

A Giovanni Flora
per il suo 70° compleanno

SOMMARIO Sez. I. Introduzione. — 1. Il pregiudizio potenziale: verosimiglianza, magnitudo, sopportabilità. — 2. Rischio (consentito) e pericolo (illecito). — 3. Agire cautelare e astensione dall'agire. — 4. Le cautele nell'agire lecito e nell'ambito dei divieti con funzione cautelare. — 5. Fattispecie di pericolo e tecniche normative. — 6. Colpa generica e colpa specifica. — 7. Il ruolo della "prevedibilità" quale presupposto operativo della regola cautelare. — Sez. II. La colpa normativa. — 8. Lo stato dell'arte. — 8.1. La rivoluzione mancata. — 8.2. Il rigorismo della giurisprudenza. — 9. L'*an* e il *quomodo* del dovere di diligenza. — 9.1. L'*Anlaß*. — 9.2. Segnali di allarme. — 10. La regola cautelare: precisazioni. — 10.1. La natura modale. — 10.2. L'efficacia preventiva. — 10.3. La preesistenza. — 10.4. Le fonti. — 10.5. L'esecuzione. — 11. Il trattamento differenziato. Notazioni politico-criminali *de iure condito* e *de iure condendo*. — 11.1. La colpa antinfortunistica e stradale. — 11.2. La colpa medica: l'art. 2236 c.c., il decreto Balduzzi e la legge Gelli-Bianco. — 11.3. La protezione dai rischi e i rischi della Protezione. — Sez. III. Il concorso colposo. — 12. La fattispecie colposa plurisoggettiva eventuale. — 13. Le ipotesi di concorso problematiche nella cornice dell'art. 110 c.p. — 13.1. Il concorso doloso nel delitto colposo. — 13.2. Il concorso doloso nel delitto preterintenzionale e nei delitti qualificati dall'evento. — 13.3. Il concorso nelle contravvenzioni. — 14. Le ipotesi di concorso estranee all'art. 110 c.p. In particolare: il concorso colposo nel delitto doloso. — 15. La cooperazione colposa.

SEZ. I. INTRODUZIONE

1. Il pregiudizio potenziale: verosimiglianza, magnitudo, sopportabilità

I sostantivi "rischio" e "pericolo", al pari delle corrispondenti forme aggettivali "rischioso" e "pericoloso", indicano, con diversità di accenti, le potenzialità pregiudizievoli di una data situazione, vale a dire la sua attitudine a degenerare in accadimenti indesiderati. Non si tratta di un concetto indifferenziato. La prognosi di lesività, infatti, può variare in ragione di diversi fattori. Per quel che qui più interessa, ne vengono in rilievo tre.

* Il testo rielabora, riunisce e integra i contenuti delle relazioni svolte a due Corsi organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura, intitolati "*Il reato plurisoggettivo*" (Scandicci, 24 maggio 2017) e "*Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*" (Roma, 29 maggio 2018).

Il primo è costituito dal grado di accadibilità dell'evento avverso, che impone di distinguere tra l'ambito del possibile e quello del probabile, con una gradazione intermedia tra i poli del quasi-impossibile e del quasi-certo.

Il secondo consiste nella gravità del pregiudizio prevedibile, tenuto conto, anche, ma non solo, della sua natura personale o materiale, della sua estensione oggettiva e soggettiva, della sua riparabilità o irreversibilità.

Com'è evidente, si tratta fin qui di valutazioni predittive destinate a combinarsi e integrarsi tra loro. Si delineano, conseguentemente, gli estremi opposti, da un lato, dell'evento massimamente pregiudizievole, irreparabile e pressoché certo, che va tenuto nella massima considerazione, e dall'altro di quello lievissimo, reversibile e assai improbabile, come tale trascurabile. In posizione intermedia si colloca l'eventualità di eventi sfavorevoli, che si caratterizzano per una magnitudo non particolarmente elevata, ma comunque apprezzabile, a loro volta ordinabile a seconda che tali eventi appaiano solamente possibili, mediamente probabili o prossimi alla certezza, e – quanto a effetti – reversibili o meno.

Il terzo parametro, sul quale si riverberano i criteri di classificazione già enunciati, è deontico, attiene cioè al dover essere.

In relazione alle condotte caratterizzate da rischio minimo, potenzialmente foci di eventi del tutto improbabili e modesti per entità, le consuetudini sociali esigono finanche dall'adozione di cautele. *Minima non curat civis*. Si pensi all'uso delle mascherine c.d. chirurgiche per non trasmettere a terzi virus influenzali.

Per converso, la prevedibilità di un evento, ancorché gravemente pregiudizievole e altamente probabile, non preclude il diritto di compiere la condotta da cui potrebbe scaturire la conseguenza non voluta, a meno che l'agire non sia espressamente interdetto. Per le condotte non vietate l'ordinamento prescrive, tuttavia, l'osservanza del dovere di diligenza, ossia l'ottimale gestione delle loro potenzialità lesive.

2. Rischio (consentito) e pericolo (illecito)

Considerate dall'angolo visuale dell'ordinamento giuridico, le situazioni astrattamente lesive, di cui si è detto, possono dar luogo a valutazioni di sopportabilità antitetiche, espresse dai concetti di “rischio” e “pericolo”.

Il primo, caratteristico delle condotte lecite compiute nel rispetto delle cautele doverose, designa le probabilità di lesione che permangono nonostante le contromisure preventive adottabili (rischio residuo) oppure in mancanza della loro adozione, quando

essa non è ritenuta doverosa per il carattere marginale degli effetti prevedibili (rischio accettabile). Il rischio è consentito perché il suo abbattimento potrebbe avvenire solamente rinunciando al fattore che lo genera, ossia astenendosi dall'agire non vietato o addirittura espressamente autorizzato per via della sua utilità sociale. Ogni altra sua modalità di gestione, diversa dall'adozione delle cautele disponibili, accrescerebbe l'attitudine lesiva della condotta e la trasformerebbe nel rischio illecito, ossia nel pericolo.

Quest'ultimo, infatti, indica la potenzialità offensiva della condotta quando la sua esecuzione è incontrollata, perché non assistita dalle cautele disponibili e doverose, o quando la mancata adozione di cautele dipende dalla voluta finalizzazione della condotta alla verifica di un evento offensivo.

Mentre il rischio è tollerato, il pericolo non lo è, indipendentemente dalla circostanza che la sua creazione sia di per sé punita o meno. Le fattispecie che sanzionano la creazione di situazioni di pericolo sono diverse per struttura e conseguenze: si va dalla figura generale del delitto tentato, quale archetipo di condotta pericolosa in concreto, alle fattispecie di pericolo astratto e finanche presunto, punite con sanzione penale o amministrativa. In particolare l'illiceità del pericolo è dimostrata, per un verso, dalla fattispecie oggettiva del delitto tentato, per l'altro, dall'ambito operativo della legittima difesa, che non vi è ragione di limitare alle aggressioni dolose. La condotta non assistita dalle cautele doverose diventa pericolosa, integrando un tentativo colposo, non penalmente rilevante, ma qualificabile come "pericolo attuale di un'offesa ingiusta" ai fini della legittima difesa. Nonostante che nelle trattazioni correnti l'aggressione colposa non venga annoverata tra le condotte in relazione alle quali può operare la legittima difesa, non vi sono ragioni di escluderla tra i presupposti dell'art. 52 c.p., come non manca di rilevare la dottrina più attenta.

La circostanza che, per una condivisibile scelta politico-criminale, il delitto colposo non sia punito nella forma del tentativo, non esclude affatto che la condotta pericolosa sia, a differenza di quella rischiosa, *contra ius*. Ne discende altresì che nell'agire lecito l'adozione delle cautele non è un onere, ma costituisce un obbligo, ancorché a volte normativamente imperfetto perché non sempre presidiato da sanzione per il caso della sua inosservanza. Le regole cautelari non costituiscono, dunque, una sorta di *soft law*. Integrando la fattispecie colposa, ne costituiscono piuttosto il nucleo precettivo, rappresentando l'*hard law* regolativo della colpa; e ciò indipendentemente dal posto che nella gerarchia delle fonti riveste la cornice normativa entro cui esse si inscrivono. Ciò spiega la necessità di estendere alle regole cautelari, quali norme integratrici del tipo colposo, tutti i corollari garantistici dell'art. 25, comma 2,

Cost. Se questi ultimi non operassero nei confronti delle disposizioni integratrici, ne discenderebbe che il sottobosco normativo, da cui più dipende in concreto il raggio di azione della penalità, sarebbe del tutto sottratto all'irradiazione della legalità.

Nei limiti in cui il singolo può acconsentire alla lesione di un bene giuridico di cui è titolare, a maggior ragione, e nella stessa misura, può disporre del pericolo della sua lesione. Questa simmetria manca nell'ambito del rischio, al quale si possono esporre beni ritenuti indisponibili, anche quando esso è molto elevato. La ragione di ciò risiede, ancora una volta, nella circostanza che il rischio è intrinsecamente lecito, per cui esporsi ad esso rientra tra i diritti di libertà. Si pensi agli sport estremi, a talune professioni pericolose ma anche a scelte sicuramente insindacabili come avere rapporti sessuali non protetti con persona affetta da virus HIV. Il consenso al rischio deve essere espresso, consapevole ed è sempre revocabile, salvo che tale ripensamento, facendo venir meno l'affidamento di terzi, incrementi altri fattori di pericolo (così, lo stuntman può rinunciare alla sua esibizione, salvo ad andare incontro a eventuali profili di responsabilità civile per inadempimento contrattuale; diversamente, il comandante di una nave in avaria non può abbandonarla prima di aver messo in salvo i passeggeri).

D'ora in avanti, e con i margini di convenzionalità delle definizioni, si ometterà di aggettivare il rischio quando è consentito e si chiamerà pericolo la potenzialità dell'offesa non tollerata dall'ordinamento. Solo il pericolo, non anche il rischio, può dare vita a una responsabilità penale. Il rischio, infatti, è la proiezione lesiva dell'agire conforme a cautela. Esso, pertanto, non aiuta a individuare la regola di comportamento; è quest'ultima che segna l'area del rischio lecito.

Al riguardo è opportuno spendere qualche altra parola. L'opposta impostazione, per il vero molto diffusa, si connota per una precisa matrice ideologica, che qui si contesta, perché addossa interamente al singolo cittadino, non solo la gestione concreta del rischio, ma la sua corretta perimetrazione in astratto, elevando l'agente, per il solo fatto di agire, a garante assoluto di se stesso; e deresponsabilizzando, per converso, sia l'ordinamento, che il corpo sociale quali principali produttori, seppure non monopolisti, di regole prudenziali. L'agente è, di regola, il fruitore dell'esperienza cautelare collettiva; non ne è il supervisore, né tantomeno il facitore.

Il dovere di diligenza, quale precipitato dell'*alterum non laedere*, non grava solo sul cittadino, ma anche sulle istituzioni, cui compete la disciplina delle attività socialmente utili o comunque lecite che, per le loro intrinseche caratteristiche, richiedono standard comportamentali peculiari o particolarmente elevati.

3. Agire cautelare e astensione dall'agire

Il rischio, per via della sua immanenza, non è solo l'altra faccia dell'agire, è l'ombra dell'esistenza stessa. Si può dire: finché c'è rischio, c'è esistenza. Per converso, l'espressione "rischio zero" è una *contradictio in adiecto*, un fuorviante miraggio e una formula retorica, ora con intenti di rassicurazione sociale, ora con funzione accusatoria. Anche attività di regola non pericolose – come per esempio dormire – possono comportare un qual certo rischio (si pensi all'apnea nel sonno); e diventano pericolose a seconda del contesto (si pensi all'esempio al medico ospedaliero che si assopisce durante il turno di notte venendo meno al suo dovere di tempestivo intervento a beneficio dei pazienti).

Come si diceva, ci sono rischi che, essendo già molto bassi, non meritano particolari trattamenti; e ve ne sono altri che, non risultando tali, richiedono di essere contenuti attraverso apposite contromisure. Il più comune di questi rimedi è rappresentato, per l'appunto, dall'adozione di regole cautelari, intese a ridurre ragionevolmente il rischio, contemperando il valore liberale dell'agire con le ragioni della sicurezza. La ricerca e il raggiungimento di questo delicato punto di equilibrio è l'obiettivo precipuo del dovere di diligenza al quale deve conformarsi ciascun consociato.

La contromisura più radicale ed efficace di contenimento del rischio consiste, invece, nell'astensione dallo svolgimento dell'attività potenzialmente dannosa. Si tratta, però, di una opzione all'evidenza socialmente costosa, specie quando l'attività cui si rinuncia è utile per la collettività. Ma anche quando l'agire soddisfa unicamente l'interesse individuale, la soluzione dell'astensione contrasta pur sempre con il primato fondamentale della libertà. Infatti, per un principio generale di matrice liberale, condivisibile e largamente condiviso, ciò che non è vietato è consentito. Da questa premessa ideologica – che funge da "norma generale di chiusura", perché disciplina quanto non espressamente regolato – discende che negli ordinamenti, come il nostro, fondati sul valore assoluto della libertà personale, i divieti hanno carattere eccezionale e derogatorio.

L'inazione, dunque, può essere una libera scelta del singolo, il quale, salvo che non sia gravato da una posizione di garanzia, si sottrae in tal modo alla gestione prudentiale del rischio e alle sue possibili conseguenze. Altre volte, invece, l'astensione è imposta dall'ordinamento attraverso l'espressa previsione di un divieto, il quale, interdiciendo l'insorgere o il persistere del pericolo, ha una funzione preventiva simile, negli effetti, a quella di una regola cautelare, ma ben più efficace.

Sia chiaro: dal punto di vista operativo, il divieto non si trasforma in regola cautelare. Sul piano della natura e dei contenuti precettivi, infatti, la norma cautelare ha carattere modale, ossia è una regola (di comportamento) permissiva, in quanto indica il modo in cui può essere svolta la condotta rischiosa. La cautela è l'opposto simmetrico del divieto, sebbene per entrambi valga il divieto di applicazione analogica. Per parte sua, il divieto con funzione cautelare non cessa di consistere in un'interdizione. In breve: altro è la *ratio* preventiva, che accomuna sia il divieto, sia la regola cautelare; altro il modo in cui viene contrastata la potenzialità di lesione.

4. Le cautele nell'agire lecito e nell'ambito dei divieti con funzione cautelare

Il governo giuridico del rischio si ispira al canone del *neminem ledere* quale principio generale dell'ordinamento, che opera come contrappunto operativo del principio, altrettanto generale, della libertà dell'agire. L'obbligo di adottare le migliori cautele disponibili è il precipitato comportamentale in cui sostanzia la regola del *neminem laedere*.

La colpa penale, in particolare, è una forma di responsabilità per il non voluto, causato dal malgoverno del rischio. Si tratta di una responsabilità che origina nell'ambito di un'attività ab origine lecita, perché la regola cautelare, in quanto norma permissiva, è logicamente incompatibile, dal punto di vista deontico, con lo svolgimento di attività che siano vietate in vista del medesimo scopo preventivo perseguito dalla cautela. In tal caso, il dovere di diligenza è assorbito dal dovere dell'inazione espresso dal divieto. L'ordinamento opta per la non sopportabilità del rischio, sottraendone la gestione al singolo cittadino. Il divieto prevale sul dovere di diligenza sia perché assicura un effetto preventivo maggiore (vale a dire l'abbattimento del rischio), sia perché l'osservanza del divieto è per il cittadino più agevole (ancorché, magari, più costosa sul piano del sacrificio dei diritti di libertà) dell'agire diligente: per conformarsi alla pretesa comportamentale espressa dal divieto, basta rinunciare all'azione vietata.

In breve: quando una condotta è vietata per la sua pericolosità, l'agente non è tenuto ad adottare le regole cautelari che perseguono lo stesso obiettivo preventivo; ne ha facoltà, però, nel suo stesso interesse, che è quello di non aggravare le conseguenze della propria condotta. Anche nell'agire illecito, dunque, possono adottarsi tecniche idonee al contenimento del rischio (relativo a beni diversi da quello tutelato) e del pericolo (per i beni giuridici tutelati). In quest'ultimo caso, tuttavia, l'adozione delle cautele non ha un'autonomia precettiva: è un onere dell'agente, posto che il suo

dovere è circoscritto all'astensione dall'attività pericolosa. Le contromisure adottabili dall'agente assumono una rilevanza esclusivamente empirica, non deontica.

Nei termini anzidetti, dunque, divieti e regole cautelari possono interferire vicendevolmente nello svolgimento della comune funzione preventiva.

5. Fattispecie di pericolo e tecniche normative

Sostando ancora sulla funzione cautelare del divieto, quest'ultima non può che emergere all'esito di una corretta interpretazione della norma interdittiva dell'attività. In linea di massima presentano l'anzidetta funzione cautelare i reati di pericolo astratto e le fattispecie a struttura preterintenzionale, che muovono da una valutazione politico-criminale di non tollerabilità del pericolo insito nella condotta vietata.

Quanto ai primi, si pensi al delitto di incendio (art. 423, comma 1, c.p.). La pretesa comportamentale dell'ordinamento è quella dell'astensione, per via dell'intrinseca pericolosità dell'incendio che superi un certo grado di diffusività, tale da renderne difficile il controllo. Ciò non esclude che la pericolosità dell'incendio possa essere contenuta, magari con minore efficacia, in altro modo: predisponendo, per esempio, dei potenti getti d'acqua idonei a contenere l'espansione del fuoco. L'adozione di queste misure però, se non assicura una assoluta controllabilità del pericolo, è irrilevante per il diritto penale, dal punto di vista sia precettivo, che preventivo. Può avere un riflesso sul piano della commisurazione. L'aspettativa fatta valere dal divieto, infatti, è che il cittadino non realizzi il fatto vietato, in quanto ritenuto, in base alle massime di esperienza fatte proprie dal legislatore, il comportamento preventivo più efficace e necessario rispetto a quel dato fattore di pericolo.

Con riguardo alle fattispecie preterintenzionali (tali sono, oltre all'ipotesi di cui all'art. 584 c.p., i reati qualificati dall'evento in cui l'evento aggravatore deve essere necessariamente non voluto, perché altrimenti integrerebbe un distinto reato doloso), si pensi ai maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. La struttura della fattispecie, che ricomprende gli eventi aggravatori delle lesioni personali e della morte in un'apposita cornice sanzionatoria, consente di ritenere che il divieto di maltrattamenti abbia una funzione preventiva, a base presuntiva, anche rispetto a detti eventi. Le eventuali precauzioni che assumerà l'agente, onde evitare che la propria condotta di maltrattamento evolva negli eventi più gravi non voluti, restano irrilevanti perché assorbiti nella *ratio* preventiva del divieto di maltrattare.

La condotta vietata non è considerata rischiosa, bensì pericolosa per i beni aggrediti involontariamente. In tali casi, infatti, l'evento non è attribuito in base alla violazione di una regola cautelare, ma sulla sola base della riconoscibilità della situazione di pericolo, quale presupposto del dovere di astensione di per sé autonomamente sanzionato in sede penale.

Diversamente deve dirsi per le ipotesi in cui l'evento aggravatore non costituisce una proiezione del rischio insito nella condotta vietata, come nel sequestro di persona estorsivo (art. 630 c.p.). Considerato che la fattispecie incriminatrice è posta a tutela della libertà personale e al più del patrimonio, ma non certo della vita, la morte non voluta dell'ostaggio può essere imputata al sequestratore solo se sono state violate regole cautelari idonee a ridurre il rischio di verificazione dell'evento (si pensi, per esempio, all'omessa somministrazione delle cure di cui necessita l'ostaggio cardiopatico).

Anche con riguardo alle fattispecie di pericolo concreto, la pretesa comportamentale risiede nell'astensione dall'attività pericolosa. L'adozione di regole cautelari, però, può escludere la prognosi di pericolosità, ossia la tipicità, e finanche il dolo. Si pensi a colui che, nel suo podere, abbatte una costruzione al fine di edificarne un'altra nella medesima area. Prescindendo dalla verosimile integrazione di violazioni urbanistiche, il fatto non costituirà il delitto di crollo di costruzioni se sarà adottata ogni cautela necessaria a tutelare l'altrui incolumità. L'efficace e incisiva riduzione del rischio sconfigge la prognosi di pericolosità in concreto che è richiesta dall'art. 434 c.p. In effetti è ben difficile che, a fronte delle contromisure prese, l'agente si sia rappresentato un reale pericolo per la pubblica incolumità.

Un'ultima precisazione merita la distinzione tra i divieti per così dire "tombali", che interdicono in radice la condotta pericolosa, assorbendo del tutto il dovere di diligenza, e quelli che precludono solamente una specifica modalità esecutiva della condotta, in quanto reputata pericolosa, funzionando l'enunciato normativo come regola modale rispetto alle rimanenti forme di esecuzione dell'attività, ritenute solamente rischiose se svolte nell'osservanza delle opportune cautele. Mentre, come si è rilevato, nel primo caso l'osservanza del divieto assorbe l'obbligo di adottare le cautele disponibili, nel secondo il divieto è null'altro che una tecnica normativa attraverso la quale viene imposta la regola cautelare. Talvolta, infatti, specialmente le regole cautelari positivizzate sono descritte sotto forma di divieto, la cui funzione, però, è consentire, in chiave permissiva, la corretta gestione del rischio.

Si pensi, nell'ambito della circolazione stradale, al divieto di transitare con il semaforo rosso. L'art. 41, comma 2, cod. strada non vieta l'attività della circolazione,

ma impone una cautela modale, solo temporaneamente interdittiva, ossia l'arresto della marcia del veicolo. In effetti, divieti di questo tipo sono assai frequenti, mentre sono alquanto più rari i divieti che impediscono in radice ed espressamente lo svolgimento dell'attività di genere, come nel caso, già considerato, dei maltrattamenti. E ancora: la contravvenzione del getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) punisce penalmente, tra l'altro, colui che lancia dal finestrino del treno rifiuti o altro tipo di oggetti. A ben vedere la fattispecie in questione munisce di sanzione, per il caso della sua violazione, la regola cautelare secondo la quale i rifiuti e gli oggetti in genere vanno smaltiti lasciandoli nei contenitori destinati alla loro raccolta. Il divieto di gettarli non preclude, ma disciplina, la loro dismissione da parte del possessore in modo coerente con un accettabile livello di rischio. Conseguentemente, chi ferisce taluno, lanciando dal finestrino una bottiglia di vetro, risponderà di lesioni personali colpose in concorso formale con la contravvenzione di getto pericoloso di cose.

6. Colpa generica e colpa specifica

Traendo spunto dalla formula definitoria dell'art. 43 c.p., comunemente si distingue tra colpa generica e colpa specifica, a seconda della fonte della regola cautelare.

È generica la colpa dovuta a negligenza, imprudenza e imperizia.

È specifica la colpa che è causata dalla violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline.

La distinzione tra colpa generica e specifica è meno solida e meno utile di quanto comunemente si ritenga. Essa, infatti, vorrebbe far luce sul livello di legalità della colpa, maggiore in presenza di regole positivizzate e determinate. Sennonché, non sempre le leggi e i regolamenti cautelari sono precisi. A ciò si aggiunga che gli ordini e le discipline non sono fonti del diritto. Con essi, infatti, si fa riferimento alle regole cautelari impartite dal soggetto garante a un singolo sottoposto (ordini) o a una classe di sottoposti (discipline). Né può dirsi che la distinzione tra colpa generica e colpa specifica serva a definire la latitudine dell'eterointegrazione del fatto tipico colposo e a decretare la compatibilità della colpa con il principio (ancora di rilevanza costituzionale, seppure in crisi) della riserva di legge. Questo fondamentale fenomeno non è esclusivo della colpa specifica, perché anche nella colpa generica abbiamo regole cautelari che sia l'agente, sia il giudice trovano e non creano. Si tratta degli usi cautelari di natura consuetudinaria. Rilievo, questo, che conferma l'eterointegrazione del tipo colposo anche nel caso della colpa generica.

Fino a un recente passato, in nome della *reductio ad unitatem*, si è cercato di ricondurre la colpa specifica alle caratteristiche identitarie della colpa generica. La preoccupazione principale era quella di contrastare proprio nella colpa specifica la logica del *versari in re illicita* e la tesi di quanti ritenevano che, a seguito della violazione di regole cautelari positivizzate, l'evento colposo andasse imputato oggettivamente, a prescindere da quel processo di concretizzazione svolto dai criteri della prevedibilità ed evitabilità.

Oggi, però, vi è consapevolezza che il problema dell'imputazione dell'evento non è il solo nodo gordiano della colpa. Ancora più gravido di implicazioni appare il profilo della indeterminatezza della colpa, che a sua volta si riflette, accentuandola, sulla complessità del momento imputativo (non fosse altro perché uno dei fondamentali criteri di imputazione, qual è il fine di tutela della norma cautelare, presuppone che il dovere di diligenza disatteso sia determinato anche sotto il profilo teleologico, al fine di precludere al giudicante la sua applicazione analogica). Per uscire dall'impasse, dunque, è la colpa generica che va ricostruita alla stregua della colpa specifica (quando fondata su obblighi cautelari positivizzati in modo preciso), tenendo conto che le regole cautelari esistono indipendentemente dal loro rilievo penalistico e dalla loro cogenza. Esse sono il frutto dell'esperienza individuale e collettiva. Ogni ambito di attività ha regole cautelari sue proprie; ma esistono anche cautele di portata generale, perché valide per più settori dell'agire rischioso.

Con ciò non si intende negare che la colpa generica si caratterizza per la violazione di regole cautelari sociali, maggiormente esposte all'inconveniente dell'indeterminatezza. Questa convinzione, però, è corretta solo in parte. La positivizzazione della regola, infatti, non assicura uno standard elevato di precisione. Basti pensare alla genericità delle norme del codice della strada che prescrivono di moderare la velocità, di procedere con prudenza ecc. La regola cautelare è precisa solo quando descrive i suoi presupposti di operatività e il suo specifico precipitato comportamentale.

Ebbene, l'indeterminatezza della colpa generica dipende anche e soprattutto dai criteri che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente utilizza per l'individuazione della condotta prudentiale doverosa. Il riferimento è alla declinazione della c.d. prevedibilità-evitabilità in base ora alla migliore scienza ed esperienza, ora alla figura dell'agente modello; criteri, questi, insoddisfacenti perché troppo pretenzioso, il primo, eccessivamente elastico, il secondo.

7. Il ruolo della “prevedibilità” quale presupposto operativo della regola cautelare

Nella storia teorica della colpa la prevedibilità ha svolto una duplice funzione, rilevando, da un lato, come criterio diagnostico della situazione di pericolo che concretizza il dovere cautelare, dall'altro, come base valutativa esperienziale e scientifica per la formazione della regola di comportamento doverosa, espressiva della c.d. evitabilità.

In origine questi due momenti erano di fatto simbiotici (come conferma l'espressione unitaria “prevedibilità-evitabilità”, ancora ricorrente), perché il modello colposo di riferimento era quello, come si è anticipato, della colpa generica, intesa come delega al cittadino dell'intera gestione del rischio, comprensiva del confezionamento della regola cautelare.

Un esempio aiuterà a comprendere. L'automobilista che viaggia in autostrada alla velocità di 100 km/h deve ridurre la sua andatura in presenza, tra l'altro, di banchi di nebbia. Questa situazione, nel rendere prevedibile il tamponamento di chi precede, suggerisce (rectius: impone) la riduzione della velocità. La prevedibilità, dunque, fa scattare il dovere di adottare la cautela idonea all'ottimale ridimensionamento del rischio. Ma di quanto deve ridursi la velocità? Torna in gioco la prevedibilità, questa volta come parametro di formazione della regola cautelare: la velocità corretta sarà quella che rende scarsamente verosimile il tamponamento ovvero ne riduce la magnitudo.

In breve: la regola cautelare, la cui violazione dà vita a negligenza, imprudenza e imperizia, deve essere confezionata dall'agente, azzeccando la combinazione ottimale delle varie sfaccettature del giudizio di prevedibilità (ossia probabilità e magnitudo dell'evento, tenuto conto altresì della riduzione di rischio connessa all'adozione della regola cautelare).

Senonché, questo approccio, alquanto cervelotico, alla colpa generica non è privo di inconvenienti. È nota da tempo, infatti, la duttilità del giudizio di prevedibilità, che non a caso trova il suo limite nel fortuito. Da qui l'adagio secondo cui, se non tutto, quasi tutto è prevedibile, specie se il parametro della prevedibilità è dato dalla capacità previsionale della migliore scienza ed esperienza e dallo standard di cautela cui si sarebbe adeguato l'agente modello ansioso. Tali parametri, sebbene ambiscano a contenere la variabilità soggettiva del giudizio di prevedibilità, finiscono per elevare il dovere di diligenza verso standard preventivi irrealistici, quando non lo sospingono, in mancanza di una prognosi ampiamente rassicurante, sulla riva rinunciataria dell'obbligo di astensione.

Per ovviare agli inconvenienti anzidetti, che si traducono in un'abnorme dilatazione della responsabilità colposa, si rende necessario un ripensamento del giudizio di prevedibilità, sia sotto il profilo della sua funzione, sia sotto quello della sua identità.

Con riguardo al primo, la prevedibilità gioca troppi ruoli. In particolare, la pretesa che l'agente forgi da sé la regola cautelare, sulla base della prevedibilità dell'evento, non tiene conto dell'importanza che assume nell'agire di tutti noi l'esperienza collettiva, che si traduce in modelli di comportamento prudenziale – quando non positivizzati – comunque codificati negli usi e pertanto imitabili. In considerazione di ciò, il ruolo imprescindibile della prevedibilità merita di essere circoscritto; esso deve limitarsi a operare come presupposto operativo della regola cautelare, ossia come condizione della sua doverosità. La separazione dei due momenti dell'*an* e del *quomodo* del dovere di diligenza porta con sé la loro diversa declinazione ideologica, con una migliore messa a fuoco della dialettica incrociata tra “oggettivo e soggettivo”, “individuale e sociale-ordinamentale”. Nel senso che la prevedibilità diventa un'enclave soggettiva nella tipicità oggettiva, espressiva della responsabilità esclusiva dell'agente, là dove la formazione della regola cautelare – che incarna l'evitabilità – è attività compartecipata, ponendo il cittadino nella posizione di fruitore di un sapere cautelare condiviso, sul quale è lecito e ragionevole fare affidamento.

Detto altrimenti: la prevedibilità è attività valutativa che delinea continue descrizioni di possibili eventi; l'evitabilità, passando per l'adozione della cautela doverosa, è regola di condotta preesistente e necessariamente modale.

SEZIONE II. LA COLPA NORMATIVA

8. Lo stato dell'arte

Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, è oramai acquisita la natura normativa della colpa penale, ossia l'irrilevanza, sotto il profilo identitario, delle eventuali componenti psicologiche effettive dell'illecito colposo e, per converso, la funzione caratterizzante dell'inosservanza delle regole cautelari, la cui rilevanza interessa la struttura del delitto colposo, prima ancora che a livello della colpevolezza, già sul piano della tipicità.

Capita talvolta ai dogmi del diritto penale quanto accade, talaltra, alle canzoni di successo, allorché, diventando familiari, subiscono vistose perdite di senso.

Se si passa l'inusuale paragone, anche la normatività della colpa è diventata un gettonato ritornello penalistico, una innovazione per lo più nominale.

8.1. - *La rivoluzione mancata*

Sviluppata in modo coerente, la normatività della colpa avrebbe dovuto significare ben altro: le potenzialità di questa acquisizione erano autenticamente sovversive della dogmatica preesistente. La sua storia, invece, è quella di una rivoluzione mancata. La novità, costituita dalla concezione della colpa come tipo, si è esaurita in un rimpasto sistematico: la costruzione separata di matrice quadripartita (delitto commissivo doloso, delitto omissivo doloso, delitto commissivo colposo, delitto omissivo colposo). Sono state opportunamente distanziate essenze tra loro eterogenee (dolo e colpa, azione ed omissione), senza però adeguare i contenuti delle categorie del reato alle rispettive funzioni garantistiche (che sono identiche nel delitto doloso e in quello colposo, trattandosi pur sempre di reati, ossia di fatti tipici, antigiuridici e colpevoli). Una sorta di gattopardismo dogmatico ha consentito di traslocare nel nuovo edificio del tipo colposo il vecchio arredo di cui sarebbe stato meglio disfarsi.

In breve: nell'elaborazione prevalente la colpa continua a incarnare la logica tipica della regola di giudizio (pensata per il giudice), che era coerente con la sua originaria concezione come forma di colpevolezza; per converso, è rimasta nell'ombra proprio la dimensione descrittiva del fatto colposo, ossia il funzionamento del dovere di diligenza come regola di condotta (rivolta al cittadino), la cui violazione integra una specifica e peculiare tecnica di tipizzazione.

Nella sistematica del reato di matrice belinghiana, tuttora seguita dalla criminalistica di lingua tedesca, italiana e spagnola, la categoria del fatto tipico condensa l'oggettivismo garantistico dei tre fondamentali principi di legalità, materialità e offensività. Nel perimetrare il raggio di azione della giurisdizione, l'accezione descrittiva del "fatto" offre inoltre il vantaggio di depoliticizzare la decisione del giudice, mettendola al riparo da una diretta valutazione da parte del corpo sociale.

In coerenza con questa impostazione, la colpa del fatto tipico dovrebbe preesistere alla colpa del fatto storico e guidarne l'accertamento. La predeterminabilità della pretesa comportamentale conforme a diligenza andrebbe sottratta al senno di poi, troppo facilmente sapienziale, e resa riconoscibile ex ante dal cittadino, che è chiamato a districarsi tra i rischi dell'agire, prima ancora che dal giudice, che non può

indossare i panni di inventore a tavolino di regole cautelari buone per affermazioni di responsabilità. Per il cittadino e il giudice la tipicità colposa è una strada a doppio senso di circolazione (il primo la percorre agendo, il secondo giudicando), ma con un identico tracciato.

8.2. - *Il rigorismo della giurisprudenza*

Le cose – si diceva – non stanno così. Il metro di misurazione della colpa scende dall'alto di una deontica ispirata dalla prevenzione generale e da intenti di palingenesi sociale, quando non dichiaratamente moralistici; non sale dal basso dell'esperienza disponibile. Un dover essere salvifico ad ogni costo prevale sulla concezione realistica ed empirico-sociologica dell'agire diligente. La colpa, come ogni parametro normativo, sta nella mente di chi giudica, non nella condotta dell'agente. Ma altro è la preesistenza del parametro che guida il giudizio, altro è l'assoluta libertà valutativa del giudicante.

La giurisprudenza cavalca l'onda lunga di una diffusa istanza di rigorismo, che ha smesso di essere solo dichiarativo di colpevolezze colpose; le condanne cominciano a superare la franchigia della sospensione condizionale della pena (si pensi alla materia della colpa stradale e antinfortunistica). Non c'è dubbio che spetti al diritto vivente affrontare una casistica a volte oggettivamente complessa; ma la tavola da surf, con cui taglia acque spesso agitate, è di fabbrica dottrinale. La teorizzazione della colpa è alquanto flou, ricalca la logica delle clausole generali di matrice civilistica, inadeguate alla materia penale e antitetice rispetto alla funzione garantistica della tipicità, quale *sedes materiae*, tra l'altro, del principio di determinatezza e del divieto di applicazione analogica delle regole cautelari.

Dominano incontrastate tre categorie osmotiche, alle quali si è già fatto cenno: la prevedibilità, come criterio sincretistico di riconoscibilità del rischio di verifica-zione dell'evento e, al contempo, come impasto della regola cautelare; il rischio consentito come autonoma valutazione di sopportabilità dell'agire di per sé lecito o autorizzato; l'agente modello come incarnazione dell'assoluto preventivo nell'adempimento del dovere di diligenza, capace di rendere normale (e pretendibile) l'impresa eccezionale. In realtà si tratta di tre sipari dietro i quali il decisore ha carta bianca: fatto e diritto si intrecciano, così anche tipicità e prova. Non c'è da meravigliarsi se non vi è quasi mai corrispondenza tra capi di imputazione e motivazioni. Sorprenderebbe il contrario. La regola è che l'imputazione colposa sia continuamente cangiante.

Del tutto prioritaria dovrebbe essere invece la ricerca di un reale bilanciamento tra le indubbe esigenze di tutela, cui è chiamata sempre più a contribuire la responsabilità per colpa nell'odierna società del rischio, e le altrettanto irrinunciabili istanze di garanzia, che ne legittimano la rilevanza penale.

9. L'*an* e il *quomodo* del dovere di diligenza

Volendo procedere in questa direzione, bisogna riprendere e sviluppare un rilievo che si è già espresso. Il punto di partenza di questo ripensamento sta nel collegamento funzionale tra due momenti i quali, contrariamente all'opinione dominante che li salda l'uno all'altro attraverso il collante ectoplasmatico e liberticida dell'agente modello, devono essere costantemente distinti concettualmente: da un lato, il riconoscimento della situazione di rischio, che impone l'adozione della regola cautelare, e dall'altro la violazione della cautela doverosa. Vale a dire il nesso tra l'*an* e il *quomodo* di quello che comunemente si indica con l'espressione "dovere di diligenza".

9.1. - *L'Anlaß*

Con riguardo al primo dei due momenti anzidetti, la dottrina tedesca parla di *Anlaß*, per indicare le circostanze che, in un dato quadro di vita reale, concretizzano l'obbligo di adottare la cautela doverosa. Il riconoscimento della situazione di rischio, al di là della sua dimensione sensoriale (strettamente connessa al nostro modo di percepire il mondo esterno), ha una ineliminabile componente congetturale, ossia valutativa, anche nei casi di *culpa in executivis*. L'*Anlaß* segna il momento iniziale della tipicità colposa, la cui individuazione può risultare agevole in presenza di regole cautelari positivizzate in modo esaustivo e determinato, ossia attraverso l'indicazione non soltanto del comportamento diligente richiesto, ma anche dei suoi presupposti di obbligatorietà. Si pensi all'art. 145, comma 2, del codice della strada, che impone all'automobilista di dare precedenza ai veicoli provenienti da destra o, in presenza di apposita segnalazione, da altra direzione. Oltre a indicare la regola cautelare (dare precedenza), la norma stabilisce, in modo presuntivo e implicito, la situazione di rischio e l'evento da evitare (la collisione). Ma si tratta di casi assai poco frequenti. Perlopiù i presupposti del dovere di diligenza non sono tipizzati e il loro riconoscimento in concreto viene rimesso all'agente.

A questo proposito si impone una precisazione: l'*Anlaß* si fonda su segnali di allarme, la cui rilevazione è influenzata dal patrimonio conoscitivo ed esperienziale del singolo agente. La loro corretta decifrazione dipende dalle capacità dell'agente. Viene a delinearci una prima e autentica dimensione individuale della colpa, cui si aggiunge la capacità soggettiva di conformarsi alla regola cautelare; diversamente, la modulazione della regola cautelare, appartenendo al piano della tipicità, non può che essere oggettiva. La dimensione individuale dell'*Anlaß* introduce, dunque, una componente soggettiva nella tipicità oggettiva, che tuttavia non è esclusiva della colpa. Anche nel delitto doloso di evento la tipicità oggettiva consiste nella finalizzazione della causalità in stretta connessione con l'interpretazione che l'agente dà del quadro di vita concreto nel quale interviene la sua condotta. La base ricognitiva è la medesima, con la particolarità che nella colpa la cornice di rischio non viene finalizzata alla causazione dell'evento, ma deve essere sfruttata nella direzione opposta del suo impedimento (ossia in modo che l'azione venga svolta senza pregiudizio per alcuno). Breve: l'accertamento dell'*Anlaß* non può prescindere dalle capacità individuali di lettura del mondo esterno. L'agente viene misurato con se stesso. Operazione, questa, per nulla sofisticata, se affidata a una anamnesi completa e accurata. Per esempio: l'automobilista che percorre abitualmente una via cittadina dove si trova una scuola elementare, sa che, specie in certe fasce orarie, sono presenti bambini che giocano in prossimità della carreggiata, indipendentemente dalla circostanza che la scuola sia segnalata o meno (perché la segnalazione non è stata effettuata o è stata divelta da una azione vandalica). È di questa conoscenza che bisogna tenere conto; se essa manca, il segnale di allarme o sussiste perché è oggettivamente rilevabile o non può essere inventato dal giudice incaricando per ciò la sua seconda voce, quella dell'agente modello, il cui standard di diligenza è fisiologicamente irraggiungibile (altrimenti non sarebbe un modello ideale) e fatalmente postumo.

Ne consegue la natura ricognitiva, non investigativa dell'*Anlaß*. L'agente non è tenuto a un'esplorazione di tutti i fattori che rendono astrattamente possibile l'offesa; non deve cercare, bensì solo registrare e interpretare correttamente i segnali di allarme nei quali si imbatte, i quali devono essere visti, non previsti; sono materia di rilevazione, non di preveggenza. A questa regola fanno eccezione i doveri cautelari che si innestano nel perimetro di posizioni di garanzia finalizzate all'approfondimento precipuo dei segnali di allarme per così dire muti o equivoci in quanto polivalenti. Si pensi al medico specialista che viene interpellato dal paziente in ragione di una sintomatologia incerta. Il medico è chiamato – a pena di inutilità del suo ruolo – proprio a scandagliare altri indicatori rilevanti per la salute del paziente, collegati a quelli manifesti.

Tutto parte, però, sempre da fattori di allerta per così dire di primo grado, magari equivoci, ma pur sempre presenti, in mancanza dei quali l'*Anlaß* si trasformerebbe, da congettura empiricamente fondata su evidenze, in una ricerca del rischio parossistica e ansiogena.

9.2. - *Segnali di allarme*

In questa prospettiva la prevedibilità è la proiezione congetturale dei segnali di allarme. Muove dal concreto per ritagliare verosimili valutazioni di rischio, circa l'accadibilità o meno di esiti avversi indesiderati, corrispondenti agli eventi tipizzati nelle fattispecie incriminatrici colpose. Sul piano ricognitivo, e considerato che, come si dice per significare l'intrinseca rischiosità dell'agire, "chi cammina inciampa" (o "cunancia fa muddichi", per attingere a uno dei significati di un equivalente proverbio siciliano), la prevedibilità dà rilievo a una pluralità di eventi, alcuni probabili, altri solo possibili o non impossibili, ordinandoli – lo si è già detto – a seconda del loro grado di accadibilità e della loro magnitudo.

Nella vasta e variegata casistica che giunge all'attenzione del giudice penale, sono meno problematici i casi di autentica *culpa in executivis*, espressione dell'agire maldestro. Lo stesso deve dirsi nei casi di eventi non voluti causati da una erronea percezione sensoriale.

Diverso discorso va fatto per la colpa, oggi maggiormente al centro dell'attenzione, per così dire congetturale. L'individuazione dell'ambito del rischio consentito non può essere prerogativa postuma del giudicante, ma deve dipendere da criteri stabiliti ex ante, che, seppure non positivizzati, afferiscono al piano della tipicità.

10. La regola cautelare: precisazioni

Passando adesso all'adozione della regola cautelate, si rendono necessarie alcune precisazioni finalizzate a mettere a fuoco il momento attuativo del dovere di diligenza.

10.1. - *La natura modale*

Come si è anticipato, le regole cautelari hanno natura modale e sono irriducibilmente liberali, ossia indicano il modo in cui va svolta la condotta pericolosa. Con-

seguentemente, nonostante il diverso avviso di parte della dottrina, non può annoverarsi tra le cautele doverose la regola dell'astensione, da ultimo rilanciata dalle letture della colpa ispirate al c.d. principio di precauzione, che la vorrebbe operante nei casi, intuitivamente problematici, in cui l'agente non è in grado di assicurare l'assoluta innocuità del suo agire.

Sul piano del diritto sostanziale, bisogna evitare, cioè, di trasformare surrettiziamente la cautela, da norma *agendi*, qual è, nel suo opposto logico e funzionale, ossia in un divieto.

Del resto, quest'ultima conclusione è frutto di una lettura eterodossa e finanche arbitraria del principio di precauzione, che, nella sua traduzione giuridica, non opera come regola di condotta per il cittadino, ma come indirizzo di politica securitaria di competenza delle istituzioni. Il precauzionismo può legittimare invece l'introduzione di reati di pericolo astratto e, in deroga al principio di offensività, può consentire finanche la previsione di reati di pericolo presunto, purché destinati a una vigenza temporanea, coerente con la logica della moratoria. Sul piano processuale, poi, la regola dell'astensione nasconde una evidente funzione di semplificazione probatoria, perché consente di bypassare la verifica di eventuali negligenze modali, per punire direttamente l'assunzione di rischio, di per sé insufficiente all'affermazione di responsabilità, in quanto lecita, socialmente utile o addirittura doverosa se connessa a una posizione di garanzia.

10.2. - *L'efficacia preventiva*

La seconda precisazione riguarda l'efficacia preventiva delle regole cautelari, le quali – va riconosciuto con disincantato realismo – raramente eliminano del tutto il rischio dell'azione; in molti casi esse si limitano a ridurlo sotto il profilo della probabilità e della magnitudo dei suoi effetti, rendendolo accettabile e in quanto tale consentito. Solo l'inazione garantisce sempre e comunque il rischio zero. Ancora una volta affiora la differenza tra la logica della cautela e quella del divieto, sebbene entrambe siano accomunate dalla finalità preventiva.

10.3. - *La preesistenza*

La terza precisazione concerne la preesistenza delle regole cautelari rispetto alla

condotta. L'agente, come si imbatte nei segnali di allarme, così trova la regola cautelare. Come si è anticipato, il cittadino e il giudice non sono facitori, bensì fruitori di cautele, al pari delle leggi causali. La sperimentazione cautelare, ossia la ricerca di nuove e più efficaci precauzioni, al pari di ogni attività sperimentale, rientra tra i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, nella specie quello della ricerca scientifica, ma non costituisce un dovere.

Il cittadino non è il garante della regola cautelare, non deve migliorarla sotto la minaccia di pena, ma adottarla, scegliendo la più efficace tra quelle disponibili.

Non manca chi opina diversamente. Soprattutto nei casi di regola positivizzata, la tesi qui avversata porta alla conseguenza paradossale che il cittadino sia tenuto a correggere l'inerzia del sistema aggiornando la cautela vetusta e colmando le lacune dell'ordinamento che, essendo venuto meno al suo compito precipuo, proprio in ragione della sua negligenza ritiene di avere titolo per punire, per difetto di diligenza, il cittadino che non vi ha posto rimedio.

Né, a tal fine, può farsi appello alla figura tanto abusata dell'agente modello, che certamente avrebbe fatto meglio, in quanto condensato ideale di virtù, ma in realtà comodo parametro per l'affermazione di responsabilità penali semplificate e semplificanti. L'agente modello è colpevolista per definizione. Le sue rarissime applicazioni innocentiste non ne smentiscono la vocazione liberticida, perché si tratta, a ben vedere, di pronunce nelle quali il parametro dell'agente modello ha una funzione *ad colorandum*, non fonda la decisione. Si tratta di casi in cui l'assoluzione discende da altre categorie dell'universo colposo, di talché la sua invocazione è addirittura arbitraria. Per quanto la si voglia camuffare, l'inclinazione dell'agente modello è accusatoria. Se si consente la provocazione, la sentenza di condanna basata sull'agente modello non dovrebbe essere motivata, essendo già chiaro che il giudice ha optato per l'opacità motivazionale già nel momento in cui si è affidato a un siffatto parametro di giudizio. Parafrasando il fraseggio di un famoso film di Sergio Leone: "quando un uomo imputato incontra l'agente modello, l'imputato è un uomo condannato".

10.4. - *Le fonti*

La quarta precisazione attiene alle fonti della regola cautelare e all'ipotesi, per nulla infrequente, del concorso apparente di regole prudenziali. Le cautele non appositamente positivizzate sono di fonte sociale, si sostanziano cioè in consuetudini o usi

preventivi, il cui ambito operativo è doppiamente residuale, in quanto destinato a operare in mancanza di regole positivizzate o in presenza di regole positivizzate generiche sotto il profilo contenutistico o *ictu oculi vetuste*. Nel caso di concorso apparente di regole cautelari, tutte ugualmente preesistenti e fruibili, l'agente è tenuto a scegliere quella più efficace, indipendentemente dalla gerarchia della fonte che la pone. Come noto, il principio della gerarchia delle fonti trova una correzione nel criterio della specificità della fonte, per cui la regola consuetudinaria speciale prevale su quella positivizzata generica. Il concorso apparente tra cautele presuppone poi la loro validità sostanziale, ossia preventiva, che manca nelle cautele superate. In materia vale il principio antihobbessiano "*veritas non auctoritas facit cautelam*".

Sia chiaro: altro è l'obbligo di preferire la regola più efficace disponibile derogando a quella vetusta, altro è l'obbligo di inventare una nuova cautela da utilizzare in luogo di quella non sufficientemente efficace. Una particolare ipotesi di regola cautelare è il protocollo, che si è affermato da tempo in molti campi (il noto ricettario di Pellegrino Artusi è un florilegio *ante litteram* di protocolli gastronomici), tra cui quello della medicina, in relazione al quale esistono protocolli sia diagnostici, che terapeutici, i quali si caratterizzano per un elevato grado di formalizzazione e, quanto al contenuto, per il carattere sequenziale-procedimentale. Il protocollo aspira a essere una cerniera tra il sapere più avanzato e la sua traduzione pratica in regole di condotta; la validità del suo precipitato comportamentale sta e cade con il valore del suo razionale scientifico ed esperienziale, che funge da retroterra giustificativo della procedura cautelare. Nel settore aeronautico, per esempio, le check list sono regole cautelari condivise a livello planetario. Nel mondo della medicina l'impiego massivo e variegato della logica protocollare ne ha compromesso in parte l'utilità. In questo settore non esiste il protocollo, ma la ressa dei protocolli: una realtà promiscua nella quale convivono l'opera degli scienziati e quella dei millantatori. Ciò rende difficile la scelta dell'agente, prima, e il compito del giudice, poi; quest'ultimo, però, può essere validamente indirizzato dalla prova scientifica, cui contribuiscono periti e consulenti tecnici, il cui apporto sarà fondamentale se argomentato e documentato; inutili e fuorvianti sono invece le esibizioni consulenziali e peritali degli affabulatori in cerca di ribalte processuali per tentare di accreditare in modo revanscistico un sapere isolato nella comunità scientifica di appartenenza.

Pur con tutte le riserve, il parametro offerto dal protocollo è sempre preferibile a quello dell'*homo eiusdem*. Il primo, in quanto regola cautelare autoprodotta da una

data comunità sociale o professionale, preesiste e funge da regola di condotta; il secondo è postumo, funziona da regola di giudizio ed è di fatto carente di razionalità contenitiva, essendo l'incarnazione della prevenzione generale.

Vale per il concorso apparente tra protocolli quanto si è già osservato in relazione al concorso di regole cautelari, del quale è una specie: l'agente deve scegliere il più accreditato ed efficace, lontano da convenienze, presunzioni e dogmatismi, verificando la sua pertinenza alla situazione concreta, pena la sua inutilità o addirittura la sua nocività. La violazione del protocollo rileva sul piano della tipicità, al pari di qualunque altra regola cautelare. Per converso, l'agente non ha il dovere di migliorare il protocollo, ma ha il diritto di farlo, agendo nel rispetto di metodologie scientifiche, per lo più anch'esse protocollari. Duole rilevare la vocazione illiberale della nostra giurisprudenza secondo la quale, già in linea di principio, mentre la violazione del protocollo ben può fondare la responsabilità penale, il suo rispetto non ha di per sé effetto liberatorio.

10.5. - *L'esecuzione*

La quinta precisazione attiene all'esecuzione della regola cautelare, quale risulta nella sua oggettività. Come, ai fini dell'interpretazione dei segnali di allarme, rilevano le capacità individuali dell'agente considerate nella loro massima espressione, così, anche in relazione all'esecuzione della cautela oggettiva, vanno considerate le caratteristiche del soggetto attivo in concreto. L'agente è tenuto a impiegare tutte le sue capacità: intellettive, sensoriali e manuali.

Tanto considerato, stante il principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*, le conoscenze e le capacità inferiori dell'agente concreto possono ridurre l'aspettativa comportamentale conforme a diligenza o giustificare l'inadempimento.

Il dibattito sulle capacità superiori dell'agente, che molto ha impegnato la dottrina, viene allora a ridimensionarsi, fino a diventare un falso problema, derivante dalla costruzione dell'intero edificio del delitto colposo sulla figura dell'agente modello.

Tale impostazione, infatti, si trova stretta tra due alternative: da un lato, ritagliare la pretesa di diligenza sul parametro del massimo esperto universale, con la conseguenza di rendere di fatto impossibile un dovere di diligenza superiore; dall'altro lato, attenersi a una misura media del dovere di diligenza, nel qual caso diventa problematico il rilievo da attribuire al mancato uso delle capacità superiori, come dimostrano le discordanze che si registrano sul punto (ossia se innalzino o meno la pretesa

di diligenza già a partire dal confezionamento della regola cautelare). Questo spiega il carattere velleitario dei tentativi di fuga nella misura soggettiva della colpa, in realtà ancora e inevitabilmente oggettiva.

Una volta chiarito, invece, che la tipicità colposa si fonda su regole modali che preesistono all'azione e alle quali l'agente deve conformare la propria condotta, ciò che possono rilevare in fase esecutiva sono solamente le capacità insufficienti rispetto alla pretesa di diligenza, non quelle eccedenti, in quanto solo le prime possono esimere da responsabilità.

11. Il trattamento differenziato. Notazioni politico-criminali de iure condito e de iure condendo

I contesti umani e sociali nei quali rilevano i rischi sono suscettibili, in ragione delle loro particolarità, di giudizi di valore opportunamente diversificati. Ne consegue che il trattamento differenziato della colpa può dipendere, oltre che dal disvalore di evento, anche dal disvalore di azione, ossia dal tipo di cautela violata, dalle motivazioni sottese alla condotta, dalle particolari difficoltà e incertezze che accompagnano l'agire. Le regole cautelari, che il penalista è abituato a vedere appiattite nell'ottica formalistica della loro violazione, si distinguono per una diversa intensità di antisocialità.

11.1. - La colpa antinfortunistica e stradale

Si pensi alle violazioni antinfortunistiche quando sono espressione di una politica aziendale volta al risparmio di spesa, ossia intese a perseguire il maggior profitto imprenditoriale, al costo tuttavia di una esposizione a pericolo di beni fondamentali della persona del lavoratore. In tal caso la maggiore gravità del reato colposo, come noto recepita dalla normativa vigente, è del tutto giustificata, stante la spiccata antisocialità che è sottesa alla negligente svalutazione della sicurezza sul lavoro. La dimensione antiprecettiva della negligenza, ancorché involontaria, può lasciare trasparire perfino una latente e inaccettabile filigrana ideologica.

Lo stesso deve dirsi di talune ipotesi di colpa stradale. Senza con ciò avallare l'estremo e indifferenziato rigorismo dei nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., altro è la mera disattenzione in cui può incorrere l'automobilista stanco dopo una giornata par-

ticolarmente pesante di lavoro, altro è l'automobilista che, rompendo il patto fondamentale che sottoscrivono tacitamente tutti gli utenti della strada, si metta alla guida in condizioni di inidoneità, ossia dopo avere assunto sostanze alcoliche o stupefacenti che compromettono in modo significativo la sicurezza dei terzi.

11.2. - *La colpa medica: l'art. 2236 c.c., il decreto Balduzzi e la legge Gelli-Bianco*

E ancora. Si pensi al disposto dell'art. 2236 c.c.: una saggia disposizione, un tempo valorizzata dalla giurisprudenza in materia di colpa medica, che l'ha successivamente marginalizzata, salvo occasionali e nostalgici ripensamenti. La limitazione della responsabilità alla colpa grave, in presenza di problemi particolarmente complessi da risolvere, non costituisce un ingiustificato privilegio. A suo tempo lo ha confermato, del resto, la Corte costituzionale (sentenza n. 166 del 1973). Si tratta di una differenziazione del trattamento del tutto ragionevole, la cui svalutazione interpretativa porta al paradosso di allargare, in dispregio del principio di sussidiarietà, la responsabilità penale oltre il perimetro di quella civile.

Come noto, questa norma venne delimitata, *in primis* dalla Consulta nella pronuncia ricordata, alla sola imperizia.

Senonché il concetto di imperizia è tutt'altro che definito. Anzi è opinione condivisa e condivisibile che le espressioni negligenza, imprudenza e imperizia, usate dal nostro codice penale, siano convenzionalmente sinonimi.

D'altro canto, sostenere che l'imperizia è la negligenza professionale non risolve il problema definitorio, che viene spostato sul concetto di colpa professionale. Senza contare la sostanza del discorso: perché mai la colpa professionale dovrebbe godere di un trattamento privilegiato?

Per questa ragione la nozione di imperizia va ripensata e limitata ai casi in cui il dovere di diligenza, inscrivendosi entro il perimetro di una posizione di garanzia, esclude la facoltà dell'astensione: il soggetto gravato dal debito di diligenza deve essere pronto ad operare efficacemente a tutela del bene giuridico, non quando sceglie di agire, ma quando le circostanze gli impongono di intervenire in modo salvifico. In queste situazioni e in presenza di problemi tecnici particolarmente complessi, la limitazione di responsabilità alla colpa grave appare adeguata alla contestualità e all'indubbia gravosità del doppio dovere di azione e diligenza.

Questa pareva, in fondo, l'idea di fondo del c.d. decreto Balduzzi, sempre che, come pure probabile, il recupero dell'art. 2236 c.c. non fosse frutto di un transfert ermeneutico, favorito dalla pacifica opacità del testo normativo.

Ad ogni modo, altro è la limitazione della responsabilità professionale del medico alla sola colpa grave, altro è la rilevanza dei protocolli (o linee-guida, che dir si voglia) come criterio integratore della tipicità colposa, il cui impiego non c'è ragione di limitare alla sola imperizia, trattandosi di regole cautelari al pari di altre. È quello che chiarisce oggi la legge Gelli-Bianco, la quale richiama il valore tipizzante dei protocolli, senza più fare riferimento alla colpa grave, e lasciando alla giurisprudenza la possibilità di riabilitare il tuttora vigente disposto dell'art. 2236 c.c.

11.3. - *La protezione dai rischi e i rischi della Protezione*

Questi rilievi portano a esplorare la possibilità e la stessa utilità, *de lege ferenda*, di uno statuto differenziato della colpa penale per gli operatori della Protezione civile, anch'essi divenuti potenziali clienti della nostra giustizia penale.

Prima di entrare in argomento è opportuno tornare al valore della condotta rischiosa, che, presente anche nel mero esercizio di diritti di libertà (si pensi all'aeronautica sportiva), è certamente maggiore nelle attività socialmente utili. In relazione a queste ultime, infatti, si può ulteriormente distinguere a seconda che i fattori di rischio da fronteggiare siano solamente endogeni, ossia creati dall'azione socialmente utile, come nel caso della collocazione di tralicci per il passaggio dell'energia elettrica ad alta tensione, o (anche) esogeni, ossia indipendenti (perché opera di terzi o della natura) e tali da richiedere un agire diligente con funzione sia preventiva, che soccorritrice.

La distinzione ha una sua rilevanza, già sul piano dell'*Anlaß*, perché, per un principio di proporzione, i rischi endogeni della condotta soccorritrice non devono superare quelli esogeni che essa è chiamata a contrastare. In questi casi il dovere di diligenza del garante si concretizza solo se, in base a una valutazione *ex ante*, è prevedibile una riduzione complessiva del rischio. Si pensi alla evacuazione della popolazione in occasione di inondazioni. Essa, sia chiaro, può rendersi indispensabile, ma di per sé non è priva di rischi; per questa ragione, non va ordinata sempre e comunque, potendo anzi costituire, al di fuori dei casi di effettiva necessità, una negligenza.

Tanto considerato, con riferimento agli operatori della Protezione civile, si potrebbe pensare alla positivizzazione, *de lege ferenda*, di criteri speciali di imputazione

della *culpa in omittendo* analoghi a quelli previsti oggi per i sanitari, stante la similitudine delle rispettive posizioni d'obbligo. Ma sia consentito un certo scetticismo sulla tenuta di siffatte soluzioni, posto che, da un lato, l'elaborazione dei criteri di imputazione è compito della cultura giuridica, dall'altro, la base normativa per una ragionevole contrazione della responsabilità c'è già, ed è costituita dall'art. 2236 c.c. Di fronte all'incertezza del nuovo, appare un traguardo ragguardevole, e forse ambizioso, la riscoperta e la piena valorizzazione dell'esistente normativo.

SEZIONE III. IL CONCORSO COLPOSO

12. La fattispecie colposa plurisoggettiva eventuale

Nel bene come nel male, l'unione fa la forza, consentendo o agevolando attività di impossibile o più difficile realizzazione ad opera di un singolo agente, ovvero ancora rafforzando le motivazioni individuali rispetto alla realizzazione di un determinato programma.

Il fenomeno concorsuale non è un'esclusiva della criminalità dolosa. La pluralità degli agenti accresce l'attitudine lesiva delle loro condotte, a prescindere dall'elemento soggettivo che le connota (si pensi al volo acrobatico: più sono gli aerei e i piloti, più aumentano le probabilità di incidenti e la loro magnitudo). Al contempo, però, la plurisoggettività incrementa l'evitabilità dell'offesa non voluta: quando le competenze cui si può attingere sono plurime, cresce il livello di diligenza complessiva disponibile e l'aspettativa che non si verifichino eventi indesiderati (si pensi al paziente soccorso, anziché da un singolo medico, da un'équipe di medici). In breve: mentre, con riguardo alla realizzazione dei fatti dolosi, la sinergia degli agenti e delle rispettive condotte ne aumenta l'attitudine offensiva, nell'ambito del non voluto la pluralità degli agenti presenta un profilo speculare potenzialmente virtuoso, nel senso che la loro ottimale organizzazione svolge, già di per sé, un'efficacia preventiva degli eventi indesiderati.

Come il concorso di persone, disciplinato dagli art. 110 e seg. c.p., è una forma di manifestazione del reato "generale", che opera in relazione a tutti gli illeciti penali, così la cooperazione colposa, di cui parla l'art. 113 c.p., è una forma di manifestazione del reato "speciale", che concerne i soli delitti colposi. L'art. 113 c.p. non costituisce un inutile doppione dell'art. 110 c.p., posto che soddisfa, con riguardo alla fattispecie delittuosa concorsuale, il principio dell'espressa previsione della responsabilità colposa, stabilito dall'art. 42, comma 2, c.p.

Stante la struttura causalmente orientata dell'art. 113 c.p., nei delitti colposi di evento l'istituto della fattispecie concorsuale svolge una funzione non già incriminatrice, bensì di disciplina per lo più sfavorevole al reo (si pensi all'effetto estensivo della querela) e segnatamente sanzionatoria, affidata a circostanze aggravanti, che prevedono, a seconda dei casi, anche aumenti in misura indipendente. Le circostanze attenuanti (art. 114 c.p.) sono invece facoltative.

13. Le ipotesi di concorso problematiche nella cornice dell'art. 110 c.p.

Come conferma il suo tenore letterale ("Quando più persone concorrono nel medesimo reato..."), l'art. 110 c.p. si presta a comprendere tutte le forme di concorso di persone diverse da quella colposa nella fattispecie delittuosa colposa, contemplata in via esclusiva dall'art. 113 c.p.

Acquisito che nell'ambito dell'art. 110 c.p. rientra pacificamente il concorso doloso nel delitto doloso, controversa risulta la rilevanza penale di altre forme di concorso, cui si farà adesso un rapido cenno.

13.1. - *Il concorso doloso nel delitto colposo*

La figura della compartecipazione dolosa nel delitto colposo, sebbene sia largamente contestata in dottrina, è ammessa in giurisprudenza. In linea di principio non ha torto il c.d. diritto vivente, non frapponendosi alla tesi della configurabilità alcun ostacolo testuale, né obiezioni di natura logico-sistematica. Del resto, il postulato di partenza della soluzione negazionista, ossia la ritenuta unitarietà del titolo di responsabilità dei concorrenti, non è pacifico nemmeno in dottrina, e comunque non trova riscontro nel diritto positivo. A favore dell'ammissibilità di questa figura di concorso depone, invece, un'esigenza di efficacia operativa: negando il concorso doloso nel delitto colposo, si consentirebbe all'agente accusato di aver cooperato colposamente all'altrui condotta colposa, di liberarsi da ogni addebito confessando di avere agito con dolo.

Il concorso doloso nel delitto colposo va ammesso, dunque, quando il concorrente strumentalizza dolosamente l'altrui agire colposo, realizzando una condotta di partecipazione che, se non fosse accompagnata dal dolo, costituirebbe comunque una negligenza idonea a integrare una cooperazione colposa. Si faccia il caso del farmacista

ospedaliero che consegna all'infermiere medicinali scaduti, confidando che questi li somministri ai pazienti senza prima controllarne la data di scadenza.

13.2. - *Il concorso doloso nel delitto preterintenzionale e nei delitti qualificati dall'evento*

Se l'art. 110 c.p. non frapponne di per sé elementi ostativi al concorso doloso nel delitto con struttura preterintenzionale, lo stesso non può dirsi con riguardo all'art. 42, comma 2, c.p., che per la repressione delle fattispecie preterintenzionali e colpose richiede l'espressa previsione legislativa. Sennonché, a differenza della cooperazione colposa, che è appositamente prevista dall'art. 113 c.p., in relazione al concorso nel delitto preterintenzionale manca una norma simmetrica. Il sistema, stante il suo ancoraggio al principio di legalità, ammette, dunque, soltanto e in via di eccezione specifiche fattispecie preterintenzionali di parte speciale (qual è l'omicidio di cui all'art. 584 c.p.), non anche la loro realizzazione nella forma plurisoggettiva eventuale.

La giurisprudenza opina diversamente, trascurando, tra l'altro, che nel delitto preterintenzionale vi è uno stretto nesso di pericolo tra il reato doloso di base (percosse e lesioni) e l'evento aggravatore non voluto. Come si diceva, nell'ambito della preterintenzione il legislatore attribuisce al divieto penale una funzione cautelare. Per questa ragione non vi è spazio per una autentica imputazione a titolo di colpa del fatto tipico, fondata cioè sulla violazione di una regola cautelare modale (che indica il *quomodo*); può esservi solo un giudizio di colpa fondato su prevedibilità e prevedibilità in concreto. Vero ciò, quand'anche si volesse ammettere il concorso di persone nel delitto preterintenzionale, esso andrebbe delimitato ai casi in cui il concorrente realizzi *manu propria* la condotta pericolosa di base. La colpa in concreto, infatti, non ammette valutazioni delegate. Detto altrimenti: non vi sarebbe comunque spazio per un concorso agevolativo o morale che si concretizzi in una condotta frazionata antecedente alla soglia di pericolo ritenuta intollerabile dal legislatore (per esempio, costituirà concorso nelle percosse o nelle lesioni personali e non nell'omicidio preterintenzionale la condotta di chi esorti a percuotere la vittima, senza compiere atti diretti al pestaggio, o addirittura senza essere presente).

Per quanto riguarda i delitti qualificati dall'evento a struttura preterintenzionale, di cui si è detto, essi non sono fattispecie preterintenzionali in senso formale, per cui a rigore non varrebbe l'argomento testuale della mancata previsione legislativa. Stante, però, la loro affinità strutturale con il delitto preterintenzionale, non c'è ragione per non

estendere ad essi la funzione garantistica del principio di legalità, posto che detto principio presenta una diversa rigidità a seconda che la soluzione non prevista operi *in malam partem*, ossia in violazione del principio di libertà, o *in bonam partem*, ossia facendo prevalere la sostanza regolativa su una qualificazione legislativa di fatto priva di funzione garantistica. In ogni caso, quand'anche non si condividesse questa concezione della legalità a geometria variabile, in relazione ai delitti qualificati dall'evento con struttura preterintenzionale non possono non valere le rimanenti considerazioni svolte a proposito dell'omicidio preterintenzionale, ossia che, per essere punibile, il concorrente debba quantomeno eseguire personalmente la condotta pericolosa di base.

Diverso discorso va fatto con riguardo al concorso doloso nei delitti qualificati dall'evento a struttura non preterintenzionale, come nel caso del sequestro di persona a scopo di estorsione, a cui si è fatto pure riferimento. Il concorrente a qualsiasi titolo nell'altrui privazione della libertà, ai sensi dell'art. 630 c.p., risponderà della morte non voluta dell'ostaggio, ai sensi del terzo comma, solo se ne ha contribuito a realizzare, altresì, la condotta concausale della morte in violazione delle cautele idonee a scongiurare la verifica.

13.3. - *Il concorso nelle contravvenzioni*

L'art. 42, comma 2, c.p. richiede l'espressa previsione della colpa e della preterintenzione solo in relazione ai delitti, non anche con riguardo alle contravvenzioni, il cui criterio di imputazione, caratterizzato dall'intercambiabilità tra dolo e colpa, è fissato dall'art. 42, comma 4, c.p. in termini generali.

Il concorso nelle contravvenzioni non è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 113 e 43, ultimo comma, c.p., là dove estende la distinzione tra reato doloso e reato colposo alle contravvenzioni, posto che l'art. 113 c.p. regola esclusivamente il concorso nel delitto colposo. Il percorso argomentativo da seguire pare, invece, un altro, ossia fare leva sull'art. 110 c.p., che parla del reato come categoria di genere, comprensiva delle contravvenzioni. In questa cornice normativa si può distinguere il concorso nelle contravvenzioni omogeneo – doloso o colposo – e quello eterogeneo, che si ha quando la condotta colposa concorre con quella dolosa o viceversa.

Ciò detto, va tenuto presente che le contravvenzioni sono illeciti formali. Conseguentemente, solo quando hanno natura commissiva, esse sono suscettibili di esecuzione frazionata ad opera di più agenti, ciascuno dei quali risponderà a titolo di con-

corso (si pensi alla fattispecie di cui all'art. 703 c.p., in materia di accensioni ed esplosioni pericolose). Lo stesso non si può dire delle contravvenzioni omissive, in relazione alle quali ciascun concorrente risponderà della sua omissione (si pensi all'omessa custodia di animali, ex art. 672 c.p.). Con altre parole: l'art. 110 c.p. svolge una funzione incriminatrice nel primo caso, non anche nel secondo.

Stanti le particolarità dell'elemento soggettivo del reato contravvenzionale, per la responsabilità del concorrente è sufficiente la prevedibilità ed evitabilità del fatto tipico anche in considerazione dell'apporto pericoloso di ciascun concorrente.

14. Le ipotesi di concorso estranee all'art. 110 c.p. In particolare: il concorso colposo nel delitto doloso

Esorbitano dalla portata dell'art. 110 c.p. sia il concorso colposo nel delitto doloso, sia il concorso colposo nel delitto colposo, che saranno esaminati separatamente.

Con riguardo al concorso colposo nel delitto doloso, ancora una volta va registrato il diverso approdo di dottrina e giurisprudenza. Infatti, mentre la prima lo nega, la seconda lo ammette pacificamente.

Le ragioni ostative fatte valere in dottrina sono essenzialmente due.

Da un lato, si fa leva sulla mancata previsione del fenomeno. L'art. 110 c.p. – si osserva – si riferisce al concorso doloso e al concorso colposo limitatamente al reato contravvenzionale; quanto all'art. 113 c.p., esso contempla il solo concorso nel delitto colposo. Dall'altro lato, si aggiunge un rilievo sistematico: il codice penale prevede già nella parte speciale reati di agevolazione colposa, quali ipotesi eccezionali, ossia previste in numero chiuso, di concorso colposo nell'altrui delitto doloso (si pensi alla fattispecie di evasione per colpa del custode, di cui all'art. 387 c.p.). Una clausola generale intesa a punire altre ipotesi di agevolazione colposa priverebbe di senso la previsione delle singole fattispecie di parte speciale.

Senonché, a ben vedere, questo argomento non è insuperabile. Anzitutto, sul piano politico-criminale le singole fattispecie di agevolazione possono giustificarsi in ragione della loro funzione di disciplina, consistente nel prevedere una risposta punitiva diversa da quella che ne discenderebbe sulla base della fattispecie plurisoggettiva eventuale. In secondo luogo, lo sbarramento legalistico, cui si è fatto cenno, non può invocarsi in relazione alle fattispecie causalmente orientate, le quali, come si è detto, sono in grado di rendere tipico ogni contributo causale, senza ricorrere all'art. 110 c.p.

Il problema sta allora nel legare la condotta di agevolazione colposa a quella dolosa agevolata. Quando la condotta di agevolazione è commissiva, questa operazione richiede l'intervento del legislatore, che vi provvede con apposite fattispecie di parte speciale. Il sistema è invece già predisposto per assegnare rilevanza all'agevolazione colposa che si iscrive nella cornice di una posizione di garanzia.

In effetti, non vi è ragione di esentare da pena il soggetto gravato da un'apposita posizione di garanzia, quando, in violazione dell'obbligo di impedire l'evento, consente colposamente l'altrui offesa dolosa. Viene qui in rilievo una articolata costellazione di casi, rilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., i quali vanno distinti a seconda che la posizione di garanzia abbia ad oggetto:

- a) un dato bene giuridico, con il conseguente obbligo di proteggerlo da tutte le fonti di pericolo (si faccia il caso della turista alla ricerca di forti emozioni, che, disattendendo l'invito alla prudenza rivoltole dalla guida turistica, percorre nottetempo con la figlia minore le vie di Iztapalapa, quartiere di Città del Messico considerato tra i meno sicuri al mondo, esponendo così, oltre che se stessa, anche la figlia a possibili aggressioni);
- b) il controllo di una determinata fonte di pericolo, in relazione alle conseguenze dannose che ne possono discendere per tutti i beni giuridici ad essa esposti (si pensi al custode di armi da fuoco che, lasciandole abbandonate in un deposito, ne agevola il furto da parte di terroristi che le usano per commettere omicidi);
- c) l'attività penalmente illecita di terzi (si ipotizzi il comportamento dell'infermiere di una struttura psichiatrica, che non sorveglia il paziente aggressivo).

In tali casi, per la configurabilità del concorso colposo nell'altrui delitto doloso occorre che:

- a) l'evento dolosamente realizzato dal terzo sia previsto come elemento costitutivo di un reato colposo, ragion per cui rimarrà esente da pena la madre che, per trascuratezza e disinteresse nei confronti della figlia minore, non si accorge degli abusi sessuali che la giovane subisce dal patrigno;
- b) la posizione di garanzia sia stabilita da una fonte a ciò abilitata e abbia ad oggetto il bene giuridico dolosamente offeso dal terzo. Si pensi al problematico caso del pubblico ministero che non dispone la custodia cautelare in carcere di uno stalker, segnalato dalla polizia giudiziaria come pericoloso. Ove quest'ultimo uccida la sua vittima, il pubblico ministero potrebbe essere ritenuto responsabile a titolo di con-

corso colposo solo previa dimostrazione che l'ufficio della Procura della Repubblica sia gravato da una posizione di garanzia a favore della collettività (tesi, questa, che sembra sprovvista di un'espressa base normativa);

- c) sia stata violata una regola cautelare, positivizzata o di comune esperienza, nel cui spettro rientrava la gestione del fattore di pericolo, ragion per cui, tornando al caso del pubblico ministero sopra esemplificato, se ne potrà affermare la responsabilità solo desumendo dall'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p. la funzione (anche) cautelare sostanziale della custodia in carcere.

Ora, questa impostazione sembrerebbe incapace di disciplinare in modo ottimale i casi in cui, dal punto di vista naturalistico, la condotta del cooperante assuma connotazioni commissive (ovviamente diverse da quelle descritte nelle fattispecie di agevolazione colposa di parte speciale). Si pensi all'attività che svolge, negli aeroporti, nei palazzi di giustizia e in altri luoghi molto frequentati, il personale addetto ai controlli, effettuati attraverso, anche, ma non solo, il metal detector. Si pensi ancora, per rimanere alla giurisprudenza recente, al rilascio o al rinnovo, da parte dell'ufficio competente, del porto d'armi, precluso per legge nei confronti dei soggetti pericolosi. Quale ultimo esempio, si consideri il caso del direttore del carcere che dispone la collocazione di un detenuto nella stessa cella in cui sono ospitati membri di una associazione criminale rivale.

Senonché, nelle ipotesi esemplificate la condotta è a ben vedere omissiva. Infatti, ciò che rileva non è la dimensione naturalistica dell'agire, ma l'aspettativa di comportamento disattesa: la condotta è attiva, quando l'agente trasgredisce il dovere di astensione espresso dal divieto; è omissiva quando, gravando sull'agente l'obbligo di agire, non impedisce l'evento. Non deve fuorviare, invece, tanto il momento omissivo della colpa, ossia l'aspettativa di diligenza, del tutto compatibile con la realizzazione commissiva del fatto di reato, quanto la componente eventualmente commissiva dell'omissione, ossia l'*aliud agere*. Detto altrimenti: in presenza di una posizione di garanzia la verifica dell'evento (se impedibile e rimproverabile al garante) dà vita a una responsabilità omissiva, a meno che l'evento non sia causato attivamente dal garante stesso (come nel caso del medico che, avendo in cura il paziente, lo avveleni nel sonno). La posizione di garanzia, infatti, rileva in relazione ai processi causali esterni al garante (in quanto opera di terzi o della natura), che questi deve impedire; perde di significato nei confronti delle aggressioni del garante stesso, sul quale grava l'obbligo di astensione tipico del reato commissivo, non quello di impedimento, peculiare dell'omissione impropria.

15. La cooperazione colposa

Passando adesso al concorso colposo nel delitto colposo, si è già avuto modo di rilevare che l'art. 113 c.p., oltre a dirimere ogni eventuale dubbio concernente la rilevanza penalistica del fenomeno, soddisfa l'istanza garantistica dell'espressa previsione di legge, affermata dall'art. 42, comma 2, c.p.

La cooperazione nel delitto colposo (per usare il *nomen iuris* presente nella rubrica dell'art. 113 c.p.) è sempre più frequente sul piano empirico, perché sono in costante crescita le attività rischiose svolte, con vicendevoli intersezioni cautelari, da una pluralità di soggetti. Ciò spiega come mai molte regole cautelari presentino un carattere relazionale, includendo nel loro oggetto modalità esecutive che tengano conto dell'attività concorrente altrui.

Basti pensare alla circolazione stradale, all'attività medica e al settore della sicurezza sul lavoro: un fascio di doveri di diligenza si intrecciano facendo capo, cumulativamente o alternativamente, a più soggetti, chiamati a collaborare talvolta contestualmente (c.d. cooperazione sincronica, come nel caso dell'operazione chirurgia svolta in équipe), talaltra in momenti diversi (c.d. cooperazione diacronica, come nel caso del paziente che, dopo aver subito un intervento chirurgico, viene trasferito nel reparto di terapia intensiva per una prima fase di degenza); talvolta sulla base di una posizione d'obbligo esclusiva (si pensi a colui che commercia armi da fuoco), talaltra condivisa (è quanto accade con il c.d. debito di sicurezza nei confronti dei lavoratori, che non grava solo sul datore di lavoro, secondo il modello dell'art. 2087 c.c., ma è ripartito, oggi, dal d. lgs. 81/2008, tra una molteplicità di altre figure di garanti, quali il dirigente, il preposto, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, il medico competente e lo stesso lavoratore).

Tra i requisiti della cooperazione colposa il più controverso attiene al collegamento delle condotte colpose concorrenti.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, la cooperazione colposa si caratterizzerebbe, infatti, per una componente psicologica unificante, di natura intellettuale, ravvisata nella consapevolezza dell'altrui agire pericoloso, in assenza della quale ricorrerebbe il concorso di cause colpose indipendenti di cui all'art. 41, comma 2, c.p., la cui disciplina è complessivamente più favorevole non trovando applicazione le circostanze proprie della cooperazione.

La ragione che sta alla base di questa impostazione sembra consistere in una concessione alle vecchie concezioni psicologiche della colpa.

Si potrebbe, però, ritenere che il momento rappresentativo abbia una sua rilevanza funzionale. Come nella colpa cosciente la previsione dell'evento favorirebbe l'*Anlaß*, un analogo schema di ragionamento potrebbe prospettarsi per la cooperazione colposa: la consapevolezza dell'agire pericoloso di più agenti dovrebbe agevolare, cioè, il riconoscimento della situazione che concretizza il dovere di diligenza, spiegando in tal modo la maggiore gravità della cooperazione colposa, come la previsione dell'evento giustificerebbe l'aggravante della colpa cosciente. Così ricostruito, il fenomeno concorsuale troverebbe il suo perno nella più agevole evitabilità dell'evento, ossia sul piano della colpevolezza.

Senonché, questa chiave di lettura sarebbe eccentrica rispetto alla struttura generale del fenomeno concorsuale, che attiene innanzitutto al piano della illiceità oggettiva, come conferma indirettamente l'art. 113, comma 2, c.p., che, qualificando come aggravante la determinazione di altri a cooperare nel delitto colposo, fa rilevare la maggiore colpevolezza del determinatore nella cornice di una diversa forma di manifestazione, qual è la fattispecie circostanziale. Detto altrimenti: quando il legislatore ha inteso rimarcare la più grave colpevolezza della cooperazione colposa per via di una componente psicologica effettiva, lo ha previsto espressamente. La qual cosa porta a escludere che il requisito della consapevolezza dell'altrui cooperazione assuma una rilevanza strutturale.

I rilievi che precedono aprono la strada a una diversa ricostruzione del discrimine tra cooperazione e concorso di cause colpose indipendenti, maggiormente aderente alla natura normativa della colpa e alla rilevanza unitaria del concorso colposo. Come si è detto, sul versante colposo, la peculiarità dell'agire plurisoggettivo non sta solo nell'incremento del rischio complessivo prodotto dalle condotte dei cooperanti, fenomeno, questo, comune al concorso di cause colpose indipendenti, ma nell'incipite e accresciuta attitudine dell'agire coordinato a impedire l'evento dannoso. Ciò considerato, allora, la peculiarità della cooperazione va cercata al livello della illiceità oggettiva, ossia in ragione del tipo di rischio e delle regole cautelari in grado di contenerlo efficacemente.

Assumono rilevanza due fondamentali requisiti che caratterizzano il fenomeno disciplinato dall'art. 113 c.p.

Il primo consiste nella unicità e nella medesimezza del rischio, che i cooperanti sono chiamati a contrastare. Per aversi cooperazione, occorre, cioè, che il rischio creato dalla condotta degli agenti sia lo stesso non solo per natura (ossia in ragione del

tipo di evento indesiderato), ma anche per origine (dovendosi riconnettere alla violazione di regole cautelari relazionali, collegate tra loro in quanto parte di un medesimo procedimento o programma preventivo).

Così, per fare degli esempi, costituirà concorso di cause colpose indipendenti il fatto dell'automobilista che tampona il motociclista, la cui ferita viene aggravata da una negligenza non grave del medico del pronto soccorso. Qui i programmi preventivi – l'uno attinente alla disciplina della circolazione stradale, l'altro alla gestione della salute del paziente – sono distinti e tra la violazione cautelare dell'automobilista e quella del medico non vi è alcun nesso teleologico accomunante. Non potrà parlarsi di cooperazione colposa nemmeno nell'ipotesi in cui, al momento del tamponamento, l'automobilista fosse a conoscenza che il medico di turno quel giorno era particolarmente affaticato e stanco. Per converso, costituiranno cooperazione colposa le negligenze del datore di lavoro e degli altri soggetti tenuti al debito di sicurezza, causative dell'infortunio del lavoratore, in quanto espressione di un difetto di gestione del rischio condiviso in vista del suo migliore contenimento. Lo stesso vale per l'attività medica svolta in modo sincronico o diacronico da più medici, indipendentemente dalla circostanza che ciascuno di essi abbia violato la stessa regola cautelare o *leges artis* diverse. E ancora: ricorrerà la cooperazione colposa nel caso della violazione di regole cautelari relazionali che abbiano ad oggetto l'agire altrui, come il difetto controllo e la mancata correzione, da parte dell'istruttore pilota, dell'errore di manovra dell'allievo pilota che, in fase di rullaggio, provoca il contatto con un altro velivolo.

Il secondo requisito attiene all'incidenza causale di ciascuna delle negligenze concorrenti, che per essere rilevanti devono aumentare il rischio di verificazione dell'evento tipico, a sua volta rientrante nello spettro preventivo della regola cautelare disattesa.