

# LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893 DA GENNARO ESCOBEDO

GIÀ DIRETTA DAL

**Prof. Avv. GIUSEPPE SABATINI**

## COMITATO SCIENTIFICO

**FERRANDO MANTOVANI**

Ordinario di diritto penale

**GIOVANNI CONSO**

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

**CORRADO CARNEVALE**

Presidente di sezione della Corte di Cassazione

**PAOLO DELL'ANNO**

Ordinario di diritto amministrativo

**ORESTE DOMINIONI**

Ordinario di procedura penale

**ANGELO GIARDA**

Ordinario di procedura penale

**FAUSTO GIUNTA**

Ordinario di diritto penale

**CARLO FEDERICO GROSSO**

Ordinario di diritto penale

**GIORGIO SANTACROCE**

Presidente della Corte di Appello di Roma

**VINCENZO SCORDAMAGLIA**

Ordinario di diritto penale

**GIUSEPPE RICCIO**

Ordinario di procedura penale

**GIORGIO SPANGHER**

Ordinario di procedura penale

**NATALE MARIO DI LUCA**

Ordinario di medicina legale

**FRANCESCO BRUNO**

Ordinario di pedagogia sociale

**PIETRO NOCITA**

Direttore Responsabile

**REDAZIONE:** DIANA CAMINITI, Magistrato; LUIGI CIAMPOLI, Magistrato; ANTONELLA DE BENE-  
DICTIS, Avvocato; ALESSANDRO DIDDI, Ricercatore procedura penale Univ. di  
Roma "Tor Vergata"; FILIPPO DINACCI, Professore associato procedura penale Univ.  
di Bergamo; FABIANA FALATO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Fede-  
rico II"; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; VANIA MAFFEO, Ricercatore proce-  
dura penale Univ. di Napoli "Federico II"; MARCO MARIA MONACO, Dottore di  
Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; NITTO FRANCESCO  
PALMA, Magistrato; CATERINA PAONESSA, Dottore di Ricerca diritto penale Univ.  
di Firenze; FEDERICA PUGLIESE, Avvocato; Dott.ssa FRANCESCA ROSSO, PIER  
GERARDO SANTORO, Avvocato; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO,  
Magistrato; ROBERTO STAFFA, Magistrato; Dott.ssa TIZIANA TREVISSON LUPAC-  
CHINI, Università "Tor Vergata" di Roma.

**On line: [www.lagiustiziapenale.org](http://www.lagiustiziapenale.org) - webmaster e digital edition (ebook):**

**Spolia - [info@spolia.it](mailto:info@spolia.it)**

**Sede della Rivista: 00195 ROMA - Viale Angelico, 38**

**E-mail: [giustpen@gmail.com](mailto:giustpen@gmail.com)**

**Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74**

## DOTTRINA

### Il reato colposo nel sistema delle fonti (\*)

1. *Il problema delle fonti della regola cautelare.* - Il titolo della relazione che mi è stata assegnata - “*Il reato colposo nel sistema delle fonti*” - può suonare alquanto *vintage* e in parte anche provocatorio.

L’idea di sistema, infatti, poco si adatta all’odierno mondo del diritto, attraversato da una diffusa e crescente entropia culturale, che scoraggia ogni tentativo di inquadramento generale.

Quanto al concetto di fonte di produzione, quale immagine tratlizia della scaturigine del diritto, la sua progressiva perdita di interesse non dipende tanto dalla crisi della legge quale fonte privilegiata e dall’accentuarsi, per converso, del pluralismo delle fonti, quanto e soprattutto dalla crisi teorica del giuspositivismo e dalle concessioni di una parte della cultura giuridica alla crescente creatività giudiziale anche nel campo penale. La stessa giurisprudenza, che l’insegnamento tradizionale non annoverava tra le fonti, è oggi definita metafonte, ma non è certo una fonte a metà, anzi aspira a diventare la principale fonte. La qual cosa, benché in contrasto con l’assetto costituzionale, sarebbe il male minore, se per giurisprudenza si intendesse un processo interpretativo condiviso dal complesso della giurisdizione e validato dalla funzione critica della dottrina. L’esistenza della precomprensione – una maniera elegante per alludere all’influenza che hanno gli assetti valoriali individuali nel processo di elaborazione del diritto e in particolare nella formazione del convincimento giudiziale – è uscita dal circuito dei luoghi comuni avvocateschi. La dignità che essa riscuote tra una parte dei teorici del diritto aiuta a spiegare, se non anche a giustificare, la soggettività e il relativismo delle soluzioni. Del resto, non è nuovo il brocardo *tot capita, tot sententiae*, oggi rivitalizzato dal sistema c.d. multilivello, che, consentendo al giudice la scelta della fonte da applicare, fa della *Rechtfindung* l’occasione per un allentamento del vincolo di soggezione alla legge: il paravento di scelte sempre più libere e variabili, con buona pace della certezza quale “*specificità etica del diritto*” (F. Lopez de Oñate).

Il quadro si fa ancora più vacuo se il capitolo polveroso, relativo al sistema delle fonti, lo si volesse aggiornare con una postilla sulle fonti dei reati colposi. La fonte dei reati colposi - si potrebbe replicare - è la legge che, ponendo l’enunciato normativo di parte speciale, eleva a reato il fatto negligente (di recente, per esempio, F. Bellomo). Per esemplificare, l’art. 589 c.p. per quanto riguarda l’omicidio colposo.

Se poi la domanda riguardasse la fonte della colpa come categoria ascrittiva, allora il discorso si imbatterebbe nell’obiezione che, a differenza del fatto tipico quale oggetto dell’imputazione, i criteri di imputazione (sia quelli oggettivi, che quelli soggettivi) sono appannaggio dell’interprete, e come tali nulla hanno a che fare con il sistema delle fonti. La colpa come imputazione è valutazione giudiziale, non preventivabile, perché molteplici e cangianti sono le situazioni concrete. La disciplina dell’imputazione è affidata notoriamente a principi scarsamente tipizzati perché non interamente tipizzabili.

La questione cambia, però, se, muovendo dalla funzione di ga-

ranzia che ha la fattispecie incriminatrice, si ripropone la domanda chiedendosi quali sono le fonti della regola cautelare come componente integratrice, non della colpevolezza colposa, ma della tipicità colposa. Formulata in questi termini, la questione diventa seria, perché equivale a interrogarsi sull’identità del concetto di regola cautelare e sulla legittimazione a porla; la qual cosa richiama a sua volta il principio di legalità e ancor prima il principio della soggezione del giudice alla legge.

Il tema assume, allora, una portata più generale che attiene al processo (per il vero incompiuto) di strutturazione del reato colposo come illecito dotato di una sua peculiare tipicità e di una sua altrettanto peculiare colpevolezza; e a quello opposto di destrutturazione, adesso in atto e del quale si dirà in chiusura. In breve: la centralità che assume la violazione della regola cautelare nella teoria del reato colposo è tale che parlarne (anche solo dall’angolo visuale delle sue fonti) equivale a ripercorrere la storia della normativizzazione della responsabilità colposa nello specchio della struttura del reato.

2. *Normativizzazione e sistematica del reato colposo.* - Non si tenterà in queste poche pagine un compito così impegnativo. Schematizzando (e impoverendo il discorso), è risaputo che la storia della colpa si può dividere in due fasi: la prima è la storia, notissima, della colpa come forma di colpevolezza; la seconda è la storia, altrettanto nota, della colpa come forma innanzitutto di tipicità. I risultati sono stati nei due casi al di sotto delle aspettative. Non è azzardato dire che la prima è la storia di una colpevolezza mancata; la seconda di una tipicità accettata più nella sua dimensione sistematica, che nella sua autentica funzione liberalgarantistica di argine fondamentale all’autoritarismo punitivo. Com’è stato ricordato anche di recente (C. E. Paliero), il diritto penale, infatti, è innanzitutto autorità. Sotto questo profilo, la colpa assume importanza non solo perché, come si dice giustamente, le sue evoluzioni hanno determinato storicamente le principali rivisitazioni dell’intera teoria del reato, ma anche perché essa si presta a diventare la metafora - o peggio, la felice incarnazione - di un certo modo di intendere il diritto penale odierno. Il riferimento è alla tendenza sia teorica, che giurisprudenziale, a far prevalere il soggettivo sull’oggettivo, la rimproverabilità sulla tipicità, la regola di giudizio sulla regola di condotta, la logica *ex post* propria del giudice sull’esigenza del cittadino di conoscere preventivamente l’ambito del rischio consentito. Il tutto all’insegna di un’anticipazione funzionale di criteri valutativi come la colpevolezza e la commisurazione, che richiedono la previa operatività di filtri di natura impersonale, senza i quali la funzione di individualizzazione della responsabilità ben può degenerare nel soggettivismo giudiziale.

Ma esaminiamo più da vicino le ragioni per le quali la colpa normativa ha bisogno di una tipicità “forte”. Può essere utile partire da un’efficace e plastica affermazione: con il processo di normativizzazione la colpa è uscita dalla testa dell’agente per entrare in quella del giudicante; si è trasformata da stato psicologico effettivo in violazione di un’aspettativa ordinamentale. Ebbene, porre alla base della responsabilità colposa la tipicità (con tutte le conseguenze che ne discendono sul piano della irretroattività, della determinatezza e, per l’appunto, delle fonti) equivale a oggettivizzare in partenza il parametro di giudizio. Questo, naturalmente, non significa sottrarlo a una successiva individualizzazione, ma come prima cosa fare uscire la colpa dell’agente dalla testa del giudice, fondarla sulla violazione di una regola di condotta, sottraendola al senno di poi, alla logica della postcomprensione, per cui si ricerca la colpa muovendo dalla storia dell’accadimento ed elevando a regola di diligenza la realizzazione della condizione impeditiva dell’evento. La colpevolezza - sia consentito ricordarlo ai più giovani - è regola di giudizio, mentre la tipicità è regola di condotta. Con-

(\*) È il testo della relazione svolta al Convegno organizzato dall’Associazione Bricola dal titolo: *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico* (Ravenna, 23 e 24 marzo 2012).

seguentemente: altro è edificare una colpevolezza chiamata a delimitare una responsabilità che ha superato il filtro della tipicità, ossia la verifica che il divieto oggettivo è stato infranto; altro è una colpevolezza sostitutiva del giudizio di tipicità, la qual cosa significa che il divieto viene non solo imputato, ma anche ricostruito *ex post*. Per questa strada la colpa, in assenza di un'autentica tipicità, rischia di tornare nella testa del giudicante, che è l'anticamera del solipsismo giudiziale. Un'eventualità, questa, tutt'altro che remota, specie se si considera che, come anticipato, la responsabilità colposa sta attraversando un processo preoccupante di flessibilizzazione, funzionale ad assecondare, senza lenirla, l'apprensione precognitiva dell'odierna società dell'anticipazione (E. Sadin).

3. *La legittimazione della colpa e la metafora dell'agente modello*. - Da sempre la dottrina ha avvertito come particolarmente acuta l'esigenza di legittimare la responsabilità colposa. L'originaria costruzione della colpa come forma di colpevolezza concentrava questa ricerca di legittimazione sul versante della personalità dell'illecito. Se si escludono le tesi radicali che negavano la compatibilità della colpa normativa con il principio di colpevolezza, proponendo la depenalizzazione di questo titolo di responsabilità, l'obiettivo prioritario della dottrina che si è occupata del tema a partire dagli anni sessanta del secolo scorso era sottrarre la colpa al cono d'ombra del *versari in re illicita*, contrastando le interpretazioni finalizzate a degradare l'evento al ruolo di condizione obiettiva di punibilità. La categoria sulla quale si interveniva a tal fine era quella dei correttivi della causalità: il riferimento è alle teorie causali ispirate all'idea dell'adeguatezza e, successivamente, all'*objektive Zurechnung*. I parametri utilizzati in questa prospettiva erano e sono la prevedibilità in concreto, l'aumento del rischio, il comportamento alternativo lecito, il fine di tutela della norma cautelare. Essi sono preziosi strumenti di contenimento della colpa, i quali però presuppongono la previa individuazione della regola cautelare violata. Sennonché, il processo di positivizzazione delle regole cautelari è un fenomeno relativamente recente. Ciò spiega, storicamente, il predominio teorico della colpa generica sulla colpa specifica, la tendenza a utilizzare i criteri di imputazione come criteri di riconoscimento della regola cautelare doverosa anche nel campo della colpa per inosservanza di legge. In ogni caso, con questo strumentario concettuale, la delimitazione dell'illecito colposo avveniva *ex post*, attraverso valutazioni giudiziali ispirate a contenere una tipicità fondata essenzialmente sull'apporto causale, ossia esposta alla logica del regresso all'infinito. Lo stesso criterio delimitativo del rischio consentito era originariamente attratto nell'antigiuridicità, ossia nella categoria del reato che incarna il bilanciamento degli interessi affidato al giudice.

Ma qual era il criterio che fondava in positivo la responsabilità colposa? Sorvolando sulle variabili linguistiche, esso consisteva nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento secondo le poliedriche capacità dell'immarcescibile agente modello.

Nella storia e nel presente della colpa l'agente modello è tutto o quasi, nel senso che esso consentirebbe congiuntamente: a) di fondare la riconoscibilità della situazione pericolosa, che concretizza e rende operativo il dovere di diligenza; b) di individuale la modalità dell'intervento diligente. Sennonché, l'agente modello può soddisfare, al più, solo la prima funzione della normatività della colpa, non anche la seconda. Nel primo caso, infatti, la categoria dell'agente modello funziona da massima di esperienza che semplifica l'onere probatorio dell'accusa, lasciando alla difesa la prova degli elementi di fatto liberatori. Nel secondo caso, invece, l'agente modello si rivela incapace di fondare la tipicità della colpa, perché non consente di fare emergere la dimensione modale della cautela doverosa quale regola di condotta, la cui prova grava sull'accusa e non può essere oggetto di presunzioni

esperienziali.

Secondo la dottrina maggioritaria, invece, l'agente modello darebbe il meglio di sé proprio in quest'ultima prospettiva. Una siffatta conclusione non meraviglia certo, se si considera che l'agente modello è un tipo capace di tutto (in senso buono, s'intende). Le sue ascendenze civilistiche sono incontestabili. Com'è noto, nell'elaborazione civilistica il dovere di diligenza costituisce una clausola generale, un'apertura alla più ampia libertà valutativa del giudice: in apparenza una *quaestio iuris*; in realtà una *quaestio facti*. Il punto di contatto tra il modello del buon padre di famiglia e il nostro agente modello è altrettanto evidente. Al pari dell'antenato civilistico, anche il succedaneo penalistico può oscillare dalla figura dell'uomo medio - quale incarnazione del "così fan tutti" - all'uomo massimamente avveduto e coscienzioso. Com'è stato sintetizzato, il buon padre di famiglia "è il miglior tipo di uomo umanamente augurabile, accorto in tutto equilibratamente, senza eccessi di scrupolo e senza difetti di cura; non è una diminuzione rispetto a un 'optimus pater familia', ma l'equilibrio senza superlativo, così come - se mi si passa il raffronto - l'idea del 'buon Dio' non esprime un grado di inferiorità rispetto a un 'Dio ottimo'" (D. Barbero). In verità è proprio il raffronto che più interessa, perché, come dimostrano le applicazioni pratiche, esso è tutt'altro che arduo.

È soprattutto nella recente letteratura penalistica che si sono sottolineati gli inconvenienti applicativi connessi all'impiego, come parametro di giudizio dell'uomo concreto, della metafora impareggiabile dell'esperto universale. In effetti non c'è un antidoto al *vulnus* che l'agente modello arreca all'istanza di un'equilibrata modulazione della responsabilità per colpa. L'elasticità di questa figura ha consentito di declinarla in senso per lo più colpevolista, senza avvedersi di come il parametro di giudizio fosse laconico *ex ante* e fin troppo logorroico *a posteriori*, al pari dell'allenatore del lunedì. L'agente modello, debordando dal piano sostanziale a quello processuale, funziona anche da massima di esperienza e da formula retorica, dimostrando spiccate attitudini alla semplificazione dell'aspetto probatorio e motivazionale della sentenza. Si faccia caso: l'agente modello compare pressoché esclusivamente nelle motivazioni colpevoliste, non appartiene agli stilemi delle sentenze di proscioglimento. Ciò, com'è ovvio, non è un problema di *usus scribendi*, ma di *ratio decidendi*: quale giudice assolverebbe dicendo che l'agente modello non avrebbe saputo fare di meglio? Al meglio non c'è fine. La prudenza non è mai troppa (A. Massaro). Con il metro dell'agente modello il dovere di diligenza evolve nel dovere di eccellenza. Ce lo hanno insegnato in musica Morandi, Ruggeri, Tozzi, vincendo il Festival di San Remo del 1987 e cantando: "Si può dare di più perché è dentro di noi, si può osare di più senza essere eroi, come fare non so, non lo sai neanche tu, ma di certo si può... dare di più". In breve: l'agente modello è una figura spettrale, una maschera sul volto del giudice (P. Piras). Non delimita perché non ha voce: la sua voce è quella del giudice ventriloquo. Si tratta di un criterio che facilita il corto circuito tra la precomprensione valoriale del giudice e la postcomprensione fattuale dell'accadimento concreto. Non c'è modo di incarnare la figura dell'agente modello, di fare uomo questa idealità; essa resta astratta, in conoscibile *ex ante*, non consultabile. La sua dimensione deontica ha una superba e irrinunciabile funzione pedagogica. Ma è bene che essa resti fuori del diritto penale, perché il diritto penale ha una funzione conservativa: non è uno strumento di pedagogia sociale e non deve aspirare a diventare "maestro ed educatore del popolo" (così, invece, F. Antolisei). L'agente modello è portatore di valori, non insegna specifiche condotte preventive; è una figura morale, priva di un profilo modale.

L'intrinseca deformabilità del parametro dell'agente modello spiega lo scarso successo degli sforzi che pure sono stati compiuti per la sua razionalizzazione e soprattutto per ricondurlo a uno standard di determinatezza accettabile (in argomento G. Duttge). Que-

sti tentativi, oltre a essere molto complessi, quando non addirittura complicatori, si preoccupano principalmente di orientare l'attività valutativa del giudice. Distillando al più regole di giudizio, però, questi approcci si rivelano poco idonei alla definizione del dovere di diligenza come regola di condotta, riconoscibile *ex ante*.

Non solo: la dimensione morale dell'agente modello porta alla costante lievitazione del dovere di diligenza verso standard comportamentali di eccellenza, come tali non previamente determinabili. Un interessante e recente punto di emersione, utile anche perché assai meno paludato di certi sviluppi giurisprudenziali, è la teoria dell'agente superiore formulata nell'ambito di un rinomato corso di preparazione al concorso per uditore giudiziario ([www.corsomagistratura.it](http://www.corsomagistratura.it)). L'agente superiore, di asserite ascendenze nietzschiane, è il signore della materia, non solo il superuomo, ma l'oltreuomo. L'agente superiore - si ribadisce anche in un recente trattato dello stesso Autore - è "*distante dal supereroe romanzesco, avvicinandosi piuttosto al 'supereroe' della letteratura fumettistica e cinematografica più recente. Costui, infatti, è definibile come un personaggio eroico con una missione disinteressata ed a favore della società, che possiede superpoteri, tecnologia molto avanzata e doti fisiche e/o mentali molto sviluppate*". Alla figura dell'agente superiore particolare (che manifesta la sua superiorità in un solo settore) si affianca l'agente superiore generale, che ha caratteristiche di eccellenza universali. Sono agenti superiori - si conclude - tutti i personaggi insigni delle scienze, delle arti e della tecnica (F. Bellomo).

Un'ulteriore conferma delle virtualità colpevoliste dell'agente modello sta nel fatto di non dialogare con il suo opposto simmetrico: la vittima negligente. Non si tiene adeguatamente in conto, cioè, la dimensione della relazionalità della colpa (F. Cafaggi), per cui dove c'è un dovere di diligenza c'è un affidamento dei terzi, sui quali possono gravare doveri di diligenza speculari e complementari. Ebbene, nella ricostruzione della responsabilità colposa poco o nulla finisce per rilevare l'autoesposizione al pericolo della vittima, anche quando essa, essendo espressione di libera scelta (si parla al riguardo di "rischio elettivo"), non è collegata ai fattori di pericolo la cui gestione compete al garante. Il rigore della giurisprudenza sul punto è oltremodo noto. Si pensi all'autoesposizione della vittima ai rischi che si possono verificare in occasione del lavoro, pur senza essere connessi all'attività lavorativa. È il caso, per esempio, del lavoratore che assume stupefacenti prima di iniziare l'attività lavorativa rischiosa o che prova a recuperare il cappellino strappato da una folata di vento. Ebbene, quando queste forme di autoesposizione al pericolo si concretizzano nell'evento dannoso, la giurisprudenza ravvisa ugualmente la responsabilità del datore di lavoro. Evidentemente, l'agente modello ha un parente stretto, che agisce sinergicamente nell'ombra: il paternalismo giudiziario (D. Micheletti).

4. *La tipicità colposa.* - La categoria della tipicità colposa nasce storicamente per un'esigenza di natura sistematica. L'affermarsi della concezione finalistica dell'azione suggeriva la trattazione del dolo come componente del fatto tipico. Per simmetria, anche la colpa, o meglio la violazione del dovere di diligenza, veniva trattata in sede di tipicità. Senonché la tipicità della colpa era così diversa da quella del dolo da mettere in crisi l'unità del sistema. La tipicità colposa infatti non era completata dal carattere veggente della volontà. La colpa è priva di finalismo. Così i reati colposi - si insegnava (H. Welzel) - sono tipi "aperti" che devono essere completati da valutazioni giudiziali in concreto. Siamo ancora lontani dal tema odierno: le fonti della colpa, o meglio della regola cautelare, come problema giuridico. Agli albori dell'impostazione quadripartita la negligenza è ancora mero fatto. Nondimeno, la teoria dei tipi aperti, insieme alla teoria degli elementi normativi, sono chiari segnali del tramonto di una tipicità che fa

leva su una descrizione puramente naturalistica del fatto di reato. È del tutto illusorio, infatti, pensare di definire la colpa con questo tipo di tecnica normativa.

Ma il destino dei tipi aperti e quello degli elementi normativi si incrociano. Cosa c'è di diverso nei due casi? Con riguardo a entrambe le tecniche di tipizzazione si avverte l'esigenza della compiutezza del tipo: una chiusura affidata a parametri non descrittivi, ma non per questo discrezionali: a parametri soprattutto preesistenti e dunque normativi, quanto più possibile in linea con la teoria delle fonti e con la loro idoneità legittimante. La tipicità della colpa non è solo un modo per portare la colpa fuori della testa del giudice; è il punto di partenza per giungere a una legalità della colpa. L'assimilazione della colpa agli elementi normativi estende alla tipicità colposa la logica che presiede al fenomeno dell'eterointegrazione, ossia al rapporto tra la fonte legislativa e le fonti integratrici: tra la cornice laconica posta dalla legge penale e il mondo - preesistente e vitale - delle regole cautelari, dovute all'elaborazione spontanea del corpo sociale o a una produzione giuridica settoriale.

Questa prospettiva teorica - e siamo arrivati a un presente in via di evoluzione o di involuzione, a seconda dei punti di vista - non è indiscussa.

Vi è chi la contesta in radice: l'obiezione specifica, secondo cui la negligenza è un giudizio di fatto, non va isolata da un contesto culturale più generale, insofferente nei confronti di una tipicità "forte", se non addirittura nei confronti della tipicità *tout court*. È chiaro che se si vuole che sia direttamente il giudice a bilanciare gli interessi in gioco, è il concetto di fattispecie che si contesta, posto che nel diritto penale la fattispecie ha la pretesa di condensare in astratto il bilanciamento degli interessi, impedendo al giudice di modificare e *a fortiori* di rovesciare l'esito del bilanciamento ordinamentale. Chi muove da una concezione "debole" della fattispecie, come flebile traccia linguistica non vincolante, è chiaro che contesta l'idea di chiudere *ab origine* la fattispecie colposa. Tuttavia, pure a fronte della crescente richiesta di duttilità regolativa, non può trascurarsi che una tipicità "debole" apre alla figura di un giudice "forte" e mette in discussione i tradizionali confini della separazione dei poteri. La flessibilizzazione della tipicità, anche nel campo della responsabilità colposa, ha riflessi immediati sul sistema, accentuando, tra l'altro, la legittimazione di un giudice così "forte" e direttamente proiettato verso la soluzione del conflitto sociale.

Senonché, l'orientamento maggioritario parrebbe avere ancora a cuore l'impianto legalitario del diritto penale e considera tutt'altro che un'anticaglia il problema delle fonti, compreso il principio della riserva di legge (di recente, v. ampiamente C. Cupelli). Vi è consapevolezza che il problema oggi non è il contenimento soltanto del diritto penale governativo, ma anche di quello giurisprudenziale, che aspira ad assoggettare il singolo giudice distogliendolo dal confronto con il dato positivo.

Ebbene, anche sul terreno della colpa l'impronta legalitaria non si può dire negletta. Essa affiora, però, con sensibilità e intensità altalenanti.

5. *Il giudice fruitore di regole cautelari.* - Un importante spunto lo offre proprio il diritto vivente. Non può sottacersi, infatti, l'affermazione, seppure minoritaria, se non controcorrente, secondo la quale, in materia di colpa, il giudice è fruitore e non facitore di regole cautelari (Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2000, n. 1340, Fatta). Conseguentemente il giudizio di rimproverabilità di una data condotta - si è ulteriormente precisato - non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute o conoscibili dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia.

Più di recente - considerati gli indubbi punti di contatto tra la

colpa delle persone fisiche e la colpa di organizzazione rilevante ai sensi del d. lgs. 231/2001 - la giurisprudenza di merito ha ripreso lo stesso concetto per respingere l'obiezione paventata dalla difesa di una delle banche imputate, secondo la quale il contenuto dell'obbligo preventivo, ossia l'idoneità del modello organizzativo e gestionale, sarebbe indeterminato. Il Giudice - in modo inoppugnabile - ha chiarito che "il rischio paventato (...) che il giudice retrospettivamente costruisca una regola cautelare non riconoscibile al momento del fatto come sussistente si rivela (...) insussistente ove il sindacato giudiziale richiesto dal d. lgs. 231/01 sui modelli di organizzazione e di prevenzione del rischio reato sia correttamente inteso. Il modello cautelare idoneo è infatti (...) quello forgiato dalle migliori conoscenze consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione e minimizzazione del rischio tipico. In tale prospettiva ermeneutica, in cui acquista un rilievo estremamente significativo il canone della esigibilità della legalità organizzativa, il giudice è non già il produttore, bensì esclusivamente un consumatore di norme di organizzazione" (GIP Milano, dott. F. D'Arcangelo, 3 novembre 2010, proc. pen. 31638/07).

E ancora: nella giurisprudenza in materia di colpa medica, accanto alle sentenze che impongono il problema della responsabilità sulla base del parametro dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, cominciano a crescere le pronunce che fanno riferimento ai protocolli e alle linee-guida. Con una differenza: mentre, come si è anticipato, l'*homo eiusdem* viene utilizzato principalmente per affermare la responsabilità, il ricorso ai protocolli è utilizzato, a seconda dei casi, per affermare o escludere la responsabilità. La qual cosa non meraviglia, trattandosi di un criterio oggettivo, suscettibile di fondare una tipicità: ossia di fondare l'irrinunciabile alternativa di giudizio tra conformità o non conformità al tipo. Non solo: l'oggettivazione della regola cautelare e la sua elevazione a componente integratrice del fatto tipico impedisce di liquidarne l'accertamento come *quaestio facti* non censurabile in sede di legittimità. La verifica della regola cautelare è *quaestio iuris*, perché la ricostruzione della colpa del fatto tipico, ossia della regola di condotta doverosa, deve logicamente precedere quella della colpa del fatto storico. L'inversione metodologica dei due momenti è esiziale anche per la corretta formulazione del quesito al consulente tecnico o al perito. Il quesito che intendesse conoscere quale sarebbe stata la condotta dell'agente modello equivarrebbe a una delega in bianco del giudizio di responsabilità penale che compete al giudice.

5.1. *Protocolli e linee-guida.* - Siano consentite alcune precisazioni su protocolli e linee-guida.

La prima: la medicina moderna si esprime attraverso protocolli e linee-guida (A. R. Di Landro). Lo stesso accade con la sperimentazione clinica dei farmaci. Come può pensare il diritto penale di disciplinare il mondo della medicina prescindendo dal modo in cui essa si confronta a livello internazionale? Anche in molti altri settori sono emerse autentiche regole cautelari protocollari, che sono state addirittura espressamente ratificate dal diritto positivo: si pensi al settore della sicurezza del lavoro, dove questo modo di affrontare e gestire il rischio per la salute e l'integrità dei lavoratori è stato introdotto fin dal d. lgs. 626 del 1994 ed è stato ribadito dal d. lgs. 81 del 2008. Lo stesso può dirsi nel campo ambientale e in quello della protezione civile. La nostra è l'epoca della procedimentalizzazione e dei protocolli.

Tutto ciò ha i suoi aspetti negativi, perché favorisce la burocratizzazione e in certa misura la dispersione dei momenti decisionali. A questo, però, si può rimediare con una corretta interpretazione del concetto di protocollo, su cui si avrà modo di tornare. Al momento, non vanno dimenticati gli aspetti positivi della procedimentalizzazione. Il riferimento è, anzitutto, all'elevazione del livello medio delle prestazioni professionali, attraverso il loro allineamento

all'evoluzione della scienza del settore. Grazie ai protocolli circuiti professionali periferici entrano in diretto contatto con i più aggiornati progressi scientifici. In secondo luogo, e per quel che più interessa il profilo dell'accertamento della colpa, il protocollo è il condensato di un sapere non unico e solitario, qual è, invece, quello dell'inverosimile scienziato, artefice e depositario della migliore scienza ed esperienza, pronta a transitare *a posteriori* nella testa, altrettanto solitaria, del giudice. Nel protocollo si condensa il sapere di molteplici soggetti che hanno partecipato alla definizione delle regole cautelari e alla perimetrazione del rischio consentito.

In breve: la procedimentalizzazione dell'agire diligente cerca di recuperare dal basso quel che la legge, il frutto di un'altra procedura legittimante, non riesce a dare con la sua volontà impositiva generale e astratta. La procedimentalizzazione è in un certo senso una nuova fonte pluralistica nella produzione della regola cautelare; è l'alternativa intermedia agli estremi della volontà della legge e del solipsismo interpretativo del consulente tecnico (o del perito) e del giudice. È l'antidoto contro l'assolutismo legislativo e contro quello giudiziario.

Del resto, già nella migliore prassi giudiziaria, come viene formulato il quesito nel caso di consulenza tecnica o, *mutatis mutandis*, di perizia? I quesiti, quando sono corretti, fanno riferimento alla migliore letteratura scientifica e ai migliori protocolli, imponendo al consulente incaricato l'onere di documentare che si tratta della migliore letteratura e dei migliori protocolli. Una consulenza priva di questa documentazione si riduce al punto di vista personale del professionista incaricato, che si fa giudice. Il brocardo *iudex peritus peritorum* ha ancora una sua validità, nel senso che spetta al giudice verificare la correttezza metodologica della perizia. È questo un problema giuridico: la consulenza tecnica infatti non è lo strumento per conoscere un'opinione personale, ancorché autorevole, ma per far entrare nel processo la rappresentazione di un sapere impersonale di cui il giudice non dispone, e che gli è indispensabile per poter decidere.

5.2. *Precisazioni terminologiche e implicazioni applicative.* - La seconda precisazione riguarda, al di là delle variabili terminologiche, la differenza tra protocolli e linee-guida (M. Caputo): concetti entrambi rientranti nella nozione di *discipline* di cui all'art. 43 c.p.

Il protocollo è l'applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio; si può dire, pertanto, che esso rilascia autentiche regole cautelari, ossia prescrive comportamenti con funzione preventiva. Non si tratta, dunque, di una mera sequenza di condotte, perché tra il razionale scientifico e le sue applicazioni comportamentali vi è uno stretto nesso di derivazione. Ciò significa che, come il razionale è aperto all'evoluzione del sapere, la parte esecutiva del protocollo non si esaurisce in una sequenza bloccata. La rivisitazione del razionale o la sua invalidazione scientifica, che è solitamente decretata dal successo di un altro protocollo sperimentale più avanzato, si riflette sulla parte applicativa. Conseguentemente, l'efficacia liberatoria della condotta conforme al protocollo non discende da un dato formale, qual è l'esistenza del protocollo, ma dal suo perdurante valore scientifico. Il medico non può discolparsi se non ha applicato un protocollo scientificamente valido al momento del suo intervento.

Altra questione è la disapplicazione del protocollo. Va tenuto presente che l'esecuzione del protocollo non è un'attività meccanica; essa, pertanto, va costantemente sorvegliata, facendo attenzione all'eventuale modificazione delle condizioni di fatto presupposte dal protocollo. Ma può accadere anche che il protocollo sia superato. Qui bisogna ricordare, però, che la sperimentazione è un diritto di libertà, non un dovere; per cui il mancato impiego di capacità superiori finalizzate al superamento scientifico del protocollo non è suscettibile di sanzione penale. Il diritto

penale, come si è detto, non ha una funzione di promozione sociale, dovendo assicurare il mantenimento del livello di diligenza liberamente raggiunto e codificato. Può essere suscettibile di punizione, dunque, solo il mancato riconoscimento della vetustà del protocollo. Ma ancora una volta, in questo caso, il giudizio di colpa viene a fondarsi sulla disponibilità di un protocollo più avanzato. Ciò dovrebbe placare il timore che con l'avvento dei protocolli si attenui la funzione preventiva della colpa e si assopisca la capacità valutativa dell'agente, con conseguente degradazione del professionista al ruolo di mero ingranaggio della procedura cautelare. La funzione del protocollo, infatti, non è la sostituzione del professionista, ma l'indicazione dell'azione doverosa sulla quale l'agente modello tace.

Le linee-guida, invece, solitamente prescindono dalla verifica del razionale scientifico; per questa ragione esse presentano un profilo prevalentemente metodologico non vincolante, fungendo da raccomandazioni. Le linee-guida si occupano, talvolta, anche di contemperare i fattori di rischio tipici di una certa attività con altre esigenze. Nel campo della pratica medica, per esempio, le linee-guida possono prendere in considerazione aspetti che attengono all'organizzazione dell'attività o ai costi del servizio sanitario. Le linee-guida, dunque, non costituiscono autentiche regole cautelari, ma possono delimitare l'ambito del rischio consentito nei limiti in cui non smentiscono i protocolli. Una parte della giurisprudenza recente lo ha negato (per es.: Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254, P.G. e p.c. in proc. Grassini). Nel caso di specie, le linee-guida alle quali si era adeguato il medico prevedevano che il paziente sottoposto a intervento di angioplastica coronarica, dopo cinque giorni trascorsi nel reparto di terapia intensiva, poteva essere trasferito in cardiologia, e da lì essere dimesso dopo altri quattro giorni di degenza, a seguito della stabilizzazione del quadro clinico. Al momento delle dimissioni i *markers* di necrosi cardiaca erano negativi, il paziente era asintomatico da giorni e compensato. Nondimeno, una volta dimesso, il paziente moriva per uno scompenso cardiaco. Qui non si tratta di anteporre il contenimento della spesa sanitaria al prioritario fine terapeutico, ma di provare a conciliare, per quanto possibile, l'efficacia delle terapie con le esigenze di bilancio che hanno tutte le strutture mediche. Nel caso di specie il quadro clinico del paziente risultava compatibile con l'assistenza domiciliare, perché non vi erano specifici fattori di rischio in atto. Certo, se il paziente fosse stato trattenuto, sarebbe stato immediatamente soccorso al momento della sopravvenienza dell'infarto. Ma questo non rischia di essere un ragionamento ispirato alla massima: "fidarsi è bene, non fidarsi è meglio"? Il nodo da sciogliere consiste, allora, nel verificare se le linee-guida citate si allontanavano dal razionale scientifico dei migliori protocolli, e se questo allontanamento era plausibile o irragionevole.

5.3. *Le prassi cautelari.* - I protocolli e le linee-guida provengono pur sempre da un sapere elitario. Diversamente le prassi, o le consuetudini cautelari per dirla in modo diverso, provengono dall'esperienza comune, sono fatti normativi che si consolidano per imitazione. Esse hanno un'origine sociologica e sono chiamate a operare in via residuale in relazione a fattori di rischio comuni. Non c'è ragione di stigmatizzare le prassi. L'insalata va lavata prima di essere consumata; è una regola prasseologica che finora ha funzionato. Perché mai dovrebbe definirsi sciatta? Le prassi, svolgendo una funzione conformativa residuale, contribuiscono alla legalità della colpa, oggettivando, in mancanza di regole formalizzate, l'aspettativa di comportamento e la funzione liberatoria del comportamento conforme a esse.

6. *Il carattere modale della regola cautelare e il c.d. dovere di astensione.* - Il linguaggio - come noto - non è soltanto il principale sistema descrittivo di cui disponiamo, ma è anche un regolatore sociale tutt'altro che neutro. È l'impronta valoriale del

linguaggio che spiega perché *nomina sunt consequentia rerum*. Non può passare inosservato, allora, che l'essenza normativa della colpa - dapprima identificata nella violazione del *dovere di diligenza* - è oggi generalmente individuata nella violazione della *regola cautelare*. Parlare di regola cautelare, piuttosto che di dovere di diligenza, equivale a privilegiare la logica della tipicità (che è regola di condotta) piuttosto che quella della colpevolezza (che è regola di giudizio). Ma vi è di più: da qualche lustro si fa strada l'idea che la *cautela*, quale categoria penalistica, sia *regola modale*. Questo aggettivo "modale" - che si è già avuto modo di utilizzare - è proprio il segnale di una trasformazione concettuale: la colpa viene ricostruita tenendo conto del carattere peculiare del reato, quale illecito dotato di una specifica modalità di condotta, ossia di una tipicità.

Senonché, questo riconoscimento comporta conseguenze disruptive rispetto all'impostazione tradizionale. Il riferimento è alla confutazione della regola dell'astensione come cautela di chiusura, la cui violazione fonda la c.d. colpa per assunzione. Ammettere la regola dell'astensione equivale a revocare in dubbio il carattere modale delle cautele doverose, ossia la loro natura permissiva.

Certo, non mancano autori che contestano la regola dell'astensione, ora in termini generali (di recente M. Grotto), ora limitatamente alle attività pericolose autorizzate (F. Mantovani). La dottrina maggioritaria, però, non la pensa così: l'agente modello è *prima facie* un astensionista, un uomo avveduto che non assume rischi se non quando è proprio necessario.

La realtà è comunque diversa. Esistono uomini che, del tutto legittimamente, sfidano il limite. E non solo, per spavalderia. Il riferimento non è solo a coloro che si cimentano in sport pericolosi o addirittura estremi, ma a quanti spostano il proprio limite naturale come rivincita esistenziale. Si pensi alle paraolimpiadi, alle quali partecipano, tra gli altri, atleti non vedenti che competono in sport come la corsa e finanche lo sci. Quale istruttore modello si avventurerebbe in questi cimenti? Eppure, nella realtà, esistono allenatori che consentono ai portatori di handicap di essere atleti a livelli di eccellenza o, più semplicemente, di praticare sport in apparenza incompatibili con le loro condizioni fisiche.

Ma alla regola dell'astensione comincia a crederci poco anche la giurisprudenza. Esaminando - nell'ambito di una ricerca "sul campo" - la produzione completa della Corte di cassazione in materia di responsabilità medica nel periodo che va dal 2004 al 2010 (si tratta di 551 sentenze, comprensive di quelle inedite e non massimate), è emerso che solo in pochissime compare il riferimento alla colpa per assunzione (F. Giunta, G. Lubinu; D. Micheletti, P. Piccialli, P. Piras, C. Sale). In nessuna di esse il riferimento alla colpa per assunzione fonda l'esito della sentenza, limitandosi a rilevare come *obiter dictum*. In realtà, la Corte di cassazione imposta e risolve i casi anzidetti facendo leva non sul dovere di astensione, ma sulle regole cautelari dell'agire. Nel campo medico, questo atteggiamento della giurisprudenza ben si comprende: porre, a chiusura dell'imputazione colposa, la regola dell'astensione non significa offrire più tutela, ma codificare la regola del disimpegno, favorendo logiche defensionistiche (D. Micheletti).

Per contro, la regola dell'astensione favorisce intuizioni semplificazioni probatorie dell'accusa.

Non solo: essa offre, all'occorrenza, l'ambientazione ottimale per pregiudizi moralistici. Un esempio può aiutare. Mesi fa i *mass media* hanno parlato della tragica morte di una ragazza, che aveva acconsentito a essere sottoposta a pratiche giapponesi di legatura pressoché immobilizzanti e includenti il collo (Shibari). È del tutto inutile dire che l'agente modello si sarebbe ben guardato finanche dal pensare simili sconcezze, le quali, però, per i consapevoli appassionati del genere, rientrano nell'ambito dei diritti di libertà. Ecco, allora, che altro è impostare il giudizio di responsabilità in termini sbrigativamente astensionistici (l'agente modello è uno

stinco di santo), altro è rimproverare all'agente di non aver rispettato le tecniche della legatura, che non sono certo finalizzate a provocare la morte per soffocamento e prevedono l'uso di un coltello per l'immediata recisione delle corde in caso di emergenza (ciò che parrebbe essere mancato nel caso di specie).

Ancora una precisazione: negare l'esistenza dell'obbligo di astensione, come autonoma tipologia di cautela, significa ammettere, in linea di principio, la piena libertà di svolgere le attività pericolose non vietate nel rispetto delle migliori cautele disponibili. Il concetto di azione che qui rileva, dunque, non è naturalistico, bensì normativo, perché non coincide con un qualunque *facere*, ma con l'agire diligente. È dunque l'ambito operativo della regola modale che segna i limiti di sviluppo della libertà di agire. Per converso, la circostanza che, in presenza di una situazione di pericolo, si possa optare legittimamente per l'inazione, non significa che l'inazione sia l'unica cautela liberatoria.

Valga anche qui un esempio tratto da una vicenda reale. Niki Lauda, tornato alle corse dopo il grave incidente occorsogli nel 1976 al Nürburgring, essendo ancora scosso dall'episodio nel quale aveva rischiato la vita, nel gran premio del Giappone, ultima gara del campionato, si ritirò al secondo giro senza alcuna plausibile ragione, se non quella che non se la sentiva di correre sotto la pioggia torrenziale. La scelta - che consentì al suo competitore, James Hunt, di aggiudicarsi il campionato del mondo - fu assai poco gradita da Enzo Ferrari. Ebbene, prescindendo dai possibili profili di responsabilità contrattuale, il rifiuto di proseguire a correre non è assimilabile alla regola cautelare dell'astensione, perché Lauda non era tenuto a ritirarsi (anzi, per contratto, doveva proseguire la competizione al pari degli altri piloti, nonostante la pioggia). La sua astensione era espressione di una libera scelta, non di un dover essere. Quest'ultimo comprendeva solamente il rispetto delle cautele dettate - nel caso di specie - per la guida sotto la pioggia.

La doverosità delle cautele - sia chiaro - prescinde dalla verifica dell'evento. La circostanza che il tentativo colposo non sia penalmente rilevante, non significa, dunque, che l'attività pericolosa in violazione delle regole cautelari sia lecita e insuscettibile di reazione difensiva. Essa è comunque *contra ius*.

*7. Regole premodali e obblighi informativi.* - La centralità che assume la regola cautelare nella fondazione della tipicità colposa impone di tener conto di un nuovo profilo. Dalle regole cautelari, in senso stretto, devono distinguersi, infatti, quelle procedure che non hanno una diretta funzione preventiva dell'evento, ma mirano a coinvolgere nel processo di gestione del rischio il soggetto che ad esso è esposto. Si pensi all'obbligo di formazione del lavoratore, all'informazione del paziente da parte del medico quale momento prodromico al consenso informato, all'informazione del partner circa il rischio di contagio da parte di chi è affetto da virus HIV e all'informazione della popolazione interessata ad opera della protezione civile nella gestione delle emergenze (si pensi alla nota vicenda aquilana). Questi obblighi - che gravano sul portatore di un fattore di rischio o comunque sul soggetto garante - hanno in comune un elemento finalistico: consentire scelte responsabili da parte del soggetto esposto al rischio.

Ora, la domanda che si pone è se la loro violazione possa fondare una responsabilità colposa.

Del tutto irrilevante è invece la circostanza che l'omessa informazione si iscriva o meno nell'ambito di una posizione di garanzia e quanto ampia essa sia. L'obbligo informativo, infatti, sussiste tanto nel caso di rapporto sessuale con soggetto infetto (sul quale grava l'obbligo informativo, ma non anche una posizione di garanzia), quanto nel caso del garante medico, datore di lavoro o componente della Protezione civile. In quest'ultimo caso, poi, la posizione di garanzia è particolarmente ampia, poiché la Protezione civile ha il compito - se si passa la metafora - di aprire

sulle teste di tutti noi (anche di chi è incurante del maltempo) un grandissimo ombrello ogni qualvolta stia per piovere. La questione della latitudine di questa responsabilità sarebbe certamente sdrammatizzata ove la posizione d'obbligo della Protezione civile si esaurisse nel già impegnativo compito di soccorrere la popolazione *ex post*, ossia dopo l'evento naturale pregiudizievole. Ma così non è. L'imposizione alla protezione civile di un compito anche preventivo - ossia di un dovere di protezione che scatta prima dell'evento pericoloso - sposta il baricentro della verifica di responsabilità sull'impervio terreno della prevedibilità di eventi naturalistici indesiderati. Semplificando alquanto, si può parlare di una responsabilità penale per il non ottimale utilizzo della scienza, se non addirittura di una responsabilità penale dello scienziato, la quale, però, viene qui in rilievo sotto lo specifico rilievo delle carenze del dovere informativo.

Ebbene, tornando alla questione che ci occupa, il dovere informativo non ha natura modale in senso stretto, perché non individua percorsi e trattamenti idonei ad abbassare di per sé il rischio. Nondimeno occorre distinguere, a seconda che l'informazione omessa, distogliendo la potenziale vittima dalla percezione del pericolo: a) abbia precluso l'adozione di regole cautelari modali salvifiche (da parte della potenziale vittima o di terzi); b) abbia precluso alla potenziale vittima di sottrarsi al rischio.

Nel primo caso, il dovere di informazione ha natura premodale, nel senso che fa parte integrante del programma di contenimento del rischio (si pensi, ancora una volta alla formazione del lavoratore). Se la sua violazione ha determinato, a sua volta, la violazione di una cautela modale efficace e verosimilmente salvifica (il lavoratore non adeguatamente formato è stato conseguentemente imperito nell'uso di un macchinario; il partner non informato ha accettato un rapporto non protetto; ecc.), essa può contribuire a fondare una responsabilità penale, stante la stretta strumentalità preventiva tra l'obbligo informativo premodale e quello cautelare modale in senso stretto. La violazione del primo obbligo ha mantenuto il fattore di rischio che la regola cautelare avrebbe ridotto. (Poiché quello che qui più interessa è il confine tra l'ambito della tipicità e quello del penalmente indifferente, resta impregiudicata - segnatamente con riguardo al contagio da virus HIV - la questione dell'eventuale titolo di responsabilità).

Nel secondo caso, invece, il dovere di informazione attua il motto popolare "uomo avvisato, mezzo salvato". Esso mostra un'incidenza sulla gestione del rischio, nella misura in cui consente al soggetto esposto, una volta informato, di sottrarsi. L'astensione, infatti, pur non essendo una regola modale è pur sempre una libera scelta caratterizzata dalla massima funzione preventiva, posto che, a differenza della gran parte delle regole cautelari, essa non riduce il rischio, ma lo azzera. Tanto premesso, la violazione del mero dovere di informazione, in assenza di un correlato programma cautelare, mantiene un fattore di rischio che comunque non sarebbe stato altrimenti fronteggiato o fronteggiabile. L'evitabilità dell'evento finisce per dipendere, allora, da quello che sarebbe stato il comportamento del soggetto esposto al rischio, se fosse stato debitamente informato, e dalle sue reali possibilità di evitare il rischio. Qui bisogna distinguere il piano delle congetture *a posteriori*, che non superano, in linea di massima, la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dal piano della certezza probatoria. Una responsabilità, pertanto, potrebbe ravvisarsi nel comportamento del medico che, per ambizione professionale, tace al paziente gli elevatissimi rischi dell'intervento (pur eseguito a regola d'arte), sapendo per certo che questi, se informato, non vi si sarebbe sottoposto. (Anche qui, per evitare digressioni, si lascia aperto il problema del titolo di responsabilità). Diversamente deve dirsi quando difetta tale certezza. La responsabilità penale, mancando un'apposita fattispecie incriminatrice in tal senso, non colpisce il mero *vulnus* all'autodeterminazione del soggetto esposto

al rischio; occorre altresì la prova logicamente certa di quello che sarebbe stato l'esito della libera autodeterminazione.

8. *Segnali di ritorno al passato.* - Come si è detto, la concezione "forte" della tipicità colposa, che è stata tratteggiata nelle pagine precedenti, non è maggioritaria.

In effetti, e come si è avuto modo di anticipare, la tendenza prevalente oggi, specie (ma non solo) nella giurisprudenza, va nell'opposta direzione della c.d. destrutturazione della responsabilità colposa. Quest'ultima non riguarda solamente la garanzia basilare della tipicità. Anche la colpevolezza colposa, il cui ambito è notoriamente ristretto, ne risente di riflesso sotto un duplice profilo. Per un verso, essa diventa il terreno di valutazioni giudiziali flessibili, compensative della perdita di rigidità della tipicità. Per l'altro verso, l'istanza di personalità dell'illecito colposo viene dichiaratamente marginalizzata in nome di un ritorno alla logica del *versari in re illicita*.

8.1. *Verso l'affievolimento della tipicità colposa e il rafforzamento della colpevolezza?* - Iniziando dalla prima tendenza, essa, a sua volta, ha un triplice punto di emersione: a) l'appiattimento della tipicità colposa al livello della causalità; b) la rivalutazione del rischio consentito come autonomo luogo del bilanciamento degli interessi in gioco; c) l'impiego del giudizio di colpevolezza come spazio di manovra di una benevolenza giudiziaria eventualmente correttiva dell'abnorme ampliamento della pretesa cautelare.

Seguendo in estrema sintesi l'ordine anzidetto, l'attenzione deve concentrarsi adesso sulla preferenza espressa, anche da ultimo, per la ricostruzione della regola cautelare sulla falsariga della migliore scienza ed esperienza del momento storico. Questa impostazione, fondendo causalità e colpa, non ha solo l'inconveniente di dilatare la tipicità colposa e di sopravvalutare le capacità individualizzanti della colpevolezza. Essa trascura che le cautele sono regole di condotta, che presuppongono scienza ed esperienza, senza però identificarsi con esse. Detto con parole diverse: la causalità è scienza e conoscenza; non è ancora regola di condotta, perché manca di per sé della dimensione applicativa e deontica. Affinché la migliore scienza ed esperienza causale generi regole cautelari, occorre che esse superino il vaglio della sperimentazione cautelare, ossia della loro previa applicazione e della loro adeguata diffusione, dalle quali dipende la fruibilità sociale delle cautele. Ancora più semplicemente: la legge causale scoperta dallo scienziato, che opera isolato nel suo laboratorio, non crea obblighi di allineamento cautelare in capo all'intera umanità, fintanto che la sua conoscenza superiore non diventi scienza applicata alla portata di fasce indeterminate della popolazione. A quel punto, però, non si vede in che cosa il parametro della migliore scienza ed esperienza differisca da quello delle migliori regole cautelari di cui si è detto sopra, ossia della migliore scienza ed esperienza *cautelare*. Per converso, omettendo quest'ultima precisazione, la ricostruzione causale della tipicità colposa ha l'effetto di creare obblighi preventivi, che, già in partenza, risultano difficilmente esigibili.

Quanto al rischio consentito, a fronte dell'esigenza di preordinazione della regola cautelare, di cui si è detto, non manca chi ribadisce, anche di recente, che il vero arbitro del rischio consentito è il giudice *ex post* (R. Blaiotta). L'apprezzabile franchezza con cui viene espresso questo punto di vista rende manifesto l'obiettivo perseguito: rimettere il bilanciamento degli interessi in gioco – libertà di azione e dovere di diligenza – al giudice, quale alternativa semplificante alla tesi che vede nelle regole cautelari il frutto un processo di formazione collettivo, di cui fruisce il giudice, al pari del cittadino. È fin troppo chiaro che l'autonomia categoriale del rischio consentito è la principale antagonista della determinatezza della colpa.

Un cenno infine merita la valorizzazione della colpevolezza

colposa (di recente: A. Canepa, D. Castronuovo, M. Grotto). Gli ingredienti della ricetta sono, per la verità, gli stessi da tempo, e precisamente: la modulazione della pretesa di diligenza in considerazione dell'agente concreto nella situazione concreta, la valorizzazione del grado della colpa e l'inesigibilità. L'esigenza della loro valorizzazione è fuori discussione (segnatamente la teoria della c.d. *poena naturalis*, che fa leva sulla superfluità della punizione nei casi in cui il reato colposo è già una pena per il suo autore). Ma essa ha maggiori possibilità di raggiungere l'obiettivo se si muove da una tipicità verosimile. Diversamente ragionando, *nil novi sub sole* nemmeno dal punto di vista sistematico: la dilatazione della tipicità colposa e il tentativo di gestire la modulazione della responsabilità con criteri "soggettivi" rischia di favorire un ritorno alla colpa come mera forma della colpevolezza. I mobili dell'appartamento – per usare una fortunata metafora – vengono ancora una volta riportati nell'ambito di una categoria – la colpevolezza – dove il potere valutativo del giudice è tradizionalmente assai maggiore rispetto a quello tollerato nell'ambito della tipicità. La determinatezza è prerogativa del fatto colposo, non della colpevolezza.

8.2. *Verso la contrazione del fatto tipico colposo?* - Passando alla seconda tendenza, viene in rilievo il fenomeno speculare, ossia la restrizione della tipicità a livello del solo disvalore di azione, con conseguente ritorno alla degradazione dell'evento al ruolo di condizione di maggiore punibilità.

Il riferimento è, in particolare, a quella giurisprudenza secondo cui, nel caso di morte del lavoratore per mesotelioma pleurico dopo una latenza ventennale dal momento dell'esposizione all'amianto, ricorrerebbe la responsabilità del datore di lavoro a titolo di omicidio colposo, sebbene all'epoca della condotta fosse conosciuta soltanto la generica idoneità della condotta ad offendere la salute.

Fermo restando che il nesso di causalità ben può essere ricostruito alla luce del sapere sopraggiunto, resta assai dubbio che possa addebitarsi l'evento più grave (morte), rispetto a quello prevedibile *ex ante* (al più, malattia), senza incorrere nel *versari in re illicita*. Né varrebbe replicare che l'evento più grave non prevedibile era della stessa natura di quello prevedibile, trattandosi in entrambi i casi di un danno alla salute (C. Brusco). Il rilievo, anziché giustificare la conclusione rigorista cui giunge la giurisprudenza, prova, all'opposto, la deroga al principio di personalità dell'illecito. Tra la lesione personale e la morte non c'è equivalenza alcuna: sono eventi diversi sul piano sostanziale e su quello della tipicità, rilevando infatti nell'ambito di fattispecie distinte e diversamente punite. Non solo: la progressione ascrittiva, che va dall'evento meno grave a quello più grave, è caratteristica inoppugnabile di molte conclamate forme di responsabilità oggettiva (dalla preterintenzione ai delitti qualificati dall'evento).

Il discorso non cambia osservando che la condotta di esposizione all'amianto contrastava, già all'epoca, con una regola cautelare positivizzata il cui spettro preventivo era oltremodo ampio, ragion per cui la sua osservanza avrebbe impedito sia l'evento meno grave, per il quale la regola era stata posta, sia quello più grave non prevedibile al momento del fatto.

Ebbene questo rilievo conferma l'inesistenza di ostacoli a imputare al datore di lavoro una responsabilità per lesioni personali colpose. Diversamente deve dirsi con riguardo alla fattispecie di omicidio colposo. È vero che la cautela positivizzata era comunque doverosa ed è stata trasgredita; ma è anche vero che quel vincolo di doverosità risulta formalistico rispetto agli eventi imprevedibili da parte tanto dal cittadino che l'ha violato, quanto dall'ordinamento che l'ha posto. Il concetto impersonale di prevedibilità è un tutt'uno con la tipicità della colpa, ossia con la funzione garantistica della massima estensione del fatto colposo.



9. *L'irrompere del principio di precauzione.* - Un cenno, infine, meritano le infiltrazioni del principio di precauzione come criterio regolatore del rischio ignoto, come tale non prevedibile, ma nemmeno escludibile.

La questione riguarda, prima ancora che il versante della colpa, la previsione di incriminazioni precauzionistiche di mera condotta, svincolate cioè dalla copertura del sapere scientifico-causale. Si pensi, per esempio, tra le tecniche normative oggi più discusse, al c.d. diritto penale dei limiti-soglia (F. D'Alessandro).

Ebbene, siffatte incriminazioni non si pongono in tensione soltanto con il principio costituzionale di offensività, ma rompono la logica codicistica imperniata sulla necessaria idoneità del tentativo, per la quale al di là dell'idoneità (ossia del pericolo scientificamente spiegabile *ex ante*) non ci può essere illecità penale.

Quest'ultima conclusione, ossia l'ancoraggio delle fattispecie di reato al sapere scientifico, vale, secondo l'impostazione tradizionale, anche per la colpa, posto che la prevedibilità si nutre della stessa scientificità della c.d. prognosi postuma.

Tentativo e colpa, infatti, sono accomunati dalla specularità: il primo presenta un'eccedenza soggettiva, la seconda un'eccedenza causale. Il tentativo segna il confine massimo dell'arretramento del diritto penale; la colpa la condizione che consente all'evento involontario di essere attratto alla condotta, ossia di non essere postfatto. Tentativo e colpa, idoneità e prevedibilità, condividono dunque la logica *ex ante*. La ragione sta, come si è detto, nella loro incompletezza: al tentativo manca la causalità; alla colpa la volontà individualizzante.

Detto ciò, quando il legislatore costruisce fattispecie incriminatrici di rischio, prescindendo da un sapere dotato di copertura nomologica, il problema della loro legittimità dipende dal possibilità di un bilanciamento tra principi, entrambi riconosciuti dall'ordinamento: offensività, da un lato, e precauzione, dall'altro. Rimane il fatto che "i reati precauzionali" passano attraverso una precisa assunzione di responsabilità politica delle istituzioni, e *in primis* del legislatore, il cui esito è una chiara linea di confine tra l'area del divieto e quella del penalmente lecito. Per il resto, non può negarsi che la punizione finisca per fondarsi su un misto di paternalismo e autoritarismo legislativo. Il ritorno ad Hobbes (*auctoritas non veritas facit legem*) è evidente.

Resta ulteriormente da chiedersi, a questo punto, se anche il giudice può infiltrare in via interpretativa la logica precauzionale nell'istituto della colpa. Per un orientamento di pensiero, per così dire più giurisprudenziale della stessa giurisprudenza, la risposta deve essere affermativa. Ne consegue, però, che, per questa via, la responsabilità della scelta precauzionale finisce per essere addossata interamente al cittadino, il quale viene posto di fronte all'alternativa: astenersi, in ragione del nuovo principio per cui l'agire è un azzardo, o rassegnarsi alla logica del *versari*.

In breve: la novità - se così si vuol dire - sta nel superamento dell'argine estremo rappresentato dalla prevedibilità nel giudizio di colpa, un tempo criticato, dall'angolazione opposta, perché troppo poco selettivo (tutto - si diceva - è astrattamente prevedibile).

Con altre parole: applicato alla colpa, il precauzionismo dissocia la validità della regola cautelare (*rectius*: l'obbligo dell'astensione) dal suo tradizionale completamento, ossia la prevedibilità quale rappresentazione causale anticipata. Si fa strada, al suo posto, il giudizio di non escludibilità, ossia la prevedibilità fondata sulla migliore scienza ed esperienza che (forse) verrà. La copertura scientifica non svolge alcun ruolo sul piano della regola di condotta, ben potendo sopraggiungere - in quanto regola di giudizio - finché il processo penale è in grado di accertarla.

Questo modo di ragionare, rovesciando l'impianto scientifico-garantistico nel nostro diritto penale, esalta l'istanza (o l'ansia) di sicurezza sociale al costo di un sacrificio dei diritti di libertà, come

sempre accade, del resto, quando furoreggia la prevenzione.

Restano, però, molti dubbi, anche operativi: in mancanza di conoscenze causali, qual è la differenza tra la non meglio definita regola cautelare sapienziale e il gesto scaramantico? Non solo: a differenza della superstizione, che ha precisi ancorché indimostrati presupposti operativi (a partire dall'attraversamento del gatto nero), qual è *Anlaß* dell'obbligo precauzionistico? La scienza incerta dice ancora poco, essendo un concetto incerto e lattiginoso esso stesso. La nuova logica preventiva deve ancora trovare l'equivalente dell'*Anlaß* tradizionale, fondato su un retroterra scientifico-esperienziale o almeno sull'evidenza epidemiologia del fattore di rischio.

10. *Il flou della colpa e regressione delle garanzie. Le nuove frontiere della tipicità normativa.* La crisi della legalità della colpa non è un fenomeno isolabile dalla crisi più generale che investe la tipicità come categoria del reato. La preferenza accordata al ragionamento per principi e l'apertura sempre maggiore all'apprezzamento giudiziale trovano, in particolare, nel campo della colpa un terreno fertile. Per questa via, infatti, la colpa penale si avvia a diventare una clausola generale, al pari del dovere di diligenza secondo l'elaborazione civilistica.

Sennonché, il travaso di forza regolativa dalla tipicità al giudice non è privo di conseguenze. Nel diritto penale *flou* o moscio (per dirla con M. Nobili), regressiva è la sensibilità garantistica. Così, e tornando alla colpa, l'alternativa alla flessibilizzazione non può essere che una concezione "forte" della tipicità. Anche sotto questo profilo, la colpa costituisce un banco di prova tra i più stimolanti. Di fronte al declino di una tipicità descrittivo-naturalistica, qual era quella dell'Ottocento e del Novecento penalistico, l'elaborazione del tipo colposo dimostra che è ben possibile una tipicità normativa che assicuri alcune fondamentali esigenze di delimitazione del diritto punitivo, quali: a) la riconoscibilità *ex ante* dell'ambito del penalmente rilevante; b) la coincidenza tra regola di giudizio e regola di condotta; c) la sottrazione del rischio consentito al giudicante (al quale rimane il bilanciamento degli interessi che è proprio dell'antigiuridicità, come categoria non penalistica).

FAUSTO GIUNTA