

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893

da Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

COMITATO SCIENTIFICO

FERRANDO MANTOVANI

Emerito di diritto penale

GIUSEPPE RICCIO

Emerito di procedura penale

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

ENRICO MARZADURI

Ordinario di procedura penale

OLIVIERO MAZZA

Ordinario di procedura penale

RENZO ORLANDI

Ordinario di procedura penale

GIORGIO SANTACROCE

Primo Presidente Emerito della Corte di Cassazione

ANTONIO SCAGLIONE

Ordinario di procedura penale

VINCENZO SCORDAMAGLIA

Ordinario di diritto penale

NATALE MARIO DI LUCA

Ordinario di medicina legale

FRANCESCO BRUNO

Ordinario di pedagogia sociale

Direttore

PIETRO NOCITA

COMITATO DI REDAZIONE: GUSTAVO BARBALINARDO, Magistrato; FRANCESCO BUFFA, Magistrato; ANTONELLA DE BENEDETTIS, Avvocato; FABIANA FALATO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; ALESSANDRO LEOPIZZI, Magistrato; ROBERTA MARRONI, Avvocato; IRENE SCORDAMAGLIA, Magistrato; CLAUDIA SQUASSONI, Presidente di Sezione della Corte di Cassazione.

REDAZIONE: ERCOLE APRILE, Magistrato; GIOVANNI ARIOLLI, Magistrato; FRANCESCO CALLARI, Dottore di Ricerca procedura penale; VITTORIO CORASANITI, Magistrato; DIANA CAMINITI, Magistrato; LUIGI CIAMPOLI, Magistrato; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; ANTONIO UGO PALMA, Avvocato; MARIA ISABELLA SCAMARCIO, Magistrato; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Ricercatore procedura penale Univ. "Guglielmo Marconi"; ROBERTO ZANNOTTI, Professore associato diritto penale Univ. "LUMSA".

00195 ROMA - Viale Angelico, 38

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

E-mail: giustpen@gmail.com

edizione digitale (ebook): www.lagiustiziapenale.org | webmaster: Spolia - info@spolia.it

ISSN 1971 - 4998

I signori abbonati sono pregati di leggere le avvertenze e le condizioni di abbonamento. I signori abbonati sono pregati di effettuare i versamenti direttamente a mezzo del Conto Corrente Postale n. 00725002 o del conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612. L'Amministrazione non risponde dei versamenti effettuati a mezzo di agenti, agenzie librerie o librerie. I cambi di indirizzo non possono avere effetto immediato, ma hanno effetto per la spedizione relativa al fascicolo successivo.

Quale colpa per la Protezione civile?*

1. Il mio intervento, seppure modellato sul rischio penale che incombe sugli operatori della Protezione civile, intersecherà tre tematiche più generali: partirò da una breve premessa sulla trasformazione giurisprudenziale della colpa penale; in secondo luogo, mi soffermerò sulla natura del rischio che sono chiamate a fronteggiare le regole cautelari, nel contesto della rivisitazione, in chiave normativa, del disvalore di azione dell'illecito colposo; infine, avizzerò qualche considerazione sul trattamento differenziato dei delitti colposi.

2. Gli attori della Protezione civile sono esposti negli ultimi tempi a processi penali, che hanno grande risonanza massmediatica, anche a livello internazionale. Va da sé che, come tutte le attività, anche quella meritoria della Protezione civile è soggetta al rispetto della legge penale. Senonché, questa ovvia considerazione egualitaria inquieta comprensibilmente gli attori della Protezione civile, vista la facilità con cui oggi si può essere indagati e condannati a titolo di colpa. Gli uomini della Protezione civile - mi pare chiaro - non pretendono di essere *legibus soluti*. Non possono fare a meno di constatare, però, che le attività socialmente utili hanno esiti sovente incerti, perché non sempre riescono a conseguire l'obiettivo salvifico perseguito.

Il diritto penale è uno strumento di conservazione sociale. Esso - si insegna - tutela beni giuridici, valori già esistenti. Per usare una metafora, il diritto penale non è il motore, ma l'impianto frenante della società; è ciò che ne impedisce il peggioramento, non già un fattore del suo miglioramento. Alcune correnti della giurisprudenza, che tendono a diventare torrentizie, revocano in dubbio questa premessa nella misura in cui vedono nel diritto penale uno strumento di progresso sia materiale che morale, sia individuale che collettivo. Ciò accade più di frequente con l'imputazione colposa. Infatti, mentre il reato doloso è espressione dell'antisocialità e finanche della malvagità dell'uomo, alla base della responsabilità colposa vi è il rimprovero di non aver fatto il massimo, per cui la colpa, più e meglio dell'imputazione a titolo di dolo, si presta a diventare lo strumento con cui perseguire l'eccellenza (ossia l'inventiva cautelare, fondata, all'occorrenza, su un livello profetico di prevedibilità) e a punire l'allontanamento da tali ambiziosi traguardi.

Senonché, questa visione delle cose snatura il profilo conservatore del diritto penale. L'imposizione dell'eccellenza sotto la minaccia di pena ricorda quei dittatori che non esitano a punire il proprio atleta perdente in una competizione internazionale. Una corretta ricostruzione della colpa penale deve evitare accuratamente questo approccio, privilegiando livelli realistici di evitabilità ("l'impresa eccezionale, dammi retta, è essere normale", cantava Lucio Dalla). L'imputazione colposa non deve fondarsi sullo scarto tra ciò che è risultato insufficiente e l'auspicabile eccellenza salvifica, ma deve sanzionare l'omissione delle cautele realisticamente pretendibili nelle concrete e spesso difficili situazioni in cui interviene la condotta pericolosa.

3. A differenza del dolo, che ha natura psicologica effettiva, la colpa è, per opinione condivisa, un criterio di imputazione normativo, in quanto fondato sulla violazione delle regole cautelari idonee a prevenire l'evento. Se questa è la struttura comune a tutte le fattispecie colpose, è pur vero che, ai fini della graduazione della responsabilità, assume importanza, tra l'altro, la natura del pericolo che l'agente ha il dovere di contrastare, ossia i fattori

della sua insorgenza, rilevanti ai fini di un corretto apprezzamento del c.d. (dis)valore di azione.

Questo profilo dell'imputazione colposa non è solitamente approfondito. Nel recente passato, anzi, si è insistito a lungo - e non certo impropriamente - sul tema speculare del disvalore di evento (N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nel diritto penale*, Milano, 1983, p. 241 s.). Si intendeva scongiurare che l'evento assumesse di fatto il ruolo di condizione obiettiva di punibilità, con conseguenti infiltrazioni di responsabilità oggettiva occulta. Come noto, per evitare ciò, la dottrina ha elaborato una costellazione di criteri imputativi, oggi largamente condivisi, intesi ad attrarre l'evento nell'area della tipicità.

Senonché, una volta acquisita la centralità dell'evento nell'ambito del fatto colposo, bisogna guardarsi dall'inconveniente opposto di trascurare il momento del disvalore di azione, il quale assume un rilievo del tutto particolare anche in relazione all'attività che è chiamata a svolgere la Protezione civile.

A questo proposito, infatti, è importante distinguere tra pericolo endogeno, originato dalla condotta dell'agente, e pericolo esogeno, ossia estraneo e preesistente all'azione dell'agente, perché creato da terzi o indipendente dall'azione dell'uomo, come nel caso dei pericoli derivanti da fenomeni naturali.

4. Nel primo caso - quello del pericolo c.d. endogeno - si può ulteriormente distinguere a seconda che la condotta pericolosa sia espressione di un generico diritto di libertà (si pensi, a colui che si diletta a pilotare un aereo ultraleggero) oppure sia lecita perché socialmente utile (come, per esempio, nel caso della circolazione stradale e dell'attività lavorativa).

In effetti il disvalore di azione, a lungo trascurato nel delitto colposo, torna negli ultimi lustri ad assumere rilevanza, anche legislativa, sul piano della differenziazione del trattamento sanzionatorio. In particolare, la natura del pericolo e il retroterra relazionale della regola cautelare violata disegnano orditi valutativi molto articolati.

Combinando il valore sociale della condotta pericolosa con il disvalore della negligenza, ne discende che il vertice della massima gravità è rappresentato dalla condotta pericolosa lecita, ma priva di una particolare utilità sociale, sulla quale si innesta una negligenza che è espressione di temerarietà, ossia di disinteresse per l'incolumità di terzi esposti al rischio (si pensi, per esempio, a colui che scia a forte velocità in condizioni di inidoneità fisica). In questo contesto la vittima del reato colposo è esposta a un rischio interamente creato dall'agente e al quale l'ordinamento non riconosce un valore che vada oltre l'esercizio di una libertà.

Il grado minimo della responsabilità è segnato dalla condotta socialmente utile, connotata da una negligenza la cui ridotta evitabilità è strettamente connaturata alla condotta pericolosa (si pensi all'incidente causato dal conducente di un autobus cittadino che, alla fine del suo turno di lavoro, ha svoltato dimenticando per la stanchezza di mettere la freccia).

Nelle pozioni intermedie si colloca un'amplicissima gamma di situazioni nelle quali rilevano anche le motivazioni individuali dell'agente. Si pensi all'attività lavorativa, sulla cui utilità sociale non ci sono dubbi: altro è il comportamento dell'imprenditore che viola le norme antinfortunistiche con l'obiettivo del contenimento dei costi di produzione, quindi in dispregio della sicurezza dei lavoratori; altro è l'infortunio che si verifica per la negligenza concorrente del lavoratore.

5. Nel secondo caso - quello del rischio c.d. esogeno - l'agente è chiamato a contrastare il pericolo per l'altrui incolumità in ragione di una posizione di garanzia gravante su di lui. Mentre il garante è necessariamente estraneo al momento genetico del pericolo, lo stesso non vale per il soggetto garantito, che può avere contri-

* È il testo dell'intervento svolto all'incontro di studio dal titolo: "La protezione civile nella società del rischio: la responsabilità del sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa" (Siracusa, 29 maggio 2015).

buito alla sua insorgenza. Un'altra non secondaria peculiarità di questa casistica sta nel fatto che il garante è chiamato ad adottare regole cautelari di contrasto del pericolo senza avere la possibilità di astenersi dall'intervenire. Si tratta di una situazione del tutto particolare, che non lascia all'agente alcuna alternativa rispetto all'obbligo di agire adottando corrette regole cautelari. Il garante - a differenza dell'agente colposo che è chiamato ad adottare le cautele preventive sul presupposto che voglia l'azione (vi è chi parla di onere) - è stretto tra due doveri, trovandosi nella morsa di una doppia normatività: non ha la facoltà di non agire, come accade di regola per le attività che sono caratterizzate da rischio endogeno; ma deve intervenire con il massimo livello di perizia.

In breve: la concezione tradizionale, peraltro corretta da un punto di vista strutturale, secondo cui la colpa è violazione di regole cautelari, deve essere integrata da un'analisi del rapporto tra tipo di rischio e regola cautelare; un rapporto le cui variabili rilevano non solo *de jure condito*, sul piano della gravità del fatto, ma anche *de iure condendo*, sul versante del trattamento differenziato.

Tempo addietro ho valorizzato l'effetto "tenaglia" che discende dall'anzidetta doppia normatività, al punto da indicarlo come nota strutturale dell'imperizia, che invece, secondo l'opinione prevalente e consolidata, è caratterizzata principalmente dalla natura professionale dell'attività pericolosa di base (la quale, peraltro, ricorre sovente in presenza di una posizione di garanzia). La conseguenza che ne traevo era l'applicazione a detti casi dell'art. 2236 c.c., che, per la sua portata di principio generale, opera anche in campo penale come precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza 166/1973. Da questa angolazione, la limitazione della responsabilità alla sola colpa grave, in presenza di questioni tecniche complesse, che il garante si trova a dover affrontare nello svolgimento di un'attività a esclusivo vantaggio di terzi, non è un privilegio per i professionisti, ma attua un ragionevole trattamento politico-criminale differenziato nei confronti di una precisa ipotesi di colpa, caratterizzata per l'appunto dalla convergenza della posizione di garanzia e dell'obbligo di fronteggiare un rischio non creato dal garante (F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 216).

6. Queste distinzioni interessano l'attività della Protezione civile, che non è mai mera espressione di un diritto di libertà, è certamente socialmente utile, ma soprattutto è doverosa e mirata per lo più a fronteggiare un pericolo esogeno. Sotto questo profilo, vi sono indubbie affinità strutturali tra i capi di imputazione per colpa medica e quelli che da qualche tempo vengono elevati nei confronti degli operatori della Protezione civile. Ciò spiega perché i dibattiti, come questo, promossi dalla Protezione civile, guardino con interesse (misto a preoccupazione e speranza) alla recente evoluzione legislativa in materia di colpa del sanitario. Il riferimento è al c.d. Decreto Balduzzi, che, come noto, ha introdotto una limitazione di responsabilità penale nei casi di colpa lieve incorsa nell'esecuzione di protocolli terapeutici accreditati: una sorta di ritorno alla tesi che, molti anni addietro, ammetteva l'operatività anche nel campo penale dell'art. 2236 c.c. Ci si è chiesti: perché l'attività medica beneficia oggi di questa normativa speciale e l'operatore della Protezione civile non deve poter confidare su una disciplina analoga, posto che in entrambi i casi si tratta di garanti obbligati a fronteggiare un pericolo esogeno?

La domanda è del tutto comprensibile. Nondimeno, non auspico un intervento legislativo *ad hoc*, simile al decreto Balduzzi, per gli operatori della Protezione civile. La ragione non risiede nella raffica di critiche cui è andato incontro il decreto Balduzzi. Esso - come ha chiarito la Corte costituzionale con l'ordinanza 295/2013 - non introduce un *jus singulare* censurabile sotto il profilo del principio di uguaglianza. Ritengo anzi che l'esigenza regolativa fatta valere dal decreto Balduzzi non avrebbe avuto bisogno della

forza impositiva dell'intervento legislativo. Essa discende infatti da una corretta interpretazione del sistema - compito, questo, precipuo del giurista - alla luce del principio di realtà: da decenni la medicina - ma non solo la medicina - parla il linguaggio dei protocolli, quali sequenze comportamentali di natura tecnica, dotate di funzione cautelare. Da qui, ad un tempo, la doverosità e la funzione liberatoria della loro osservanza. Per contro, è significativo che per indirizzare correttamente una recalcitrante giurisprudenza ci sia voluto un intervento legislativo, foriero di molti disorientamenti a causa delle sue carenze tecniche.

7. C'è da augurarsi che l'attività della Protezione civile sia ben presto il settore a partire dal quale la giurisprudenza in materia di colpa si riscatti, abbandonando quelle pervicaci e immotivate resistenze che sono affiorate proprio in relazione all'interpretazione del decreto Balduzzi. A fronte di alcune pronunce di legittimità che riconoscono nel recente intervento legislativo l'innegabile *ratio* delimitatrice della responsabilità, ve ne sono altre che in qualche misura cercano di depotenziare il *novum* del decreto Balduzzi, facendo leva - nel silenzio del testo di legge - sulla distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia e pretendendo di circoscrivere inspiegabilmente la portata della nuova normativa ai soli casi di imperizia (Cass. pen., Sez. IV, 27.4.2015, n. 26996, *De Jure*; ID., 20.3.2015, n. 16944, *ivi*; ID., Sez. IV, 8.7.2014, n. 7346, *ivi*; ID., Sez. III, 4.12.2015, n. 5460, *ivi*; in senso parzialmente contrario, v. Cass. pen., Sez. IV, 9.10.2014, n. 47289, *De jure*; ID., Sez. IV, 8.7.2014, n. 2168, *ivi*). Questo approccio è discutibile già a partire dal suo fondamento: è del tutto dubbia, infatti, la possibilità di distinguere in termini normativi tra le tre forme di colpa generica, la cui presenza nell'art. 43 c.p., oltre a non essere di utilità alcuna, è un retaggio fuorviante delle concezioni psicologiche della colpa, che non erano ancora superate nell'epoca della gestazione e dell'entrata in vigore del codice Rocco. Conseguentemente, è del tutto velleitario pensare che la colpa - ma il discorso vale per i criteri soggettivi di imputazione in genere - possa applicarsi correttamente sulla base delle definizioni contenute nell'art. 43 c.p. La configurazione dei criteri soggettivi di imputazione non è l'espressione di una scelta legislativa, ma il frutto, piuttosto, della cultura giuridica, ossia dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Se si condivide questa impostazione, ben venga un intervento legislativo inteso alla perimetrazione della posizione di garanzia della Protezione civile, che chiarisca la dimensione tipizzante dell'obbligo di impedire l'evento, oggi oltremodo ampio e scarsamente determinato. Diversamente deve dirsi per l'imputazione colposa. Il compito di colmare la carenza di legalità della colpa spetta a un'applicazione giurisprudenziale che non sia guidata prioritariamente dall'obiettivo della massima prevenzione, costi quel che costi; è compito di una cultura giuridica che sappia coniugare l'istanza di tutela, sempre crescente nell'odierna società del rischio, con le irrinunciabili garanzie di una colpa autenticamente colpevole, ossia prevedibile e prevenibile. La storia dimostra come i tentativi di imbrigliare i criteri di imputazione in un reticolo di definizioni - il riferimento è al codice Rocco (in materia di concorso di cause, *suitas*, elemento soggettivo e imputabilità) e più di recente al decreto Balduzzi - siano destinati a mancare l'obiettivo regolativo perseguito. Nessun legislatore può indirizzare o sollecitare la cultura delle garanzie, se tale cultura non è condivisa dai suoi principali produttori e consumatori, ossia dagli studiosi e dagli operatori del diritto penale. Parimenti il legislatore non può offuscare la legalità della colpa sorretta da una cultura giuridica radicata nelle coscienze. E' quello che, purtroppo, manca.

FAUSTO GIUNTA