Comares, 2013, 155

SANTAMARIA, Dario, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 646

SANZ DE GALDEANO, Beatriz Rodríguez, *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, Edisofer – B de f, , 2009, 3

SBORRA, Enrico, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 115

SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, Mohr, 1986

SCHÜNEMANN, Bernd, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)*, 1975, 435

SCIACCA, Fabrizio, *Kelsen su causalità e giustizia*, in *Filosofia politica*, 2008, n. 2, 189

SERENI, Andrea, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008

SERRANO GONZÁLEZ 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, Ad-Hoc, 2011, 627

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a proposito de la STS 8 de julio 1985, ponente Cotta y Marquez de Prado)*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, XL, f. II, 451

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, in S. Mir Puig (a cura di), *Avances de la medicina y Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1988, 147

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, Bosch, 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, B de f – Julio César Faire, 2006, XII

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª ed.), Madrid – Buenos Aires – Montevideo, Edisofer – Euros Editores – B de f, 2011

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Mandato de determinación e imprudencia*, in *InDret*, 2012, 2

SILVELA, Luis, *El derecho penal (estudiado en principios y en la legislación vigente en España)*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1903

SIRACUSA, Licia, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra "caos" e "logos"*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, 969

SOLA RECHE, Esteban, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, XLVII, 1, 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, Comares, 2004, 475

STELLA, Federico, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, 1217

STELLA, Federico, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (2ª ed.), Milano, Giuffrè, 2000

STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime* (1ª e 2ª ed.), Milano, Giuffrè, 2001, 2002

STELLA, Federico, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, Giuffrè, 2005

STELLA, Federico, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cassazione penale*, 2005, 1062

STOPPATO, Alessandro, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, Fratelli Drucker, 1898

STORTONI, Luigi, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 71

STRATENWERTH, Günther, *Arbeitsstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in P. Bockelmann – W. Gallas (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, 383

STRATENWERTH, Günther, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, 635

STRUENSEE, Eberhard, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *Juristenzeitung*, 1987, 53

SUMMERER, Kolis, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 1, 299

SUMMERER, Kolis, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, in *L'indice penale*, 2011, 1, 69

TALLACCHINI, Maria Chiara, *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*, Torino, Giappichelli, 2004, 339

TARUFFO, Michele, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, 219

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas*, in *Cuadernos de derecho judicial – Siniestralidad laboral y derecho penal*, Madrid, Consejo general del Poder Judicial, 2005, XV, 415

TORÍO LÓPEZ, Ángel, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, 25

TUZET, Giovanni, *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli, 2006

UBERTIS, Giulio, *La ricostruzione del fatto tra diritto e storia*, in *Cassazione penale*, 2006, 1206

ULSENHEIMER, Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, Röhrscheid, 1965

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. Los problemas penales actuales de la Biomedicina*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011, 579

VALBONESI, Cecilia, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giustizia penale*, 2013, 6, 403

VALBONESI, Cecilia, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 250

VALENTINI, Vico, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 gennaio 2015

VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea, *La responsabilidad penal por imprudencia del médico psiquiatra ante el suicidio del paciente con trastorno mental*, in *Revista Nuevo Foro Penal*, 2012, vol. 8, 79, 56

VALLINI, Antonio, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, in *Diritto penale e processo*, 2001, 469

VALLINI, Antonio, *La ricostruzione del nesso di causalità nell’attività medica*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009, 145

VALLINI, Antonio, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, 735

VASSALLI, Giuliano, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, 297

VENEZIANI, Paolo, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell’evento: profili attuali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1998, 493

VENEZIANI, Paolo, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003

VERRICO, Alessandro, *La prova scientifica e il libero convincimento del giudice nell’applicazione del criterio della “probabilità logica” nell’accertamento causale*, in *Cassazione penale*, 2011, 11, 3807

VERRICO, Alessandro, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cassazione penale*, 2011, 101

VIGANÒ, Francesco, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1679

VIGANÒ, Francesco, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2013

VILLA, Vittorio, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè, 1984

VILLA, Vittorio, *Legal Theory and Value Judgments*, in *Law and Philosophy*, 16, 4, 1997, 447

VILLA, Vittorio, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 5, 2005, 31

VINEIS, Paolo, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Milano, Einaudi, 1990

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, 1113

VOLPE, Gian Paolo, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, 101

WELZEL, Hans, *Kausalität und Handlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 51, 1931, 703

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen* (2ª ed.), Berlin, W. de Gruyter, 1949

WELZEL, Hans, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1951, 1

WELZEL, Hans, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, Müller, 1961

WELZEL, Hans, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, N. G. Elwert, 1964

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. sp. a cura di J. Cerezo Mir), Barcelona, Ariel, 1964

WELZEL, Hans, *Diritto naturale e giustizia materiale* (a cura di G. De Stefano), Milano, Giuffrè, 1965

WELZEL, Hans, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (trad. sp. a cura di J. Cerezo Mir), 1968, n. 2, 221

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht* (11ª ed.), Berlin, W. de Gruyter, 1969

WENIN, Roberto, *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, in *L'indice penale*, 2005, 8, n. 1, 239

WRIGHT, George H., *Spiegazione e comprensione*, Bologna, Il Mulino, 1977

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000

BIBLIOGRAFIA

ZIRULIA, Stefano, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle “morti da amianto”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 ottobre 2012

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, 2, 321