

DARIO MICHELETTI

IL CRITERIO DELLA COMPETENZA  
SUL FATTORE DI RISCHIO CONCRETIZZATOSI NELL'EVENTO.  
L'ABBREVIO DELL'IMPUTAZIONE COLPOSA

SOMMARIO: 1. L'incipit dell'imputazione colposa: dalla concezione causalistica dell'azione al criterio della competenza. – 2. L'affermazione del criterio della competenza nel diritto vivente. – 3. La qualificazione tipologica del rischio. – 4. La differenza fra criterio della competenza e concretizzazione del rischio. – 5. La determinazione normativa e prasseologica della competenza. – 6. La rivitalizzazione applicativa dell'art. 41, comma 2, c.p. ad opera del criterio di competenza. – 7. La competenza autoconservativa del soggetto danneggiatosi. – 8. La competenza sui fattori di maggior rischio riguardanti i minori e gli incapaci: protettori *vs* controllori. – 9. Il lato esterno della competenza: il principio di affidamento.

1. *L'incipit dell'imputazione colposa:  
dalla concezione causalistica dell'azione al criterio della competenza*

Per quanto oramai datata, conserva tutta la sua efficacia la definizione coniata da Ulrich Beck della società moderna come “società del rischio”. Non che il mondo classico fosse ignaro dell'intrinseca pericolosità dell'esistenza («*navigare necesse est* – ammoniva con freddezza Plutarco – *vivere non necesse*»). Certo è che il progresso tecnologico, e non solo, ha amplificato in modo esponenziale i fattori di rischio e, con essi, la sensazione d'insicurezza collettiva. Di qui il tentativo di fronteggiarla e assicurare le condizioni di una “vita in comune” distribuendo su ciascuno consociato, in ragione del proprio ruolo e dei connessi poteri, una porzione di competenza nella gestione dei fattori di rischio, alla quale corrisponde, in caso di violazione, un'equivalente area di responsabilità<sup>1</sup>.

Su tale premessa si fonda, a ben vedere, tutta la meccanica punitiva, ivi incluso quella riguardante la responsabilità dolosa: la quale non sarebbe pertanto riducibile alla consapevole causazione dell'evento dovendosi altresì verificare se l'offesa traduca un rischio che il soggetto agente era tenuto a dominare<sup>2</sup>. Ma è soprattutto

<sup>1</sup> Diffusamente PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 175 ss.

<sup>2</sup> Per tutti nella nostra letteratura DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 127 ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 635 ss., secondo il quale – a titolo esemplificativo – non dovrebbe perciò rispondere di concorso in omicidio, stante il difetto di competenza,

nella colpa che risulta indispensabile una diagnosi imputativa di tipo funzionale volta a stabilire, prima di ogni altra cosa, su chi ricadesse il dovere di gestire il fattore di rischio tradottosi nell'evento<sup>3</sup>. A differenza del dolo, infatti, che è orditura della realtà e vi rimane impregnato, la colpa penale non è ricavabile dal suo substrato ontologico<sup>4</sup>. Tant'è che, giuridicamente, il *fatto colposo non riflette neppure un fatto ma lo schema di un giudizio*: o meglio un'imputazione socialmente fondata e politicamente approvata, sulla base della quale ritenere che *quell'*offesa è ascrivibile a *quel* soggetto perché egli è venuto meno ad un "dover essere" che poteva esigersi da qualunque appartenete al gruppo sociale si fosse trovato nella sua posizione.

Illusorio sarebbe dunque pensare di poter definire la colpa penale in termini reali: quasi essa fosse una porzione empirica eziologicamente e psicologicamente determinabile come ipotizza l'impostazione tradizionale ancora preda del giusnaturalismo. La colpa altro non è che il *calco di una valutazione giuridica*: ovvero la *risultante di una sequenza diagnostica incentrata su norme*: o meglio ancora l'*ordinata riproduzione delle condizioni imputative previste dall'ordinamento* per poter ascrivere un danno involontario a un individuo.

Assumendo con coerenza questa angolazione, ne risulta chiaramente modificato anche il modo in cui assicurare che il fatto colposo appartenga, sin dal suo abbrivio, all'individuo chiamato a risponderne così come è imposto dall'art. 27 Cost. A tal fine non risulta infatti granché pregnante il «dovere di riconoscere» le conseguenze della propria azione che la dottrina pone quale fondamento personalistico della colpa<sup>5</sup>, essendo questa nulla più che una postulazione assiomatica. Ma neppure soccorre in chiave personalizzante il ricorso al dogma causale, sia perché la logica della *condicio sine qua non* tende a dilatare all'estremo la diagnosi smarrendo così ogni capacità selettiva, sia perché la teoria della equivalenza è strutturalmente inidonea a discriminare il peculiare rilievo dei vari fattori generativi all'evento<sup>6</sup>. Nell'eziologia non v'è dunque alcunché di individualizzante; ma

l'armaio che ha venduto legittimamente l'arma all'aspirante omicida pur conoscendo le sue intenzioni (*ivi*, 647 s.). Il difetto di competenza, sotto forma di esclusione del "nesso di rischio", non manca poi di rilevare anche nella preterintenzione: cfr. per tutti BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 120 s.

<sup>3</sup> Cfr. fra gli altri PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993, 267 ss.; SCHÜRRER-MOHR, *Erlaubte Risiken. Grundfragen des "erlaubten Risikos" im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt am Main, 1998, 29 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 55 ss.; PERINI, *op. cit.*, 32 ss., 422 ss.

<sup>4</sup> GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 73 ss.

<sup>5</sup> Per questa tradizione impostazione FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 219 ss.

<sup>6</sup> Così nella letteratura moderna, fra i primi, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung*, in *Fest. Honig*, Göttingen, 1970, spec. 135 ss. Nella nostra dottrina, esplicitamente contrario

anzi è essa stessa che tende a un'omologante spersonalizzazione, quando non, per rimediare, a incentrare in via presuntiva la responsabilità penale sull'autore del fattore causale meccanicamente più vicino all'evento (v. *infra* § 3 e 8).

Di contro, la genesi personalistica del fatto colposo meglio è garantita dal criterio della competenza, e quindi dalla preliminare determinazione del soggetto che doveva e poteva esercitare una contropinta ostativa alla verifica dell'evento offensivo<sup>7</sup>. Un siffatto approccio non può prescindere infatti dalla titolarità dei doveri e dalla effettività dei connessi poteri di gestire il rischio che si è materializzato nella storia, in ragione del *ruolo* svolto dal singolo soggetto e degli *obblighi* che ne discendono<sup>8</sup>. È dunque la “doverosa dominabilità del fattore di rischio” – anziché l'anodino riscontro causale – sul quale dovrebbe farsi affidamento per congegnare un modello d'imputazione colposa autenticamente conforme al principio di personalità.

Così, per esemplificare, in caso di incidente stradale occasionato da un veicolo non più efficiente e non revisionato, completamente irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità colposa è stabilire l'identità del guidatore che ha materialmente cagionato l'evento. Decisiva è invece l'individuazione del soggetto che era tenuto a garantire l'efficienza del veicolo effettuando la revisione. Analogamente, nel caso di una patologia indotta da un corpo estraneo lasciato nelle viscere del paziente a poco rileva individuare chi lo abbia dimenticato, dipendendo ciò da elementi non convenientemente fronteggiabili in fase d'intervento. Determinante è invece stabilire chi fosse tenuto a scongiurare il rischio di tale dimenticanza effettuando la conta dei ferri al termine dell'operazione<sup>9</sup>. E per finire, nel caso di decesso di un automobilista scontratosi con un convoglio ferroviario durante l'attraversamento di un incrocio non protetto da passaggio a livello, a nulla vale riscontrare che l'evento è stato materialmente causato dai conducenti del treno che, conoscendo la situazione della tratta, ben avrebbero potuto prevederlo<sup>10</sup>. Decisivo per l'assoluzione dei macchinisti è che il suddetto evento esprime un fattore di rischio che non rientra nelle loro competenze, bensì in quelle degli organizzatori del servizio ferroviario<sup>11</sup>.

al dogma causale quale garanzia di personalizzazione, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 27 ss., *passim*.

<sup>7</sup> DONINI, *Imputazione*, cit., 19 ss., *passim*.

<sup>8</sup> Fondamentalmente, nella nostra letteratura, CORNACCHIA, *op. cit.*, 343 ss.

<sup>9</sup> MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in questa *Rivista*, 2008, 175 ss.

<sup>10</sup> Questa la tesi dell'accusa – intrisa della concezione classica della colpa incentrata sul binomio causalità-prevedibilità – nel processo conclusosi con Cass. IV, 6 dicembre 2012, n. 4106, Rv. 255273.

<sup>11</sup> Così conclude Cass. IV, 6 dicembre 2012, n. 4106, cit.

Vera questa premessa, non v'è allora da sorprendersi se anche la dicotomia naturalistica tra azione ed omissione perde d'importanza ai fini della colpa<sup>12</sup>. Volendo, le si può conservare un rilievo come metafora esplicativa del soggetto responsabile, essendo questi, nella c.d. colpa commissiva, colui che ha innescato il fattore di rischio tradottosi nell'evento, mentre nella c.d. colpa omissiva è il soggetto gravato dell'obbligo di fronteggiare un fattore di rischio esterno che ha generato l'evento<sup>13</sup>. Per il resto la struttura della tipicità colposa incentrata sulla competenza a gestire il rischio è sempre la stessa, ossia quella coincidente con la trasgressione di una regola cautelare modale<sup>14</sup>; così come la struttura logica della responsabilità è la medesima, fondandosi sull'idoneità preventiva del modello deontico che si poteva pretendere dall'agente<sup>15</sup>.

D'altro canto, non v'è da temere che l'approccio imputativo incentrato sulla competenza a gestire i vari fattori di rischio prelude a un diritto penale per tipi d'autore di matrice sociologica<sup>16</sup>, ovvero inclini verso un diritto penale prevenzionistico<sup>17</sup> o, più in generale, si esponga a un cedimento delle garanzie<sup>18</sup>. Ciò accadrebbe solo se l'imputazione funzionale esaurisse l'accertamento penale. Viceversa, il criterio della competenza va ad *aggiungersi*, meglio ad anticipare la tipicità *stricto sensu* intesa, qualificando in modo più selettivo il grado di personalità della colpa e, di conseguenza, riducendo ancor più il margine di libertà giudiziale<sup>19</sup>. Non v'è dunque alcuna rinuncia al giudizio controfattuale che innerva la concezione causale dell'azione e ne costituisce il vero elemento di garanzia. Semplicemente lo si sposta in avanti in sede di verifica dell'idoneità preventiva della regola cautelare trasgredita<sup>20</sup>. Anziché ridursi, il bilancio delle garanzie risulta

<sup>12</sup> Così EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 ss., spec. 1064 ss.

<sup>13</sup> Su tale criterio distintivo tra azione ed omissione, di carattere normativista, cfr. nella nostra dottrina MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. del merito*, 2006, 962.

<sup>14</sup> GIUNTA, *Illiceità*, cit., 233 ss., 415 ss. In giurisprudenza Cass. S.U., 22 gennaio 2009, n. 22676, spec. § 6.3.

<sup>15</sup> SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 223 ss., *passim*.

<sup>16</sup> RENZIKOWSKY, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, 301.

<sup>17</sup> CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 86 ss.

<sup>18</sup> DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.

<sup>19</sup> Insiste opportunamente su questa puntualizzazione CORNACCHIA, *op. cit.*, 348 ss., 353, nt. 25, *passim*.

<sup>20</sup> Ovviamente, la sola impostazione teorica compatibile e coerente con quanto enunciato nel testo è quella secondo cui la c.d. causalità della colpa presuppone la *certezza* che la regola cautelare trasgredita avrebbe potuto esplicare le sue potenzialità salvifiche nel caso concreto: analogamente EUSEBI, *op. cit.*, 1061 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferi-*

quindi incrementato, nella misura in cui si fa precedere l'accertamento controfattuale da una valutazione funzionalistica volta a verificare la congruità dell'addebito rispetto al *ruolo* svolto dall'individuo nella collettività.

## 2. L'affermazione del criterio della competenza nel diritto vivente

Il ragionamento appena esposto, per quanto condotto in termini dogmatici, non è da relegarsi al piano teorico. Prova ne sia che il canone della competenza gode da almeno un decennio di un crescente riscontro giurisprudenziale. Riscontro inizialmente intuitivo e di carattere rapsodico, che ha trovato però di recente un'esplicita formalizzazione nella sentenza delle Sezioni Unite relativa alla vicenda Thyssen<sup>21</sup>.

È soprattutto a Rocco Blaiotta, infatti, estensore di quest'ultima pronuncia, cui si deve la messa a fuoco del criterio della competenza nel diritto vivente. La sua prima esplicita enunciazione si rinviene tuttavia nella sentenza Lovison<sup>22</sup>, in cui sono stati condensati gli esiti del percorso argomentativo più ampiamente illustrato nello studio monografico del medesimo estensore<sup>23</sup>. Di qui il concetto è poi riaffiorato con sempre maggiore frequenza in tutta la giurisprudenza della IV Sezione penale<sup>24</sup>, sino ad avere indotto, di recente, a una rivisitazione interpretativa dell'art. 41, comma 2, c.p. sulla quale si ritornerà tra breve (v. *infra* § 6).

Come che sia, va subito chiarito che la giurisprudenza della Cassazione non menziona esplicitamente il "criterio della competenza". Identiche sono tuttavia le scansioni logiche del ragionamento e perfettamente sovrapponibili gli approdi diagnostici. Lo si può constatare leggendo il § 13 della sentenza delle S.U. Espenhahn, intitolato «*Il garante come gestore del rischio*»<sup>25</sup>, del quale pare utile riprodurre taluni passaggi, se non altro per il fatto che essi non trovano riscontro in

*mento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1287 ss. La tesi enunciata nel testo si differenzia, invece, marcatamente dalle impostazioni che, da un lato, rinunciano alla causalità, e dall'altro lato, si accontentano della *possibilità* per la regola cautelare trasgredita di evitare l'evento onde concludere per la sussistenza della c.d. causalità della colpa: in quest'ultimo senso, per esempio, VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.

<sup>21</sup> Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 13.

<sup>22</sup> Cass. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, con nota di FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Foro it.*, 2013, II, 350.

<sup>23</sup> BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 192 ss.

<sup>24</sup> Cfr., fra le più recenti, Cass. IV, 13 gennaio 2015, n. 6394; Cass. IV, 15 ottobre 2014, n. 43168.

<sup>25</sup> Pag. 102 ss.

alcuna delle quindici massime ufficiali estrapolate dalla sentenza Thyssen ad opera dell'Ufficio Massimario; così come del resto il criterio della competenza non affiora nelle due massime ufficiali della sentenza Lovison e in un nessun'altra massima rintracciabile su *Italggiure*.

«L'individuazione della responsabilità penale passa non di rado attraverso una accurata analisi delle diverse *sfere di competenza* gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione. Dunque, rilevano da un lato le *categorie giuridiche* (...), dall'altro i concreti *ruoli* esercitati da ciascuno. Si tratta, in breve, di una *ricognizione essenziale per un'imputazione che voglia essere personalizzata*, in conformità ai sommi principi che governano l'ordinamento penale; per evitare l'indiscriminata, quasi automatica attribuzione dell'illecito ai diversi soggetti.

(...)

L'analisi dei ruoli e delle responsabilità viene tematizzata entro la categoria giuridica della posizione di garanzia. Si tratta, come è ben noto, di espressione che esprime in modo condensato l'obbligo giuridico di impedire l'evento che fonda la responsabilità in ordine ai reati commissivi mediante omissione, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. *Questo classico inquadramento deve essere rivisitato.*

In realtà il termine "garante" viene ampiamente utilizzato nella prassi anche in situazioni nelle quali si è in presenza di causalità commissiva e non omissiva; ed ha assunto un significato più ampio di quello originario, di cui occorre acquisire consapevolezza.

A tale riguardo, occorre preliminarmente considerare che la causalità condizionalistica, essendo basata in chiave logica, è caratterizzata dalla costitutiva, ontologica indifferenza per il rilievo, per il ruolo qualitativo delle singole condizioni, che sono tutte per definizione equivalenti. Ne discende *l'esigenza di arginare l'eccessiva forza espansiva dell'imputazione del fatto determinata dal condizionalismo*. Tale esigenza è alla base della causalità giuridica e costituisce una costante del diritto penale moderno, sia in ambito teorico che giurisprudenziale.

La necessità di limitare l'eccessiva ed indiscriminata ampiezza dell'imputazione oggettiva generata dal condizionalismo è alla base di classiche elaborazioni teoriche: la causalità adeguata, la causa efficiente, la causalità umana, la teoria del rischio. Tale istanza si rinviene altresì nel controverso art. 41, comma 2, c.p. L'esigenza cui tali teorie tentano di corrispondere è sempre la medesima: tentare di limitare, separare le *sfere di responsabilità*, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla *paternità dell'evento illecito*.

Il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio: tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio, gli indicibili pericoli, connessi al fatto che l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli. Il rischio è categorialmente unico ma, naturalmente, si declina concretamente in diverse guise in relazione alle differenti situazioni lavorative. Dunque, *esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare*. Soprattutto nei contesti la-

vorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio. Ciò suggerisce che in molti casi occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire in breve, *garante è il soggetto che gestisce il rischio*<sup>26</sup>.

### 3. La qualificazione tipologica del rischio

Nella sua estrema logicità, la meccanica del criterio della competenza è così intuitiva da risultare banale. Occorre semplicemente muovere dall'evento verificatosi per enucleare il fattore di rischio che l'ha generato, e quindi individuare quale sia il soggetto su cui l'ordinamento fa ricadere il compito di gestirlo. Come nell'impostazione classica della colpa, dunque, l'interprete deve muovere a ritroso partendo dall'evento: ma non già per identificare coloro che vi abbiano dato causa e, tra di essi, chi lo poteva prevedere ed evitare; bensì per accertare il fattore di rischio che ha occasionato l'evento offensivo e, di conseguenza, il soggetto competente a fronteggiarlo.

Com'è ovvio il primo passaggio è indispensabile alla corretta effettuazione del secondo. Ragione per cui è da questo aspetto che conviene partire per illustrare i vantaggi derivanti dall'utilizzo della competenza quale strumento di personalizzazione della colpa penale. Tra l'altro, la determinazione del fattore di rischio che ha generato l'evento si rivela spesso meno scontata di quanto si pensi. Ne è riprova il fatto che talvolta è proprio la sua carente qualificazione ad avere originato ingiuste condanne di merito, cui si è potuto rimediare solo in forza della corretta utilizzazione del criterio della competenza.

Lo comprovano in modo eloquente talune pronunce di legittimità che, pur avendo annullato doppie conformi di condanna, sono spesso ignorate – chissà poi perché vista l'indubbia rilevanza nomofilattica – dall'Ufficio Massimario<sup>27</sup>.

La prima decisione della Cassazione su cui merita soffermarsi riguarda l'assoluzione «per non avere commesso il fatto» disposta nei confronti del produttore/venditore di un macchina insaccatrice in precedenza condannato da entrambi i giudici di merito per avere venduto tale apparecchio privo delle protezioni fisse e mobili in grado di evitare contatti tra le mani dei lavoratori ed il cono di espulsione

<sup>26</sup> Pag. 102 e 103, corsivi aggiunti.

<sup>27</sup> Per una riflessione in merito a tali lacune v. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

del prodotto<sup>28</sup>. Di qui l'infortunio occorso a un dipendente della impresa acquirente che, durante l'utilizzo dell'insacatrice, aveva riportato lo schiacciamento della mano sinistra tra le lamelle del cono di espulsione.

Sennonché, soffermandosi a ponderare e qualificare meglio il tipo di rischio concretizzatosi nell'evento infausto, la Corte suprema giunge ad annullare la doppia conforme di condanna. Decisivo è stato infatti il rilievo – menzionato ma senza consapevolezza dai giudici di merito – che lo standard di sicurezza dell'insacatrice appariva del tutto adeguato per il suo utilizzo da parte di un solo operatore, giacché nel tempo di passaggio dell'addetto da un capo all'altro del macchinario si registra uno stacco delle fasi di introduzione ed espulsione. L'impianto, se utilizzato concordemente al manuale d'uso, non celava dunque alcuna insidia. Era stato invece il datore di lavoro a determinare la verificazione dell'evento decidendo di *adibire due lavoratori alla pressatrice*, così da eliminare i tempi morti dovuti agli spostamenti dell'unico addetto. L'evento infausto, anziché discendere dalla pericolosità del macchinario, riflette dunque – ad avviso della Cassazione – il maggior rischio insito nella “ottimizzazione del tempo di lavoro”: un fattore che non può certo addebitarsi al produttore, essendo questi «estraneo» – come sottolinea in conclusione la Corte Suprema – alla “logica” della “ottimizzazione” dei tempi di produzione decisa da altri.

Il caso appena citato è paradigmatico, non solo perché ben evidenzia il diverso approccio imputativo insito nel criterio di competenza ma, soprattutto, perché rivela i vantaggi derivanti dal superamento della preliminare ricognizione eziologica. Quest'ultima induce fatalmente l'interprete a concentrarsi sull'anello della sequenza causa-effetto più prossimo in termini meccanicistici all'evento. Il criterio della competenza, chiedendosi non già “come” ma “perché” l'evento si è verificato, rilegge la dinamica causale in termini di governabilità umana, alla ricerca del fattore di rischio dipendente dall'uomo che l'ha generato. È dunque la dominabilità degli eventi che decide la scaturigine dell'imputazione colposa, la quale si sviluppa così, sin da subito, all'insegna di un giudizio intrinsecamente personalistico.

Lo si coglie bene in un'altra decisione della Cassazione – anch'essa stranamente ignorata dall'Ufficio Massimario – che ha fatto applicazione del criterio della competenza nell'accertare la responsabilità dell'appaltatore dei lavori di nettezza urbana per la lesione alla colonna vertebrale subita da un proprio addetto travolto dalla caduta di un cancello in ferro del piazzale del mercato comunale (Cass. pen. sez. IV 18 giugno 2013, n. 39491). Nello specifico si contestava al datore la violazione delle norme cautelari sulla sicurezza dei *luoghi di lavoro* (all'epoca gli artt. 4 d.lgs. 626/1994 e 374 d.P.R. 547/1955) per avere consentito all'addetto di operare in prossimità del cancello del mercato palesemente privo di fermo corsa: con la conse-

<sup>28</sup> Cass. IV, 19 settembre 2012, n. 35906.



guenza che il lavoratore, spostandolo per effettuare le pulizie, ne aveva determinato la fuoriuscita.

La duplice condanna di merito riportata dall'imputato è stata tuttavia annullata dalla Corte di legittimità proprio sulla base della semplice considerazione che l'imputato non era competente a gestire il fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. Il datore di lavoro è infatti chiamato a fronteggiare solo i rischi tecnici *specifici* dell'attività lavorativa e non già ogni possibile rischio, specie se ubiquitario, in cui può incorrere il dipendente. Vero ciò «*il rischio connesso al mal funzionamento del cancello non può essere definito quale "rischio specifico"*» dell'attività lavorativa oggetto dell'appalto e rientrante nella competenza del datore di lavoro. Semmai – conclude la Cassazione – «*tale rischio era proprio degli addetti alla manutenzione ed alla custodia del mercato, ma non certo all'appaltatore dei servizi di nettezza urbana*».

Diversamente ragionando si arriverebbe all'assurdo che l'appaltatore dei servizi di nettezza urbana, avendo l'intera città come teatro operativo, si troverebbe gravato in forza delle norme sulla sicurezza dei "luoghi di lavoro" di una competenza alla gestione di tutte le infinite insidie che un centro abitato può nascondere. Una vera e propria responsabilità da posizione, per scongiurare la quale s'impone una *delimitazione funzionalistica della nozione di "luogo di lavoro" tale da includere solo l'ambito spaziale sul quale possono estendersi i poteri decisionali del vertice aziendale*<sup>29</sup>.

Come quest'ultimo esempio ben chiarisce e si tornerà a sottolineare (*infra* § 5), è dunque il "fascio dei poteri" che decide della "sfera di competenza".

#### 4. La differenza fra criterio della competenza e concretizzazione del rischio

Prima di procedere oltre con l'illustrazione del criterio della competenza, conviene sgombrare il campo da un possibile equivoco.

E difatti: nella misura in cui muove dalla qualificazione tipologica del fattore di rischio concretizzatosi nell'evento, il canone della competenza rischia di essere confuso con (e assimilato al) la concretizzazione del rischio. Il riferimento è – come noto – a quell'ulteriore criterio secondo il quale, per aversi colpa, l'evento concretamente verificatosi deve esprimere il fattore di rischio che la regola cautelare trasgredita intendeva in astratto prevenire<sup>30</sup>. Di qui, dunque, la possibile ma affrettata conclusione che il criterio della competenza non apporti alcun reale miglioramento, traducendosi in una variazione della medesima diagnosi.

<sup>29</sup> Così anche Cass. IV, 9 settembre 2015, n. 40721.

<sup>30</sup> V. per tutti FORTI, *op. cit.*, 418 ss., 439 ss.; PERINI, *op. cit.*, 564 ss.; MASSARO, "Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 4699 ss.; CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 71 ss.

In realtà, anziché equivalenti, il criterio della competenza e quello della concretizzazione sono complementari e, in quanto tali, entrambi indispensabili per scongiurare un appiattimento della responsabilità colposa sulla logica del *tenetur etiam pro casu*. Il criterio della competenza lega infatti l'evento al soggetto; la concretizzazione del rischio lega invece l'evento alla condotta negligente. Donde la conseguenza che ben vi può essere competenza soggettiva pure in mancanza di una concretizzazione del rischio – il che è intuitivo. Ma si possono verificare anche casi in cui l'evento rientra tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire e nondimeno l'autore della trasgressione va assolto perché, pur essendo tenuto a rispettare quella regola cautelare, non era deputato a gestire lo specifico fattore di rischio che si è tradotto nell'evento.

Essendo, questa, peraltro una situazione di non immediata percezione merita esemplificarla in termini casistici.

A titolo dimostrativo dell'autonoma funzione selettiva del criterio della competenza rispetto a quello della concretizzazione del rischio, si considerino allora le non poche sentenze riguardanti gli incidenti determinati dall'abusivo ingresso di estranei nei luoghi di lavoro non sicuri. Si prenda per esempio Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924, Rv. 214246, la quale ha concluso per la non attribuibilità al proprietario dell'annegamento di tre ragazzi in una vasca con rampe viscide situata in un ambiente lavorativo ove i tre erano entrati abusivamente, che non era stata protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo. Ma si consideri, altresì, Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 7924, Rv. 221149, che ha assolto il datore di lavoro per le lesioni occorse a un dipendente precipitato nel vano destinato ad alloggiare l'ascensore di un edificio in costruzione, che era situato in un cantiere ove la vittima si era introdotta abusivamente fuori dell'orario di lavoro dopo avere omesso la rudimentale staccionata predisposta nell'attesa di un presidio più adeguato.

Ebbene, in questi casi, non vi può esser alcun dubbio che l'evento verificatosi sia esattamente quello che la regola cautelare trasgredita si prefiggeva di evitare. L'annegamento costituisce infatti ciò che s'intende scongiurare tramite l'approntamento di parapetti e segnali di pericolo ai bordi della vasca; e del pari la caduta nel vuoto è esattamente l'evento che si prefigge di scongiurare la doverosa ostruzione del vano ascensore. Eppure, malgrado la corrispondenza degli eventi a quelli che la regola cautelare intendeva prevenire, tali sentenze si sono concluse con un'assoluzione perché – al di là delle specifiche argomentazioni – l'ordinamento non fa ricadere sull'imputato il dovere di gestire lo *specifico* fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento.

Breve. La responsabilità del datore di lavoro (o di qualunque altro garante della sicurezza) non può essere fondata sul semplice rilievo che l'evento concretamente verificatosi corrisponde a quello che la regola cautelare trasgredita in-

tendeva prevenire. L'area di competenza è *oggettivamente, temporalmente e soggettivamente circoscritta* alla gestione delle situazioni di maggiore vulnerabilità cui sono esposti i prestatori d'opera e le altre persone che possono trovare legittimamente ingresso nel luogo di lavoro (rappresentanti, clienti, eccetera) durante il regolare svolgimento dell'attività<sup>31</sup>. I garanti della sicurezza non sono invece chiamati a fronteggiare i rischi gratuitamente corsi da coloro che decidano di esporsi agli innumerevoli pericoli insiti in un ambiente di lavoro non operativo<sup>32</sup>. V'è dunque un difetto di competenza che preclude *ab imis* la stessa ambientabilità di una responsabilità colposa ancorché l'evento verificatosi rientri nel novero di quelli che una qualche regola cautelare intendeva prevenire.

Per questa ragione, prima della concretizzazione del rischio, è sempre necessario accertare la competenza soggettiva quale imprescindibile abbrivio di una responsabilità colposa autenticamente personale. Se così non fosse l'imputazione colposa sorgerebbe all'insegna del *versari in re illicita*.

##### 5. La determinazione normativa e prasseologica della competenza

Una volta determinato il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento, è ovvio che l'aspetto più delicato del criterio della competenza riguarda l'individuazione del soggetto tenuto a gestirlo. Nell'effettuare tale diagnosi v'è infatti il pericolo che il giudice si erga a legislatore stabilendo, sulla base delle proprie sensibilità e convinzioni, su chi far ricadere la competenza. Diversamente, l'art. 25, comma 2, Cost. impone al giudice di *trovare al di fuori di sé* le ragioni che lo inducono ad attribuire la gestione del rischio a un determinato soggetto piuttosto che a un altro, essendo soprattutto vincolato dai parametri ordinatori che disciplinano quella particolare attività e circoscrivono le diverse "sfere di potere".

La competenza altro non è infatti che il riflesso di una *signoria giuridico-fattuale* concernente il rischio da fronteggiare<sup>33</sup>. Una signoria che discende dalla convergenza su un unico soggetto di adeguati poteri decisionali e impeditivi, da un lato, e di una situazione concreta, dall'altro lato, che renda materialmente esi-

<sup>31</sup> Così sostanzialmente anche DONINI, voce *Imputazione*, cit., 644.

<sup>32</sup> Per un'analogia considerazione v. il § 13.1 della Sez. Un., Sentenza n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, 104. Non ha colto invece questo aspetto, di recente, Cass. IV, 26 novembre 2015, n. 48269, con nota di BARTOLI, *La morte di estraneo al cantiere impone un'indagine sull'anormalità del suo comportamento*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

<sup>33</sup> Per una tematizzazione del potere in chiave normativa v. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in questa *Rivista*, 2012, 641 ss.

gibile ed efficace in termini preventivi il loro adempimento<sup>34</sup>. Per tale ragione la diagnosi risulterà tanto più agevole, e processualmente verificabile, quanto più regolamentato sia il contesto umano in cui si è verificato l'evento. Lo si è già ampiamente illustrato in un saggio autonomo avente per oggetto il criterio della competenza nel contesto della sicurezza del lavoro, con specifico riferimento ai casi di delega, decentramento produttivo, esternalizzazione, endo-appalto, rischio inferenziale, eccetera<sup>35</sup>. In questa sede, senza ripetere l'intera analisi, può essere allora sufficiente richiamare con valore dimostrativo alcune pronunce più recenti della Cassazione, individuandole – ancora una volta – tra quelle che hanno annullato doppie conformi di condanna e che non compaiono tuttavia nella banca dati dell'Ufficio Massimario.

La prima decisione su cui merita soffermarsi ha per oggetto l'infortunio occorso a un lavoratore durante la fase di manutenzione della cappa di un impianto robotizzato di saldatura talmente particolare da essere stato ideato *ad hoc* e assemblato presso l'impresa<sup>36</sup>. Segnatamente, sulla scorta di una prassi scorretta radicata in azienda, l'operaio infortunatosi aveva effettuato la manutenzione salendo su una *scala i piedini della quale erano però scivolati*, così da cagionarne la caduta con conseguente frattura occipitale. La successiva indagine aveva fatto quindi emergere una serie di violazioni cautelari, tra cui la carenza di formazione del personale che si era tramandato prassi scorrette nella gestione dell'impianto nonché un lacunoso manuale d'istruzioni dell'innovativo macchinario. Da qui il rinvio a giudizio del datore di lavoro e del produttore dell'impianto, entrambi condannati in sede di merito con una doppia conforme.

Senonché la Cassazione, soffermandosi a ponderare meglio il requisito della competenza quale primo e basilare gradino della responsabilità colposa autenticamente personale, ha annullato la condanna a carico del produttore. Ad una più attenta analisi non è sfuggito infatti come l'evento infausto concretamente verificatosi (caduta dalla scala a causa dello scivolamento dei piedini), anziché esprimere un fattore di particolare insidiosità del macchinario la prevenzione del quale è affidata al produttore, rivelava esclusivamente un *difetto di formazione* dei lavoratori in merito alla esecuzione dell'attività di pulitura: e «*sembrano esulare dall'ambito della specifica norma di prevenzione di cui i produttori sono destinatari i compiti inerenti alla formazione e istruzione del personale addetto alla macchina*». Né in senso contrario varrebbe far leva sulle carenze esplicative del manuale fornito, non foss'altro per il fatto che entrambe le sentenze di merito non hanno spiegato, in termini controfattuali, come ciò avrebbe influito sulla dinamica realizzativa dell'evento – che, va ri-

<sup>34</sup> *Amplius*, sulla messa a fuoco dei doveri-poteri giuridici prodromici alla definizione dell'area di competenza, CORNACCHIA, *op. cit.*, 394 ss., 446 ss.

<sup>35</sup> MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 153 ss., spec. 173 ss.

<sup>36</sup> Cass. IV, 26 novembre 2013, n. 11511.

badito, è stato occasionato dalla caduta da una scala e non già direttamente dagli ingranaggi del macchinario.

Il ragionamento, come si noterà, è ineccepibile. La Cassazione muove dalla messa a fuoco dello specifico fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento per attribuirne la gestione in forza della dettagliata disciplina di settore. Ma analoga ripartizione può operarsi anche alla stregua di valutazioni di carattere organizzativo che riguardano, per esempio, l'articolazione territoriale dell'impresa. Le diverse "sfere di potere" su cui si fonda la competenza non discendono infatti solo da parametri normativi, ma risentono anche di vincoli fisico-ontologici che condizionano l'esigibilità in concreto del potere di cui si dispone. In questo senso, particolarmente istruttiva e non inusuale è la diagnosi della competenza prospettata da un'altra recente sentenza di legittimità che, annullando una doppia conforme di condanna, ha assolto il datore di lavoro in un contesto di decentramento produttivo.

Oggetto del giudizio era l'accertamento della responsabilità per l'infortunio riportato da un dipendente spostatosi in un reparto diverso dal proprio per recuperare dei documenti<sup>37</sup>. Notando che su un nastro trasportatore si erano bloccate delle casse, quale gesto di gentilezza nei confronti di un'operaia che vi avrebbe dovuto provvedere, il lavoratore infortunatosi decide di salire su una scala che era stata fissata alla parete, al fine di raggiungere le casse e sbloccarle. Sennonché, nello scendere, il dipendente scivolava dai pioli della scala procurandosi lesioni gravi. Di qui la condanna in primo e secondo grado del datore di lavoro per violazione dell'art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. 626/94, ossia per non avere tenuto l'attrezzatura di lavoro in modo conforme alle istruzioni del fabbricante e in particolare per avere consentito che una lunga scala a doppia salita restasse ancorata alla parete impedendone l'apertura a compasso.

Come anticipato, la Cassazione ha deciso di annullare le condanne di merito sulla base di una pluralità di argomentazioni. Tra di esse, però, quella che qui più rileva è l'errata individuazione da parte dei giudici di merito del soggetto competente all'*attuazione dettagliata delle misure cautelari nelle imprese di grandi dimensioni*. Tale incombenza – osserva la Corte – non può ricadere *d'emblée* sui vertici dell'impresa, chiamati semmai ad *approntare* tali misure. La concreta attuazione ricade invece su coloro che svolgono funzioni operative (preposti, direttori di stabilimento, capi reparto, ecc.) purché dotati di poteri determinativi e direzionali. Né rileva la mancanza di una delega formale – assente nella fattispecie concreta – posto che tale atto non si rivela necessario ogni qual volta l'attuazione delle misure non richieda impegni di spesa o il dispiegamento di poteri organizzativi esorbitanti da quelli tipici della funzione.

<sup>37</sup> Cass. IV, 26 giugno 2014, n. 33417.

Le esemplificazioni giurisprudenziali del criterio della competenza sarebbero numerose<sup>38</sup>. E riguardano ogni settore di emersione della colpa penale, non ultimo il diritto penale della medicina dove la crescente adozione di discipline organizzative tende a favorire una ripartizione sempre più puntuale delle sfere di competenza<sup>39</sup>. Emblematiche in tal senso sono le ricorrenti decisioni riguardanti la tipologia di rischi affidati alla gestione del personale infermieristico, esentato per esempio da valutazioni diagnostiche e terapeutiche che incombono invece sul personale medico: con la conseguenza che non potrebbe contestarsi ai primi alcuna sottovalutazione della patologia<sup>40</sup> o alcun obbligo di verifica dell'intervento operatorio nella sua completezza<sup>41</sup>.

Non meno precisa è poi la delimitazione giurisprudenziale della sfera di competenza gravante sulle ostetriche ai sensi del d.m. 14 settembre 1994, n. 740, stando alla quale non sarebbe addossabile a tale figura professionale la scelta del tipo di monitoraggio da effettuare durante il parto, che compete al medico<sup>42</sup>; mentre, una volta disposto il monitoraggio, è di competenza delle ostetriche il controllo del tracciato cardiocografico con conseguente obbligo di avvisare il medico nel caso di irregolarità<sup>43</sup>. La competenza nel contesto medico si presta peraltro a circoscrivere anche verso l'alto la responsabilità colposa in chiave personalizzante, sgravando così il primario dalla responsabilità per la mancata formazione del personale infermieristico incorso nell'erronea impostazione di un macchinario di controllo<sup>44</sup>.

Non pare comunque necessario indugiare su ogni singola posizione. L'importante è avere messo a fuoco il mutamento di prospettiva insito nel criterio della competenza rispetto alla logica causale.

Seguendo la concezione normativa, l'abbrivio della responsabilità colposa non corrisponde più alla verifica di chi ha materialmente causato l'evento o non ne ha impedito la verificazione. Si esige, prima di tutto, l'individuazione delle figure su cui ricade il potere-dovere di gestire il fattore di rischio che si è storicizzato nell'offesa, favorendo così l'immediata messa a fuoco del potenziale responsabile. Il che peraltro gioverebbe anche in termini di semplificazione processuale, scongiurando quelle pletoriche indagini preliminari generate dalla pioggia di avvisi di

<sup>38</sup> V. da ultimo Cass. III, 10 settembre 2015, n. 44335; Cass. IV, 12 novembre 2015, n. 47752; Cass. IV, 24 aprile 2014, n. 34119.

<sup>39</sup> Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, 45 ss.

<sup>40</sup> Cass. IV, 30 gennaio 2008, n. 8611.

<sup>41</sup> Cass. IV, 26 maggio 2004, n. 39062.

<sup>42</sup> Cass. IV, 3 aprile 2007, n. 19380.

<sup>43</sup> Cass. IV, 29 gennaio 2004, n. 21709 Rv. 31244-15.

<sup>44</sup> Cass. IV, 3 dicembre 2015, n. 2541 con nota di BARTOLI, *Il primario non ha l'obbligo di verificare la competenza degli infermieri*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

garanzia che trova invece alimento nell'alternativa logica condizionalistica. Né vi sarebbe da temere per una dematerializzazione della responsabilità colposa, giacché le persone ritenute competenti godranno comunque nella successiva diagnosi imputativa di quella stessa verifica controfattuale che dà sostanza alla causalità.

6. *La rivitalizzazione applicativa dell'art. 41, comma 2, c.p.  
ad opera del criterio di competenza*

La sostituzione della logica condizionalistica con il criterio della competenza quale incipit dell'imputazione colposa aiuta l'interprete a risolvere più correttamente anche i casi riconducibili alla disciplina di cui all'art. 41, comma 2, c.p.

Invero, malgrado il numero delle soluzioni interpretative riservate al concetto di «*causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento*»<sup>45</sup>, è risaputo come l'art. 41, comma 2, c.p. abbia subito nella prassi una sostanziale *interpretatio abrogans*. L'irrilevanza di tale disposizione non discende solo dalla tesi che ne regola l'operatività alle serie causali del tutto autonome, di talché l'art. 41, comma 2, c.p. finirebbe per risultare un doppione dell'art. 40 c.p. Ad un'analogia vacuità si espone anche la tesi prevalente in giurisprudenza che interpreta la causa interruttiva come quella "eccezionale" o "abnorme", motivo per il quale l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. altro non sarebbe che un riflesso dell'*imprevedibilità* su cui fa leva la stessa giurisprudenza per individuare la regola cautelare trasgredita: con l'ulteriore e assurda conseguenza che un'interruzione del nesso causale si potrebbe per definizione riconoscere, nella colpa, solo quando manca *ab imis* una condotta tipica, ovvero una violazione cautelare<sup>46</sup>.

Assai più feconda si rivela invece l'interpretazione di questa disciplina alla luce del criterio della competenza qualche architrave concettuale dell'imputazione obiettiva dell'evento<sup>47</sup>. Da questa prospettiva diviene infatti agevole circoscrivere l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. ai casi in cui l'evento lesivo, pur causalmente riconducibile all'agente, esprime un fattore di rischio *radicalmente diverso* da quello illecito creato da quest'ultimo: il che significa, nella colpa, diverso da

<sup>45</sup> Per un'ampia rassegna corredata da un'ulteriore stimolante proposta cfr. VALLINI, «*Cause sopravvenute da sole sufficienti*» e *nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica"*, in BRUNELLI, (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 337 ss., 378 ss.; ID., *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1537 ss., 1546 ss.

<sup>46</sup> *Amplius*, per un'analisi della giurisprudenza che tende ad applicare l'art. 41 c.p. solo in mancanza di una condotta tipica colposa, MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in questa *Rivista*, 2014, spec. 338 ss.

<sup>47</sup> V. anche per gli ampi riferimenti bibliografici DONINI, voce *Imputazione*, cit., 660 ss.

quello scaturito dalla trasgressione della regola cautelare. Né v'è da temere che un siffatto criterio di delimitazione ascrittiva replichi quello della concretizzazione del rischio (v. *supra* § 4) così da innescare un'ulteriore forma di *interpretatio abrogans* dell'art. 41, comma 2, c.p. Il vero è, al contrario, che la concretizzazione del rischio mira a escludere la responsabilità del trasgressore nei casi in cui non si verifica l'evento che la regola cautelare violata intendeva prevenire. L'art. 41, comma 2, c.p. è invece destinato a operare ogni qual volta la violazione cautelare ha generato bensì l'evento tipico, ma quest'ultimo è poi *degenerato* in un epilogo radicalmente diverso a causa dell'intervento di ulteriori fattori di rischio di carattere ubiquitario o attribuibili a terzi.

Più di qualunque spiegazione, le differenti virtualità selettive tra la concretizzazione del rischio e l'art. 41, comma 2, c.p. interpretato alla luce del criterio della competenza ben si colgono in termini esemplificativi. Conviene quindi riassumere brevemente il caso affrontato dalla sentenza della Corte di cassazione che – stando all'Ufficio Massimario – per prima avrebbe proposto una siffatta interpretazione<sup>48</sup>.

La vicenda ha riguardato una ragazza affetta da un ascesso peritonsillare con edema, inizialmente oggetto, in ambito ospedaliero, di un atteggiamento dei medici curanti ritenuto dai giudici errato, troppo attendista e privo degli adeguati approfondimenti diagnostici, tra cui l'effettuazione di una TAC. Di qui l'ingravescenza della patologia – che costituisce, quindi, l'evento tipico che le regole cautelari trasgredite dai medici curanti intendevano prevenire – tale da rendere indispensabile un intervento di tracheotomia finalizzato a rimediare e a facilitare la respirazione della paziente. Sennonché, nell'effettuare questo intervento, invece di procedere a un'anestesia locale che avrebbe mantenuto la pervietà delle vie respiratorie, l'anestesista optò per un'intubazione c.d. tradizionale previa somministrazione di curaro: il quale, tuttavia, avendo un effetto miorilassante, innescò il cedimento dei

<sup>48</sup> Il riferimento è a Cass. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, Rv. 264365. In realtà, la prima sentenza a inaugurare questo orientamento – se non fosse per la massima ufficiale, così fuori luogo da incentrarsi su un aspetto che neppure è sfiorato dalla pronuncia (ossia l'elevato grado di credibilità razionale nell'accertamento della causalità) – è Cass. IV, 19 marzo 2015, n. 22378, Rv. 263494, che ha assolto il datore di lavoro dall'infortunio per caduta di un operaio a causa del cedimento dell'impalcatura riparata in modo maldestro (da ignoti) tramite un esile filo di ferro che non sarebbe stato in grado di reggere il peso di alcun individuo. Una vera e propria manomissione «*compiuta da una persona priva di capacità raziocinante*», nella quale – osserva la Corte – «è agevole cogliere un rischio nuovo, o forse meglio altamente esorbitante rispetto all'ordinario rischio di caduta» affidato alla gestione dei garanti. Questi sono infatti chiamati a preservare i lavoratori dagli intrinseci e specifici rischi dell'attività lavorative. Ma nulla possono di fronte a *rischi esogeni ingenerati da sabotaggi, scassi o insensate manomissioni*, soprattutto se compiuti a ridosso dell'epilogo infausto. Di qui la pronuncia assolutoria, rivelatasi ancor più apprezzabile per il fatto che sussistevano altre irregolarità del ponteggio, e nondimeno esse non sono state ritenute idonee a fondare alcun giudizio di colpa in quanto inconferenti con la tipologia di rischio che si è concretizzato nell'evento.



muscoli della trachea con successiva occlusione delle vie respiratorie. Ne derivò uno stato di anossia, che l'anestesista cercò vanamente di fronteggiare con una tracheotomia d'emergenza (peraltro effettuata, per la concitazione del momento, ledendo l'esofago e alcuni vasi) che non riuscì a impedire la morte per asfissia della ragazza.

Ora: ferma restando la responsabilità dell'anestesista per l'errata scelta del curaro nonché del primario cui *compete*, quale capo équipe, di verificare la correttezza delle soluzioni terapeutiche adottate dagli altri membri, il problema sollevato dal caso di specie riguarda l'imputabilità dell'evento infausto anche ai medici del reparto responsabili delle *precedenti* carenze diagnostiche e terapeutiche. A nulla peraltro varrebbe, per scongiurare questo epilogo, il ricorso al criterio della concretizzazione del rischio, dato che nel decorso della paziente si è verificato, sotto forma di evento intermedio, esattamente l'epilogo che le regole cautelari trasgredite intendevano prevenire (i.e. ingravescenza della patologia). Non rimane dunque, alla Cassazione, che optare per una rilettura dell'art. 41, comma 2, c.p. alla luce del criterio della competenza.

La premessa del ragionamento è sempre quella delle Sezioni Unite Espenhahn secondo cui «*esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare*». Da qui poi la conclusione che, pur riscontrandosi a carico di ciascun medico curante distinte violazioni cautelari, non può imputarsi ai medici che intervennero per primi l'evento finale in quanto la somministrazione del curaro e le altre gravi colpe che hanno caratterizzato la fase dell'anestesia lo rendono espressione di un «*rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto al rischio originario attivato dalla prima condotta*» colposa. Il principio di diritto che se ne ricava è che, pur in presenza di un'negligenza tale da determinare l'insorgenza di un rischio per il bene giuridico tutelato, non possono addebitarsi al trasgressore eventi lesivi di quest'ultimo che esprimono *nuovi* fattori di rischio del *tutto eccentrici* o *radicalmente esorbitanti* rispetto a quelli che il garante è chiamato a governare.

Quello appena riassunto non costituisce peraltro l'ultimo caso in cui la Corte di cassazione ha interpretato l'art. 41, comma 2, c.p. alla stregua del criterio della competenza<sup>49</sup>. Sicché non pare azzardato ipotizzare che, con l'affermarsi di una siffatta interpretazione<sup>50</sup>, il nodo del contendere riguarderà nel prossimo futuro proprio la delimitazione del rischio sopravvenuto ed eterogeneo tale da interrompere l'imputazione dell'evento finale a chi ha cagionato un iniziale rischio il-

<sup>49</sup> Cfr. infatti Cass. IV, 10 marzo 2016, n. 15493, la quale ha riconosciuto l'interruzione dell'imputazione colposa in favore del pediatra di base che aveva sottovalutato e mal gestito i sintomi di una patologia così grave da richiedere un rapido ricovero della piccola paziente, in ragione del successivo comportamento colposo tenuto dal medico dell'ospedale, responsabile di avere effettuato una manovra d'intubazione così gravemente errata da tradursi nell'inserimento della cannula nell'esofago anziché nella trachea.

<sup>50</sup> Manifesta un'esplicita adesione a questa tesi anche la sentenza sul terremoto dell'Aquila: Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, § 21, pag. 96 ss.

lecito. In termini chiarificatori non guasterebbe allora una riformulazione dell'art. 41 c.p. che espliciti agli operatori gli indici di eterogeneità del rischio ricorrendo i quali s'impone una cesura imputativa. Tanto più che la dottrina ha già saputo individuare una convincente ipotesi di riforma dell'art. 41 c.p. capace di riassumere le varie figure di eterogeneità del rischio finale rispetto a quello inizialmente ingenerato dall'agente<sup>51</sup>.

### 7. La competenza autoconservativa del soggetto danneggiatosi

Ogni fattore di rischio, *se umanamente fronteggiabile*, deve avere un soggetto competente a gestirlo. La società moderna non ammetterebbe eccezioni, pena

<sup>51</sup> DONINI, *Imputazione*, cit., 80, che propone la seguente modifica dell'art. 41 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per l'intervento assorbente di cause sopravvenute che dipendano da fattori eccezionali, da sfere giuridiche di competenza esclusiva di terzi, della persona offesa, o da rischi ubiquitari». «È assorbente l'intervento di concause di cui al comma precedente, quando esso riduce la causalità della condotta al significato di mera occasione, o determina un effetto manifestamente sproporzionato all'idoneità lesiva della condotta vietata».

Meno convincente è invece l'ultimo comma ipotizzato dallo stesso Autore secondo cui «l'imputazione dell'evento non è esclusa quando le concause sopravvenute costituiscono l'approfondimento dello specifico rischio illecito della condotta vietata». Al di là della dubbia utilità di specificare un limite negativo della cesura, questa ipotetica norma rischia di intralciare l'operatività del criterio della c.d. causalità della colpa nell'ambito delle ipotesi di *concorso di condotte colpose indipendenti* ogni qual volta le distinte regole cautelari violate, pur essendo teleologicamente convergenti, hanno avuto un diverso "grado d'incidenza sull'evento", tanto che una delle condotte tipiche risulta preponderante sulle altre aventi un disvalore e un'incidenza trascurabili.

Si pensi – traendo spunto da un noto caso proposto da Gunther Jakobs – al crollo dell'ascensore di un hotel provocato sia dal responsabile della manutenzione che da molto tempo non veniva effettuata, sia all'addetto che vi aveva fatto salire un numero di persone dal peso complessivo di poco superiore a quello massimo consentito che viene notoriamente fissato in termini assai prudenziali. Ebbene, in questi casi, pur essendoci un approfondimento del medesimo tipo di rischio, la dottrina d'oltralpe tende non senza ragione a ipotizzare una "colpa assorbente" da parte dell'autore della violazione più grave che esonera da ogni responsabilità l'autore della concorrente trasgressione meno rilevante (così, fra gli altri, BURGSTALLER, *Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst*, in *Fest. Jescheck*, 1985, 374 ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1993, 7/55, 210 ss.; OTTO, *Kausalität und Zurechnung*, in *Fest. Wolff*, Berlin-Heidelberg-New York, 1998, 408 ss.). Una soluzione che meriterebbe di essere coltivata anche nel nostro ordinamento ogni qual volta una delle negligenze concorrenti è talmente rilevante che avrebbe da sola causato l'evento (nell'esempio: il crollo per difetto di manutenzione si sarebbe verificato anche se l'addetto avesse rispettato di poco il limite massimo). Questo criterio consentirebbe, ancora una volta di rimediare alla *vis attractiva* dell'indagine eziologica: la quale nei casi – come quello esemplificato – di causalità c.d. addizionale, finisce per presumere l'esistenza del nesso eziologico sulla base della circostanza che ogni singola condotta ha inciso sul modo in cui l'evento si è in concreto verificato (cfr. per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 207).

l'insorgenza di una sensazione d'insicurezza che si rivelerebbe esiziale per il vivere in comune. Ciò non significa tuttavia che qualunque errata gestione del rischio generi responsabilità giuridica giacché, per sua natura, quest'ultima richiede un'alterità tra soggetto offeso e soggetto chiamato a risponderne<sup>52</sup>. Motivo per cui, ove la persona danneggiata coincida con il soggetto deputato a gestire il rischio concretizzatosi nell'evento infausto, ogni tipo di sanzione giuridica è all'evidenza preclusa dal principio di autoresponsabilità<sup>53</sup>.

Il ragionamento appena esposto gode, peraltro, nel diritto penale di un ulteriore fondamento teorico che riflette la *ratio solidaristica* delle fattispecie incriminatrici non dolose. Le quali, nel presidiare con la pena il dovere di attenzione e di impedimento, si prefiggono di rimediare alla *condizione di vulnerabilità* dei soggetti più "deboli" e di quelli "esposti" imponendo che altri si adoperino per la loro salvaguardia<sup>54</sup>. Esula quindi dall'obbligo penalmente sanzionato quello di preservare le persone perfettamente raziocinanti dalle conseguenze delle loro libere scelte di vita, quand'anche esse non siano condivise dall'ordinamento. Diversamente ragionando l'incriminazione colposa, da solidaristica si trasformerebbe in paternalistica, venendo cioè sfruttata per imporre ortodossi ed assennati stili di vita; anzi peggio per imporre a ciascuno di noi di impedire agli altri di assumere comportamenti rischiosi ancorché decisi in modo libero e consapevole<sup>55</sup>. Sarebbe questo un esito chiaramente incompatibile con i principi di libertà e di autodeterminazione dell'individuo su cui si fonda il nostro sistema costituzionale. Gli stessi principi che impongono di configurare – al contrario – un'esclusiva *area di auto-competenza sui fattori di rischio conseguenti alle proprie libere e consapevoli decisioni*: con la conseguenza che, ove ne scaturissero conseguenze offensive, la persona danneggiatasi non potrebbe che addebitare a sé stesso quanto ha subito.

È la logica, di solare evidenza, dell'*imputet sibi*. Una logica elementare, che nondimeno la IV Sezione della Cassazione tende spesso a ignorare, sfruttando l'agevole manipolabilità del giudizio di colpa tradizionalmente incardinato sulla *prevedibilità* per individuare comunque un garante esterno ritenuto colpevole di non aver salvaguardato la vittima da sé stessa<sup>56</sup>. In particolare, la giurisprudenza tende automaticamente a far rispondere colui che ha creato o gestito la fonte di

<sup>52</sup> MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1988, Milano, 1004 ss. La stessa categoria dell'illiceità alligna, del resto, sull'alterità dell'interesse leso: BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, 408.

<sup>53</sup> PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 452 ss.

<sup>54</sup> MICHELETTI, *La posizione di garanzia*, cit., 164 ss.; ID., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., spec. 350 ss.

<sup>55</sup> MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in questa *Rivista*, 2011, 275 ss.

<sup>56</sup> *Amplius* MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 324 ss., 341 ss.

pericolo tradottasi nell'evento, ancorché la persona (auto-)danneggiatasi, per nulla ignara dello stesso, abbia scelto di affrontare quel rischio in modo libero e consapevole.

Gli esempi sono, purtroppo, assai numerosi. Tra i più ricorrenti si considerino i casi in cui il conducente di un'auto è stato chiamato a rispondere a titolo di colpa della morte del passeggero maggiorenne che non indossava le cinture di sicurezza ed è solo per questo deceduto nell'incidente<sup>57</sup>. Non meno frequenti sono inoltre i casi relativi al proprietario di un fondo cui è stata addebitata la responsabilità per l'evento infausto subito da chi vi sia entrato abusivamente<sup>58</sup>, persino quando il proprietario abbia apposto espliciti cartelli di pericolo, e la persona danneggiatasi sia un cacciatore introdottosi nell'area in spregio di tali divieti nonché violando gli artt. 842, 843 c.c. e l'art. 21 l. 157/1992 che impedisce la caccia in prossimità di immobili o in presenza di cartelli di divieto<sup>59</sup>.

Di estremo rigore è poi la giurisprudenza che chiama a rispondere il proprietario e/o custode della piscina chiusa al pubblico – e per questo priva degli assistenti bagnanti – in seguito all'annegamento di colui che abbia consapevolmente scelto di tuffarsi in mancanza di controllori o contravvenendo al divieto dei titolari<sup>60</sup>.

Su tutte, però, la massima espressione di paternalismo penale giudiziario si rinviene nella giurisprudenza penale del lavoro sistematicamente orientata, salvo isolatissime eccezioni, a negare ogni forma di autoreponsabilizzazione del lavoratore infortunatisi<sup>61</sup>, anche quando l'infortunio è stato determinato dell'incapacità in cui il lavoratore si era posto in modo scriteriato assumendo sostanze stupefacenti o alcoliche<sup>62</sup>. Persino in questo caso si è fatto leva sull'obbligo del datore di verificare l'idoneità fisica del prestatore d'opera – obbligo chiaramente pensato in relazione alla verifica della capacità *biologica* – in una forma di *controllo sullo stile di vita* del lavoratore che andrebbe preservato dalla propria stoltezza<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Cass. IV, 14 gennaio 2010, n. 3585, in *Foro it.*, 2010, II, 395, con nota critica di GIACONA, *Passeggero adulto senza cintura di sicurezza e responsabilità del guidatore per omicidio colposo: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*.

<sup>58</sup> Cfr. per esempio Cass. IV, 8 settembre 2008, n. 34771, Rv. 240960.

<sup>59</sup> Così Cass. IV, 2 giugno 2000, n. 6506, in *Cass. pen.*, 2001, 1787, con la quale la Suprema Corte ha annullato l'assoluzione pronunciata dal giudice d'appello dettata proprio dalla valorizzazione dell'autonomia decisionale della persona deceduta.

<sup>60</sup> V. per esempio tra le meno convincenti Cass. IV, 10 dicembre 2008, n. 45698, Rv. 241759 e 241760. In senso contrario, tra le decisioni più corrette in questa materia Cass. IV, 30 aprile 2009, n. 25437, Rv. 244229.

<sup>61</sup> *Amplius* MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit.

<sup>62</sup> Cass. IV, 13 novembre 2008, n. 7709, in *Ig. Sic. Lav.*, 2008, 311; Cass. IV, 13 novembre 2007, n. 7709, Rv. 238526; Cass. IV, 14 giugno 2012, n. 36272.

<sup>63</sup> Per una compiuta esposizione della tesi che esprime alla perfezione le traiettorie della dottrina classica della colpa cfr. Cass. IV, 13 giugno 2013, n. 38129, Rv. 256417.

In senso diametralmente opposto, la concezione normativa della colpa consente di valorizzare, anziché deprimere, la logica dell'*imputet sibi*, sino a consentire che quest'ultima riaffiori in tutti e tre i principali momenti dell'imputazione colposa: quello della delimitazione della competenza, nella successiva fase di determinazione della regola cautelare e, infine, in sede di qualificazione normativa dell'evento.

Più puntualmente, in presenza di una condotta autolesionistica, andrebbe esclusa ogni forma di responsabilità altrui per carenza di competenza ogni qual volta l'evento che si è verificato traduce un fattore di rischio che doveva essere gestito dallo stesso soggetto (auto-)danneggiatosi<sup>64</sup>. In secondo luogo, l'autolesionismo della persona danneggiatasi può denotare la mancanza di una violazione della norma cautelare nella misura in cui la definizione modale di quest'ultima non può prescindere dall'obbligo del beneficiario di collaborare per la salvaguardia di sé<sup>65</sup>. Infine, la condotta della persona danneggiatasi può escludere l'altrui responsabilità colposa pur in presenza di una violazione cautelare ogni qual volta la condotta della vittima sia talmente autolesionista da estromettere l'evento verificatosi dallo spettro di prevenzione di quella specifica regola cautelare<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Oltre agli esempi proposti di seguito nel testo si veda, per tale affermazione, CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 423; nonché con specifico riferimento al lavoratore, CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), spec. 33 ss.; MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 355 ss.

<sup>65</sup> Così, per esempio, le (vere) regole cautelari imposte al pilota di rally (che sono quelle usualmente seguite nella prassi) non gli prescrivono di salvaguardare gli spettatori dai danni che gli stessi riporterebbero uscendo dalle aree loro riservate e collocandosi abusivamente nelle vie di fuga (ove cioè il veicolo da corsa può uscire per eccesso di velocità o errata manovra): altrimenti non avrebbe neppure senso svolgere un rally, posto che la sicurezza assoluta degli spettatori si otterrebbe solo rispettando tutte le regole del codice della strada. In senso diametralmente opposto, la nostra giurisprudenza penale che, applicando con perfetta coerenza la teoria della colpa come prevedibilità, è giunta invece in questi casi a condannare il pilota che, uscendo di strada, ha investito gli spettatori in un punto dove essi non potevano sostare: Corte app., Torino sez. III, 1 agosto 2008, n. 2689 [inedita] leggibile per esteso in *Dejure*; Trib. Alessandria, 6 febbraio 2006, n. 1009, in *Giur. mer.*, 2007, 1997, Trib. Ivrea, 10 ottobre 2005, n. 544, in *Giur. mer.*, 2007, 1994, entrambe con nota di BACCO, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*, ivi, 2000 ss.

<sup>66</sup> Così Cass. IV, 2 luglio 2014, n. 36920, che ha annullato una doppia conforme di condanna – e che nondimeno non è stata corredata di una massima ufficiale – riguardante il proprietario di un terreno non lontano dalla piste di sci e aperto al pubblico in cui erano presenti dei c.d. inghiottitoi (ossia avvallamenti di alcuni metri non facilmente visibili) che non erano stati segnalati né protetti in alcun modo dal garante. L'annullamento della condanna in sede di legittimità è dipesa tuttavia dalla circostanza che la vittima deceduta, essendo una guida turistica del luogo, era perfettamente a conoscenza della morfologia del terreno ed è del tutto verosimile che essa abbia cercato deliberatamente e sconsideratamente di superare l'inghiottitoio con un balzo della motoslitta lanciata a tutta velocità, non riuscendo nell'intento per il peso della passeggera che portava con sé: un evento, dunque, diverso da quelli che la regola cautelare intendeva prevenire.

Su questi due ultimi passaggi non ci si può soffermare in questa sede essendo evidentemente estranei al tema del lavoro. Qui merita invece esemplificare i vantaggi che deriverebbero da una corretta applicazione del criterio della competenza che tenga conto dell'esistenza di fattori di rischio la gestione dei quali non può che essere affidata direttamente alla persona cui si riferiscono: cosicché, ove si verifici l'evento infausto, non v'è possibilità di attribuire ad altri alcuna responsabilità colposa.

Si consideri allora il caso trattato da Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2015, n. 14145, relativo a un autotrasportatore che, trovandosi nella fila di veicoli intenti all'attraversamento di un passaggio a livello, non si era assicurato di riuscire a transitare dall'area dei binari prima che le sbarre si abbassassero, rimanendovi così intrappolato. A questo punto egli aveva azionato il dispositivo di avviso dei conducenti dei treni in arrivo, uno soltanto dei quali riuscì tuttavia a fermarsi per tempo, mentre il secondo (un treno Intercity) piombò sul semirimorchio dell'autotreno che, a causa dell'urto, finì per travolgere un *automobilista nel frattempo entrato a piedi nell'area dei binari con l'intenzione di prestare aiuto*.

Ebbene, ricorrendo alla teoria classica della colpa è stato ineluttabile per i giudici concludere per una condanna dell'autostrasportatore. La violazione dell'art. 147, comma 4, C.d.s. si pone infatti in rapporto di stretta causalità con l'evento verificatosi; evento che essendo ovviamente prevedibile da parte dell'agente modello (non a caso indicato in sentenza quale fulcro della decisione) avrebbe suggerito a quest'ultimo di sfondare le sbarre per liberare il transito dei treni (ancorché questa regola comportamentale non sia prescritta da alcuna prassi o norma positiva). Né varrebbe a escludere la colpa la circostanza addotta dalla difesa secondo cui l'imputato non era in grado di impedire che l'autista deceduto entrasse nell'area per cercare di aiutarlo. *«L'utente della strada – secondo la Cassazione – assume una posizione di garanzia anche nei confronti di terze persone che vengono in contatto con lui, ogni qualvolta la sua condotta determini situazioni di pericolo eccedenti il normale rischio collegato alla circolazione stradale»: sicché «la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente».*

A una diversa conclusione si perverrebbe invece applicando con rigore il criterio della competenza. Da questa angolazione risulta infatti agevole comprendere che, al di fuori di particolari obblighi di protezione (baby sitter, insegnanti, agenti penitenziari, ecc.), non può ricadere su terze persone la competenza a gestire i rischi che scaturiscono dalle libere e incondizionate decisioni di un individuo di autoesporre al pericolo<sup>67</sup>. E ciò vale anche nel caso in cui (come nell'esempio dell'autotrasportatore) il pericolo al quale volontariamente ci si espone sia stato illecitamente creato da altri. Il rifiuto per ogni forma di *versari in re illicita* imporrà infatti di circoscrive-

<sup>67</sup> TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 101 ss.

re il giudizio d'imputazione soltanto ai danni cagionati alle persone inconsapevolmente vulnerabili (ossia nel caso di specie a coloro che si trovavano sui treni o nelle auto accanto al passaggio a livello), e non già dei soccorritori "volontari", di professione o privati che siano: i quali, in ragione di tale ruolo, non possono considerarsi "vittime tipiche"<sup>68</sup>, essendo semmai soggetti auto-danneggiatisi in seguito alla loro libera decisione di assumere un fattore di rischio rientrante nella loro esclusiva sfera di competenza. Fa quindi onore alla persona deceduta in questa triste vicenda l'aver deciso di intervenire spontaneamente in soccorso dell'autotrasportatore in difficoltà. Nondimeno, come ebbe giustamente ad osservare la difesa, «non possono essere imputate ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire».

#### 8. *La competenza sui fattori di maggior rischio riguardanti i minori e gli incapaci: protettori vs controllori*

Il criterio della competenza si presta a risolvere in modo più coerente con il principio di personalità della responsabilità penale anche i casi in cui l'evento infausto sia concretizzazione di un fattore di rischio precipuo dei minori o degli incapaci, vale a dire connesso alla loro ridotta capacità di autocontrollo.

In queste situazioni, l'approccio causalistico dell'azione unito alla componente "emotiva" del criterio di prevedibilità dell'evento, finiscono per indurre la giurisprudenza ad attribuire quasi sempre la responsabilità dell'accaduto ai controllori della fonte di pericolo da cui è scaturito l'evento. È questa, infatti, a rappresentare l'anello causale meccanicamente più prossimo all'evento. Sicché la logica della prevedibilità rende agevole per il giudice l'elaborazione di modalità gestionali salvifiche di carattere alternativo rispetto a quelle realizzate e tali da supportare una responsabilità del soggetto gravato dall'obbligo di controllo. Il quale, di conseguenza, difficilmente riuscirà a scansare l'addebito sostenendo che la vittima doveva essere meglio sorvegliata da coloro che erano gravati dell'obbligo di protezione (solitamente i genitori). Anzi, quand'anche affiori una *culpa in preservando*, la giurisprudenza tende a tenere indenne il "protettore" da ogni responsabilità, ritenendosi forse ridondante l'applicazione di una pena legale di fronte alla lacerante *poena naturalis* subita dagli stessi. Una soluzione, questa, che trova avalli normativi in altri ordinamenti (il riferimento è all'*Absehen von Strafe* di cui al § 60 StGB) e sulla quale si può convenire. A patto però che non s'aggiunga – quale ulteriore "lenitivo psicologico" – lo "scarico di responsabilità" su soggetti gravati del controllo della fonte di pericolo chiamati a rispondere dell'evento infausto *al*

<sup>68</sup> Per tale concetto v. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 350 ss.

*posto* dei soggetti su cui ricadeva l'obbligo di protezione del minore o dell'incapace.

È proprio per evitare una siffatta distorsione che conviene allora ricorrere al criterio di competenza quale primo gradino di una responsabilità colposa autenticamente personale. Movendo da questa prospettiva non pare difficile avvedersi infatti che nel caso di minori o incapaci si verifica bensì una convergenza funzionalistica tra obbligo di controllo e obbligo di protezione: e ciò nondimeno *le due posizioni non si trovano sullo stesso piano*. Al contrario, tutti gli indici da cui si desume l'area di competenza ("signoria sul fatto" / "effettività della tutela" / "esigibilità del comportamento ostativo") inducono ad attribuire al protettore una *posizione di preminenza* nella gestione del rischio riguardante il minore o l'incapace, lasciando che il titolare della posizione di controllo ne risponda solo *in via subordinata*.

Segnatamente, quest'ultimo sarà chiamato a rispondere dell'evento infausto subito dal minore o dall'incapace in soli tre casi: quando è esplicitamente tenuto dall'ordinamento a modulare la gestione della fonte di pericolo in funzione della salvaguardia dell'incolumità di minori o incapaci<sup>69</sup>; quando il titolare della fonte di pericolo prenda in carico il minore e l'incapace cumulando su di sé entrambe le posizioni di garanzia<sup>70</sup>; e – infine – quando la gestione della fonte di pericolo è stata così negligenzemente gestita da renderla pericolosa anche rispetto a un adulto perfettamente razionante, sicché non può dirsi che l'evento infausto sia espressione di una ridotta capacità del minore che ne è rimasto vittima<sup>71</sup>.

Di contro, ove si ricada al di fuori delle suddette eccezioni, la competenza sullo specifico fattore di maggior rischio concretizzatosi ai danni del minore o dell'incapace non potrà che ricadere sul titolare dell'obbligo di protezione.

Tale conclusione non è imposta solo dal fatto che la posizione di protezione risulta *speciale* rispetto a quella di controllo essendo congegnata *ad hoc* – prim'ancora dalla natura – come precipua forma di assistenza del minore e dell'incapace rispetto alle insidie del mondo. La preminenza del titolare della posizione di protezione si desume da tutti gli indici di delimitazione della sfera di competenza. A partire dal *grado di effettività della tutela*, valorizzando il quale ben ci si dovrebbe avvedere che la persona vulnerabile in ragione dell'età o dello

<sup>69</sup> Si pensi per esempio al negoziante di fuochi d'artificio il quale, violando la regola cautelare che prescrive di vendere tali prodotti solo a persone maggiori d'età, li ceda a un minore che manipolandoli si cagioni una grave lesione: Cass. IV, 12 luglio 2002, n. 29709, in *Riv. pen.*, 2002, 895.

<sup>70</sup> Si pensi al titolare di un centro natatorio chiamato a occuparsi dei minori impegnati nei corsi di nuoto: Cass. IV, 10 gennaio 2014, n. 4999, Rv. 258619.

<sup>71</sup> Si pensi al decesso di un giovane sciatore che abbia utilizzato un tratto di raccordo tra due piste la pericolosità del quale non era stata debitamente segnalata, talché avrebbe indotto in errore anche un adulto: Cass. IV, 11 luglio 2007, n. 39619, Rv. 237835.



stato di salute trova migliore salvaguardia dall'intervento di un principale soggetto che a tutto tondo si occupi della sua sicurezza piuttosto che da una polverizzazione della tutela fra tutti gli innumerevoli soggetti chiamati a fronteggiare le infinite insidie in cui egli può imbattersi.

Inoltre *non pare esigibile* che il titolare di una generica fonte di pericolo ne debba schermare la potenzialità lesiva in modo così gravoso da renderla innocua rispetto a qualunque maldestro o subdolo comportamento tenuto da un soggetto non raziocinante. Un mondo così sicuro da essere a prova d'incapaci d'intendere e volere non è realizzabile: e qualunque titolare di una fonte di pericolo, nell'assolvere al proprio obbligo di controllo, deve poter contare sulla *collaborazione autoconservativa* dell'interlocutore comportamentale. Di qui la conseguenza che ove terze persone non soddisfino questo standard per ragione di età o di salute, spetta al soggetto garante della loro protezione colmare il divario, adoperandosi fattivamente affinché questi ultimi rimangano indenni dai pericoli esterni.

Un esempio tratto dalla giurisprudenza di segno contrario aiuterà a comprendere quando proficuo si rivelerebbe, anche rispetto a questo contesto problematico, il passaggio dalla concezione classica a quella normativa della colpa.

Il caso paradigmatico su cui soffermarsi riguarda l'accertamento della responsabilità penale per la morte di un bambino di quasi tre anni caduto nella vasca di raccolta delle acque di un mattatoio situato nei pressi della propria abitazione<sup>72</sup>. Secondo modalità non del tutto chiarite, il piccolo si sarebbe allontanato dal proprio cortile dove la madre, facendo rientro in casa per accudire l'altro fratellino, lo aveva lasciato intento a giocare con un cuginetto. È verosimile a questo punto che la vittima abbia attraversato il cancello che separava la propria abitazione dal mattatoio e dopo essersi introdotto nella struttura sia caduto nella vasca, che il custode – nel frattempo legittimamente assentatosi per assolvere un incarico – aveva forse lasciato aperta o, più probabilmente, protetta da un coperchio privo di una chiusura efficace. Tanto è bastato, dunque, per attribuire la morte del bambino al custode, a nulla rilevando che i famigliari del piccolo (*ex* custodi del mattatoio) disponessero delle chiavi del cancello di separazione tra il macello e l'abitazione. E ancor minore incidenza ha avuto la mancanza di controllo dei soggetti gravati dell'obbligo di protezione del bambino o le carenze organizzative degli organi comunali che avevano tollerato la vicinanza tra macello e abitazione civile. Era il custode – secondo i giudici d'appello e della Corte di cassazione – che avrebbe dovuto assicurare costantemente alla struttura un livello di sicurezza tale da renderla innocua per un bambino che vi si fosse casualmente avventurato.

Per il vero, la massima ufficiale valorizza il fatto che la vasca scoperta sarebbe stata pericolosa anche per un adulto. Ma la considerazione – oltre ad essere di dubbia aderenza alla fattispecie concreta – non è condivisibile neppure in astratto là do-

<sup>72</sup> Cass. IV, 28 maggio 2008, n. 34771, Rv. 240960.

ve si consideri che l'obbligo di cooperazione per la salvaguardia di sé che incombe su ogni persona raziocinante impone di non introdursi arbitrariamente in luoghi di lavoro gremiti di insidie che non si è in grado di fronteggiare<sup>73</sup>. *L'adulto raziocinante è quindi gravato di un obbligo di astensione dall'autoesposizione al pericolo che, nel caso di minore o incapace, spetta al protettore assicurare*. Diversamente ragionando si arriverebbe all'assurdo – purtroppo avallato da questa pronuncia e da molte altre in questa materia – di imporre al custode di un luogo di lavoro l'adozione di un sistema di sicurezza così elevato da essere in grado di proteggere l'integrità fisica di un minore o di un incapace che in qualsiasi momento vi si possa improvvisamente introdurre<sup>74</sup>.

Tanto chiarito, il criterio della competenza non deve comunque indurre ad automatismi ascrittivi a carico del “protettore”; né precludere a una responsabilità da posizione in quanto tale oggettiva. Esso costituisce solo l'abbrivio della diagnosi, che può tuttavia concludersi con un esito assolutorio ogni qual volta difettino i successivi elementi che danno forma all'imputazione colposa. Anche il soggetto gravato dell'obbligo di protezione, sebbene competente sul fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento infausto, può dunque andare esente da responsabilità colposa nel caso di mancanza di una regola cautelare violata<sup>75</sup>, ovvero per l'inevitabilità dell'evento<sup>76</sup>.

Il criterio della competenza non delinea dunque l'epilogo del giudizio di responsabilità colposa. Né tanto meno lo esaurisce. Si presta piuttosto a indicare correttamente soltanto il punto di partenza della diagnosi.

### 9. Il lato esterno della competenza: il principio di affidamento

Nella misura in cui collega specifici fattori di rischio a singoli ruoli sociali, il canone della competenza non esplica i suoi effetti solo in fase ascrittiva. Ancor

<sup>73</sup> Così, oltre a quanto già chiarito *supra* § 7, v. perfettamente Cass. IV, 7 maggio 1985, n. 11311, Rv. 171215 che ha riconosciuto la responsabilità della persona autodanneggiatasi perché introdottasi senza ragione in un luogo di lavoro.

<sup>74</sup> Oltre alla sentenza in esame tra le meno convincenti v. Cass. IV, 17 giugno 2014, n. 43168, Rv. 260947, che fa strame del criterio della tipicità della vittima per il quale v. invece MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 350 ss.

<sup>75</sup> Come nel caso dell'animatore di un centro turistico, pur gravato della posizione di protezione, che aveva fortuitamente travolto il bambino indisciplinato durante una rincorsa: Cass. IV, 27 novembre 2012, n. 4955. Tale sentenza risulta peraltro di ulteriore pregio perché – per una volta – individua la regola cautelare vincolante sulla scorta di un implicito riferimento alla prassi anziché ricorre al giudizio di prevedibilità parametrato sull'agente modello.

<sup>76</sup> Come nel caso dell'insegnante che, pur momentaneamente distratta, non è stata chiamata a rispondere per il ferimento di un'alunna da parte di un compagno in seguito ad un gesto tanto improvviso quanto per questo non arginabile: cfr. Cass. IV, 16 aprile 2014, n. 21056.

prima esso funge da *criterio di orientamento comportamentale*, sgravando i singoli della necessità di gestire *tutti* i rischi che la propria azione potrebbe incontrare o generare. L'agire necessariamente coordinato degli individui presuppone infatti che ciascuno possa fare affidamento sulle competenze gestionali che ricadono sugli altri, così peraltro da potersi meglio occupare dei propri peculiari fattori di rischio. In taluni casi poi l'affidamento, da facoltà, assurge a dovere, dipendendo proprio dalla sua osservanza l'efficienza di taluni sistemi organizzativi particolarmente complessi<sup>77</sup>.

Stante dunque la sua incontestabile esattezza, non meraviglia che il principio di affidamento abbia trovato esplicito riconoscimento – almeno a parole – anche nella giurisprudenza penale. Così tante sono tuttavia le eccezioni elaborate in via pretoria che nel diritto vivente si è finito per sostituirlo con il principio della sfiducia. Ne è un esempio eclatante il contesto della circolazione stradale dove «*il principio dell'affidamento (...) trov[erebbe] un opportuno temperamento nell'opposto principio secondo cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente di altri utenti purché rientri nel limite della prevedibilità*»<sup>78</sup>. Con la conseguenza che «*la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attingano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce già di per sé condotta negligente*»<sup>79</sup>.

È questo, com'è evidente, uno dei tanti dialleli generati dalla concezione classica della colpa incentrata sul giudizio di prevedibilità<sup>80</sup>. Un dialele così scoperto da risultarne oramai stucchevole l'applicazione giurisprudenziale. Si parte infatti dall'enunciazione, apparentemente garantista, che l'affidamento costituirebbe una componente del c.d. rischio consentito che l'agente non sarebbe tenuto a rappresentarsi e prevenire<sup>81</sup>. E tuttavia, poiché l'onere predittivo andrebbe parametrato alla stregua dell'agente modello (il quale, manco a dirlo, si affida sì ma con diffidenza), ogni qual volta la fiducia dell'agente si rivela *ex post* mal riposta, diviene facile per il giudice cogliere qualche indizio che avrebbe dovuto suggerire

<sup>77</sup> Cfr. in tale prospettiva VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1634 ss.; ID, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario diacronicamente plurisoggettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 480.

<sup>78</sup> Così fra le tantissime Cass. IV, 15 novembre 2013, n. 8090; Cass. IV, 23 maggio 2013, n. 2735.

<sup>79</sup> Cass. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260.

<sup>80</sup> Esplicitano con chiarezza che la regola dell'affidamento e la sua delimitazione altro non sono che espressioni della ordinaria concezione della colpa come prevedibilità dell'evento, fra gli altri, VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, spec. 82; BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, spec. 205.

<sup>81</sup> Cfr. anche per gli ulteriori ampi richiami FORTI, *op. cit.*, 288 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 138 ss., *passim*.

*ex ante* all'agente di "non fidarsi" come sicuramente avrebbe fatto l'agente modello<sup>82</sup>.

Così, per esemplificare, a poco rileva che l'autista percorresse *entro i limiti* consentiti una strada extraurbana *priva di strisce pedonali*, ponendo così logico affidamento sul fatto che nessuno attraversasse d'improvviso, tanto più sbucando dalla *parte anteriore* di un pullman che aveva parcheggiato ai bordi della carreggiata (su questi elementi si erano basati i giudici di merito per assolvere in entrambi i gradi di giudizio l'imputato dall'accusa di avere colposamente investito un ragazzo che dopo essere sceso dall'autobus aveva attraversato la strada). L'agente modello, soprattutto se viaggia in ora serale e può scorgere un gruppo di ragazzi accanto al pullman, ben può attendersi – al contrario – che qualcuno di essi scelga negligenzemente di attraversare, ed avrebbe di conseguenza optato per un'andatura talmente ridotta da essere in grado di fronteggiare anche questa eventualità<sup>83</sup>.

E parimenti, a nulla rileva che l'automobilista percorra regolarmente la rotatoria a velocità ridotta facendo affidamento sul fatto che i pedoni, dovendo utilizzare gli appositi passaggi, non attraversino trasversalmente il rondò (su questi elementi si era basata la Corte d'appello per assolvere l'imputata accusata dell'investimento di un pedone che aveva invece deciso di valicare inopinatamente la rotatoria). Gli attraversamenti dei rondò da parte dei pedoni, sebbene vietati, sono all'ordine del giorno e non può non essere in colpa chi si fidi del contrario. Né varrebbe eccepire – con il giudice di merito – che la mancanza di frenata starebbe a rivelare quanto improvviso sia stato il comportamento della vittima. È vero anzi il contrario essendo la mancanza di frenata una riprova eloquente della disattenzione dell'autista<sup>84</sup>.

E per finire un campionario per nulla encomiabile di pronunce, percorrendo una strada extraurbana ad andatura regolare non gioverebbe all'autista fare affidamento sul fatto che nessuno attraversi stante l'assenza di strisce pedonali; neppure se egli dovesse scorgere un gruppo di pedoni che, alla vista dell'auto, decidesse appunto di arrestarsi per cedere all'auto il diritto di precedenza (su questi elementi avevano fatto leva entrambi i giudici di merito per assolvere l'automobilista chiamato a rispondere dall'investimento di una signora che, a differenza della proprie compagne, decise invece improvvisamente di attraversare). La presenza di una chiesa lì vicino, e per di più il giorno di venerdì santo – l'agente modello, non lo si trascuri, è devoto – avrebbe dovuto indurre l'automobilista a rappresentarsi che uno dei pedoni potesse decidere negligenzemente di attraversare all'improvviso anziché fermarsi come gli altri<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Sui rischi di uno svuotamento del principio di affidamento derivante dalla sua agevole manipolabilità giudiziale, v. per esempio ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 240 ss., 254 ss., 282 ss.

<sup>83</sup> Cass. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260.

<sup>84</sup> Cass. IV, 4 ottobre 2012, n. 3834.

<sup>85</sup> Cass. IV, 22 settembre 2011, n. 47473.

Di contro, assai più rigido e vincolante si rivela il principio di affidamento movendo con coerenza dalla concezione normativa della colpa. Lungi dall'essere espressione del c.d. rischio consentito – che il soggetto chiamato a predire gli eventi futuri potrebbe astenersi dal prevenire salvo poi dover tornare ad occuparsene perché non si sa mai<sup>86</sup> – l'affidamento altro non sarebbe, da questa angolazione, che il lato esterno della competenza: e quindi la regola di diritto riguardante coloro cui l'ordinamento non affida la gestione di un determinato fattore di rischio, i quali ben potranno pertanto aspettarsi che di tali rischi se ne occupino le persone deputate. Un criterio sistematico<sup>87</sup>, dunque, che risulterebbe tanto più utile nelle società complesse come la nostra quanto più il giudice, nell'accertare la colpa, si sentisse effettivamente soggetto ai parametri normativi (*ex art. 25, comma 2, Cost.*) imponendosi così di conformare la propria valutazione alle sfere di competenza tracciate dall'ordinamento<sup>88</sup>. L'affidamento non servirebbe così solo *a priori* come criterio di orientamento comportamentale. Esso opererebbe anche *a posteriori* in ambito giudiziale, assicurando che la colpa non possa per definizione ascrivarsi a colui che aveva comprensibilmente confidato nel rispetto delle competenze.

Né vi sarebbe da temere che una siffatta rigidità si traduca in una spersonalizzazione o, peggio, in un esiziale cedimento di tutela. Va da sé infatti che l'affidamento contiene in sé stesso anche il proprio limite, essendo fin troppo ovvio che non se ne possa giovare chi non è più razionalmente in grado di fidarsi perché *vede* – e non semplicemente *pre-vede*, si badi bene – *la negligenza altrui ovvero s'imbatte in una situazione che funge da presupposto per l'adozione di un'altra regola cautelare formalizzata o imposta dall'uso* (si pensi, per esempio al guidatore che scorge un bambino inseguire una palla rotolante verso la strada). Il passaggio dall'affidamento alla sfiducia non scaturirebbe dunque – come sosten-

<sup>86</sup> Sulla vacuità di tale concetto, refrattario da sempre ad ogni tentativo di definizione che vada oltre un bilanciamento d'interessi contrapposti da affidarsi al giudice e in quanto tale incompatibile con le garanzie dell'art. 25, comma 2, Cost., v. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 623 ss. L'assoluta discrezionalità del giudice nel definire l'area del rischio consentito è peraltro percepita dagli stessi interpreti togati della colpa: cfr. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 376 ss.; BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 391 ss.

<sup>87</sup> Sulla teoria della «*sistematica fiducia*» patrocinata da una parte significativa della dottrina di lingua tedesca v. RISICATO, *op. cit.*, 41 ss.

<sup>88</sup> Quale emblematico e (odioso) esempio di una giurisprudenza contrastante con il principio della competenza normativamente tracciata si vedano invece le sentenze che negano valore all'affidamento prestato sulla sicurezza di un macchinario malgrado la presenza del marchio CE quale attestato di conformità del bene alle normative prevenzionistiche: cfr. tra le più infelici Cass. IV, 30 maggio 2013, n. 26247, Rv. 256948.

gono i cultori della colpa tradizionalmente intesa – da un qualsiasi dato materiale o statistico che possa far supporre l'eventualità di una trasgressione dell'altrui competenza<sup>89</sup>: anche perché elementi siffatti sono presenti in quasi tutte le situazioni, sicché la valorizzazione di questa deroga altro non sottende che una subdola quanto sostanziale negazione del *Vertrauensgrundsatz*. L'affidamento diviene colpevole solo quando gli elementi fattuali manifestano in modo inequivocabile i prodromi dell'altrui comportamento negligente ovvero il concreto disinteresse del garante per il fattore di rischio affidato alla sua gestione. Con la conseguenza che, senza *l'effettiva percezione di questi concreti e inconfondibili segnali d'allarme* (c.d. *Anlass*), chi ha riposto la sua fiducia sul rispetto delle competenze ordinarie non potrebbe mai essere considerato in colpa.

Da quest'ultima angolazione, la delimitazione della situazione fattuale di fronte alla quale va abbandonato l'affidamento non rappresenterà pertanto quel problema di difficilissima soluzione su cui si arrovellano i teorici della colpa come prevedibilità<sup>90</sup>. Assumendo con coerenza – e non solo a parole – l'impostazione normativista della colpa, ne viene che *la legittimità dell'affidamento* sulle sfere di competenza tracciate dall'ordinamento *va presunta sino a prova contraria*. Prova, che deve essere puntualmente fornita dall'accusa alla quale, per superare l'affidamento incolpevole, non basterà dimostrare che l'agente-modello non si sarebbe fidato, bensì spetterà l'onere di dimostrare che esisteva una concreta situazione tale da rivelare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che non si sarebbero rispettate le competenze.

La conclusione – esattamente inversa a quella patrocinata dai cultori della colpa come prevedibilità – è che nella “zona grigia” non v'è il dovere di prevedere la negligenza altrui come ipotizza la giurisprudenza che si affida al criterio tradizionale per “presumere” la colpa: bensì *la libertà dell'individuo di fare affidamento sul corretto assolvimento delle competenze da parte degli altri*.

<sup>89</sup> Cfr. anche per gli ulteriori ampi richiami alla conforme dottrina straniera FORTI, *op. cit.*, 285 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 51, 155; VENEZIANI, *op. cit.*, 79 ss.

<sup>90</sup> I quali dapprima mettono nella mani del giudice un criterio così elastico da prestarsi a ogni desiderata (il riferimento è, va da sé, alla prevedibilità secondo l'agente modello), per poi dolersi del fatto che la giurisprudenza tende ad «*accontentarsi di un livello di rischio e di un grado di riconoscibilità eccessivamente bassi, escludendo così la possibilità di invocare il c.d. affidamento (nell'altrui condotta osservante), in relazione ad una pluralità di ipotesi meritevoli (...) di soluzione opposta*»: VENEZIANI, *op. cit.*, 83.