



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Discipline penalistiche: diritto e procedura penale

Ciclo XXXIII

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/17

COORDINATORE PROF. ALESSANDRO SIMONI

Rischio, dovere di diligenza e regola cautelare

Dottorando

Dott.ssa Carolina Buzio

Tutor

Chiar.^{mo} Prof. Fausto Giunta

Coordinatore

Chiar.^{mo} Prof. Alessandro Simoni

Anni 2017/2020

**Rischio, dovere di diligenza
e regola cautelare**

INDICE

Capitolo I La società del rischio	5
1. Il polimorfismo del rischio	5
2. L’approccio della sociologia	7
2.1. La prospettiva “realista”	10
2.2. La prospettiva “costruttivista”: il crollo nella fiducia della scienza e la crisi del modello probabilistico razionale	12
3. Origine e struttura dei nuovi rischi	16
4. La “politicità del rischio” tra “demonologia” e precauzionismo razionale	23
Capitolo II Il dovere “ordinamentale” di diligenza: la prospettiva civilistica di immunizzazione dal rischio.....	33
1. Premessa: il valore “ordinamentale” dell’ <i>alterum non laedere</i>	33
2. Il rischio nei rapporti tra privati.....	37
3. La responsabilità per danni ingiusti: dalla “tipicità” del torto civile alla “a- tipicità” della responsabilità extracontrattuale.....	42
3.1. L’evoluzione dello schema classico di “illecito” civile	43
3.2. Il protagonismo del danno ingiusto.....	49
3.3. Colpa e rischio: la pluralità di criteri ascrittivi	60
4. La colpa civile.....	79
4.1. Il metro della diligenza: natura e funzioni.....	82
4.2. La diligenza come clausola generale.....	88
4.3. Il parametro del buon padre di famiglia	109
5. Verso la pubblicizzazione della responsabilità civile? Le critiche alla funzione di sicurezza sociale e il rapporto con gli strumenti assicurativi	120
Capitolo III Rischio e colpa penale.....	140
1. Rischio e illecito penale: una breve premessa	140
2. La colpa penale quale settore privilegiato di analisi	155

3. La colpa tra passato, presente e futuro	159
3.1. Dovere di diligenza e colpa del fatto tipico	164
3.2. La colpa come violazione della regola cautelare: punti fermi e sfide irrisolte.....	172
4. Il problema delle fonti tra genesi, giuridicizzazione e individuazione delle cautele doverose	184
5. L'alternativa tra concezione socio-prasseologica e concezione deontico- normativa della colpa generica	193
6. Le ragioni della positivizzazione: benefici e presupposti di fondo	215
7. Rischio, pericolo e regola cautelare: alcuni rilievi conclusivi.....	229
Capitolo IV La positivizzazione delle regole cautelari all'ombra della colpa generica	246
1. Dalla colpa generica alla colpa specifica, e ritorno	246
2. Critiche ricorrenti e luoghi comuni: l'impossibilità fisiologica della regola formalizzata a esaurire la diligenza richiesta in concreto	252
3. La cristallizzazione come ostacolo al progresso tecnico-scientifico ...	268
4. Breve <i>focus</i> sul giudizio prevedibilità in rapporto alla colpa specifica	278
5. Lo "scoloramento" della colpa specifica: fenomenologie ricorrenti di colpa generica "residuale/aggiuntiva", contenitiva ed espansiva	285
5.1. Dal dovere generale di attenzione (...)	286
5.2. <i>Segue</i> : all'espansione senza limiti del dovere di vigilanza e controllo	304
5.3. <i>Segue</i> : alla colpa generica "residuale", "analogica", "retroattiva"	333
5.4. <i>Segue</i> : fino al dovere di massima sicurezza possibile <i>ex art. 2087 c.c.</i> e al <i>maximum standard</i> di diligenza nella colpa medica	339
6. <i>Focus</i> : istanze di autonormazione vs. istanze "pubblicistiche"	356
6.1. L'ambito medico	357
6.2. L'ambito della sicurezza sul lavoro	365
6.3. Quali prospettive per l'autonormazione?	369

7. Il <i>rischio penale</i> da “cattiva” valutazione tra riconoscibilità del <i>rischio</i> e dovere di <i>valutazione</i>	383
8. Dai doveri valutativi e informativi alla regola cautelare di prevenzione del rischio: l’eterogeneità dei modelli pre-cautelari di previsione-prevenzione del rischio e la (incerta) legittimità della colpa per “cattiva” valutazione	400
8.1. Il settore della sicurezza sul lavoro tra obblighi “pre-cautelari” e obblighi “meramente organizzativi”.....	401
8.2. L’obbligo di «previsione del rischio» imposto agli operatori di Protezione civile ai sensi dell’art. 2 del d.lgs. n.1/2018	406
8.3. L’atteggiarsi dell’obbligo diagnostico-valutativo in campo sanitario	464
8.4. Gli altri obblighi pre-modalità: breve <i>focus</i> sugli obblighi informativo-comunicativi e gli obblighi di segnalazione del rischio	484
9. Riflessioni conclusive: lo stato di salute della colpa penale alla luce delle ultime tendenze giurisprudenziali.	493
9.1. Contrasti e incongruenze sul piano sistematico e “dei principi” ..	497
9.2. Le disfunzioni concrete di un rimedio inefficace.....	507
9.3. La colpa penale del prossimo futuro: i passi della giurisprudenza verso un modello più garantistico di colpa penale	513
Bibliografia.....	525

CAPITOLO I

LA SOCIETÀ DEL RISCHIO

*«Il rischio è calcolo, il rischio è un bene. Il rischio è capitale. Il rischio è una tecnica di governo. Il rischio è obiettivo e scientificamente conoscibile. Il rischio è soggettivo ed è un costrutto sociale. Il rischio è un problema, una minaccia, una fonte di insicurezza. Il rischio è un piacere, un brivido, una fonte di guadagno e libertà. Il rischio è il mezzo col quale colonizziamo e controlliamo il futuro. La “società del rischio” è il nostro mondo tardo moderno che sfugge ad ogni controllo» (David Garland, *The rise of risk*, 2003, p. 49).*

SOMMARIO: 1. Il polimorfismo del rischio. – 2. L’approccio della sociologia. – 2.1. La prospettiva “realista”. – 2.2. La prospettiva “costruttivista”: il crollo nella fiducia della scienza e la crisi del modello probabilistico razionale. – 3. Origine e struttura dei nuovi rischi. – 4. La “politicalità del rischio” tra “demonologia” e precauzionismo razionale.

1. IL POLIMORFISMO DEL RISCHIO

Il concetto di rischio evoca problematiche in un certo senso primordiali – legate all’ancestrale bisogno di protezione e sicurezza di fronte alla probabilità di eventi avversi – che accompagnano da sempre l’esistenza dell’essere umano e che reclamano logiche di immunizzazione, prima, e poi, in caso di verifica dell’evento temuto, di attribuzione della responsabilità¹.

Come lo “stare nel mondo” è circondato da pericoli e minacce, così ogni azione umana comporta una componente di rischio. Nemmeno barricandosi inattivi entro le

¹ Sui diversi modi con cui è stato storicamente affrontato il problema dell’incertezza del futuro v. LUHMANN N., *Soziologie des risikos*, Berlino, Walter de Gruyter & Co., 1991, trad. it. Corsi G., *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996, p. 16. Tra i tanti, anche CAMPESI G., *Governare il futuro. Materiali per una sociologia giuridica del rischio*, in *Sociologia del diritto*, 2014, fasc. 2, p. 37 ss.

mura di casa – per quanto irrealistico ciò possa sembrare – è possibile sfuggire a questa componente connaturale della nostra vita².

Vero questo, è innegabile che negli ultimi decenni, il termine “rischio” si sia guadagnato un posto di spicco tra le “parole chiave”, tra i *leitmotiv* culturali che caratterizzano la società in cui viviamo: dopo aver travalicato i primi e più circoscritti settori disciplinari in cui era confinata (testi scientifici, valutazioni aziendalistiche ecc.), la nozione ha assunto un ruolo dominante nei più svariati ambiti di dibattito – politico, culturale, economico e giuridico – divenendo al contempo il tema cardine delle teorie sociologiche moderne³.

Allo stato attuale non ne esiste, tuttavia, una definizione generale e condivisa. Nemmeno la sua genesi e la sua etimologia sembrano fornire risposte utili a riguardo. Il concetto di rischio si presta così ad essere variamente inteso a seconda del punto di vista e delle finalità perseguite dalla branca del sapere che di volta in volta vi fa riferimento⁴.

La crescente frequenza con cui il concetto ricorre nei più diversi contesti riflette la percezione di una nuova visione della realtà. Con il processo di modernizzazione, innescato dal macchinismo e amplificato dalla tecnologia, sono aumentate le possibilità di offesa a beni rilevanti. Non solo: sono emerse nuove morfologie del rischio, diverse da quelle di cinquant’anni fa. Non a caso oggi si parla di “società del rischio” per esprimere una “seconda modernità” che oltrepassa la realtà sociale pre-industriale e pre-capitalistica della “prima modernità”⁵.

² BAUMAN Z., *In search of politics*, Cambridge, Polity Press, 1999, trad. it. Bettini G., *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 49 (v. anche p. 13), che ne parla come di una caratteristica costante della azione umana. Condivide l’assunto anche SOFSKY W., *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main, S. Fischer Verlag, 2005, trad. it. Gandini U., *Rischio e sicurezza*, Torino, Einaudi, 2005, p. 17 ss., per cui «la sicurezza assoluta è un’illusione». Similmente: LUCINI B., *Il rischio: definizioni sociali e contesto spaziale di sviluppo*, in *Studi di Sociologia*, vol. 49, no. 4, 2011, p. 409, nonché ALEMANNI A., *Prefazione: per una comprensione pluralistica del rischio*, in CERASE A., *Rischio e comunicazione. Teorie, modelli, problemi*, Milano, EGEA, 2017, p. 11.

³ Lo nota Luhmann in *Sociologia del rischio*, cit., p. 9 s. Sul punto v. anche GARLAND D., *The rise of risk*, in *Risk and morality*, a cura di ERICSON R.V.-DOYLE A., Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 48 ss., spec. p. 49; nonché CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 17 s.

⁴ ALEMANNI A., *Prefazione*, cit. p. 12 ss.

⁵ La fortunata espressione è di BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986 trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, a cura di PRIVATERA W., Roma, Carocci, 2000.

I profondi mutamenti intercorsi hanno finito per ripercuotersi anche nel mondo del diritto e segnatamente in ambito penale⁶. Particolare attenzione è stata rivolta al rischio quale categoria del reato e, per quanto qui interessa, componente della colpa. Allo stesso tempo, si è fatta strada l'idea che il rischio vada distinto dal concetto tradizionale di pericolo, quale suo prodromo ancora privo di univocità rispetto alla lesione⁷.

Non si tratta, ovviamente, di questioni puramente terminologiche, ma di valutazioni sociali.

Da qui la necessità di procedere a una seppur schematica ricapitolazione della sociologia del rischio, che funga da premessa per un approfondimento della rilevanza giuridica del rischio e, successivamente, delle sue ricadute penalistiche, segnatamente nel campo della teoria della colpa.

2. L'APPROCCIO DELLA SOCIOLOGIA

Nell'ambito delle scienze sociali, lo si è già anticipato, non è dato rinvenire una definizione univoca del concetto del rischio. Al contrario, gli approcci metodologici che lo analizzano – sempre più numerosi e sfaccettati – non solo si fondano su

⁶ Se ne sono occupati, tra i tanti: MILITIELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988; GIUFFRIDA M., *Rischio e responsabilità penale*, in *Giur. merito*, 2000, fasc. 6, p. 1393 ss. e *Giur. merito*, 2001, fasc. 1, p. 299 ss.; BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, Firenze, Firenze University Press, 2010; PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010 e, nuovamente ID., *La legislazione penale tra diritto penale dell'evento e diritto penale del rischio*, in *La legislazione penale*, 2012, fasc. 1, p. 117 ss.; MASSARO A., *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole? Funzioni e limiti del principio di precauzione de iure condito e condendo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.com*, 9 maggio 2011; BRUSCO C., *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, pp. 383-412; CIVELLO G., *La "colpa eventuale" nella società del rischio: epistemologia dell'incertezza e verità soggettiva della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013; ORSINA A., *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2015. Da ultimo, v. ancora PERINI C., *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*. Atti del Sesto Ginnasio dei Penalisti, 18-19 Marzo 2016, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, a cura di DE FRANCESCO G.-MORGANTE G., Torino, Giappichelli, 2018, anche in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*, 30 marzo 2018.

⁷ Per una dettagliata ricostruzione del dibattito penalistico sull'ingresso del concetto di rischio nella teoria del diritto penale, nelle sue diverse accezioni endo- ed eso-sistemiche, si rimanda a PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit., spec. Cap. I p. 4 ss. e cap. II, p. 168 ss.

premesse epistemologiche e su modi di intendere anche profondamente diversi tra loro, ma sono per molti aspetti persino incompatibili. Data la complessità del tema, ogni tentativo di riassumerlo in poche battute sarebbe vano.

Nell'ottica del discorso che si intende svolgere pare sufficiente dar conto, seppur per sommi capi, della profonda trasformazione subita dal significato del termine nel passaggio da un modello di società pre-industriale/della prima industrializzazione, alla società tardo-moderna, della quale costituisce un tratto culturale distintivo.

La preoccupazione per il rischio e la sua emersione come categoria politico-culturale autonoma, infatti, sono il frutto di un processo iniziato nella seconda metà del XX^{esimo} secolo, quando scienza e tecnologia hanno cominciato a dominare ogni aspetto della vita quotidiana, rivelando al contempo le profonde contraddizioni del processo di industrializzazione. Sul punto vi è praticamente unanimità di vedute: tutto il discorso sugli aspetti sociali, psicologici e culturali del rischio nasce come risposta pratica ad un'ansia diffusa, ad una domanda crescente di sicurezza, ad una conflittualità dei cittadini "profani" verso le comunità di esperti preposti alla valutazione e alla gestione del rischio; fino a farne oggi una *cornice interpretativa* capace di *unificare* e dar veste a tutte le manifestazioni dell'incertezza strutturale che connota la nostra epoca⁸.

Per poter leggere diacronicamente gli sviluppi teorici dell'idea di rischio e il mutamento dei suoi significati è però necessario fare un passo indietro, operando un chiarimento preliminare sui principali approcci che si sono contesi il campo nell'ambito delle scienze sociali.

I criteri in funzione dei quali poter catalogare le teorie sociologiche di analisi del rischio sono vari e anche molto diversi tra loro, a seconda dell'elemento su cui si voglia di volta in volta concentrare l'attenzione (ad esempio il tipo di pericolo, determinate caratteristiche del rischio, le sue possibili definizioni, o ancora, il suo

⁸ Così CERASE A., *Il rischio come cornice culturale dell'incertezza*, in *Leussein - rivista di studi umanistici*, 2013, vol. 6, fasc. 1-2 (gennaio-agosto), p. 21 ss.; ID., *Quale idea della comunicazione del rischio? Tra teoria, prassi e assunti impliciti*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, Franco Angeli, 2015, p. 148 ss. Sul tema v. anche CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, in *Annali della facoltà di scienze della formazione*, 2007, vol. 6, p. 249 ss.; CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 41 ss.

significato sociale, il conflitto che esso genera e così via). La distinzione principale, però, resta quella basata sullo statuto epistemologico attribuitogli. Essa consente infatti di contrapporre due prospettive antitetiche, che costituiscono gli estremi opposti di una linea continua sulla quale si potrebbero ordinare idealmente tutte le differenti teorie: l'orientamento "realista" al rischio da un lato, e la prospettiva "costruttivista", o c.d. "fenomenologica", dall'altro lato⁹.

Le concezioni che seguono il primo orientamento intendono il rischio come *fenomeno fisico* indipendente dal modo in cui viene rappresentato e percepito, come *proprietà ontologica dell'ambiente* misurabile *oggettivamente* a prescindere dai processi socio-culturali¹⁰.

Secondo le concezioni costruttiviste, invece, il rischio non esiste in sé stesso, ma costituisce un *costrutto socioculturale*, il prodotto di una certa situazione storica socialmente determinata, risultato del modo in cui organizziamo la nostra conoscenza del mondo circostante¹¹.

In maniera schematica e necessariamente riduttiva – posto che alcuni approcci combinano elementi di entrambe le concezioni, altri sono oscillanti e altri ancora non sono riconducibili a categorie precise – nella posizione intermedia di questa linea immaginaria si potrebbe collocare la premessa epistemologica propria del c.d. costruttivismo debole, per la quale il rischio è sì riconducibile ad una minaccia oggettiva, ma la sua percezione è mediata dai processi politici e dal contesto socio-culturale di appartenenza¹².

⁹ Fa questa distinzione di fondo CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, cit., p. 255 ss. Sul punto anche CERASE A., *Il rischio come cornice*, cit., p. 24 ss.; ID., *Rischio e comunicazione*, cit., Cap. I p. 41 ss. e Cap. II, p. 77 ss.

¹⁰ CERASE A., *Quale idea della comunicazione del rischio?*, cit., p. 149 ss. Per approfondimenti v. anche CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, cit., p. 255 ss. e CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 40 ss.

¹¹ CERASE A., *Quale idea della comunicazione del rischio?*, cit., p. 149; CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, cit., p. 255 ss.

¹² Questa prospettiva di fondo accomuna tutti gli approcci socio-culturali al rischio, tra cui si ricordano l'approccio simbolico-culturale di Mary Douglas, quello della c.d. governamentalità ispirato dalle opere filosofiche di Micheal Foucault e quello relativo alla c.d. società del rischio, i cui esponenti principali sono Ulrich Beck e Anthony Giddens.

2.1. La prospettiva “realista”

A sviluppare la premessa epistemologica della prospettiva realista sono stati soprattutto gli approcci tecnico-scientifici che, dapprima nell’ambito delle discipline matematiche, dell’economia, della statistica, dell’epidemiologia e dell’ingegneria, hanno studiato il pericolo nel contesto del calcolo probabilistico, definendolo come il “prodotto delle probabilità e delle conseguenze del verificarsi di un certo evento avverso”¹³. Il rischio è quindi ricondotto nel panorama delle decisioni incerte, i cui effetti indesiderati si collocano nel dominio del futuro, senza mai essere completamente prevedibili. L’obiettivo comune dei suddetti approcci è appunto quello di costruire dei modelli predittivi e causali abbastanza accurati da consentire la stima delle minacce in termini di gravità e *magnitudo*.

Si tratta evidentemente di una lettura, d’impronta razionalista, radicalmente moderna, che presuppone, da un lato, lo sviluppo dei primi rudimenti di calcolo probabilistico e, dall’altro, un clima di fiducia nella scienza e nella razionalità umana, sotto il cui dominio cerca di ricondurre ciò che in epoca medievale appariva come l’imponderabile prodotto del fato o di una divinità malevola¹⁴. È infatti un tratto comune degli approcci razionalistici quello di associare il rischio a delle probabilità, a delle perdite e dei costi quantificabili, dunque di ritenere che ogni opzione decisionale sia soppesabile oggettivamente e perciò tale da consentire sempre l’individuazione della scelta “migliore”.

Non a caso, sebbene si registrino utilizzi del concetto di rischio già in epoca precedente, gli approcci in esame hanno cominciato a affermarsi solo in epoca rinascimentale, di pari passo alla concezione dell’uomo come *faber fortunae suae*, servendo poi da base allo sviluppo delle teorie dell’azione razionale e del paradigma di *homo economicus* tipico del liberalismo ottocentesco¹⁵.

¹³ CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, cit., p. 256.

¹⁴ Per un approfondimento su questi temi si vedano: EWALD F., *Two infinities of risk*, in *The politics of everyday fear*, a cura di MASSUMI B., Minneapolis, University of Minnesota Press, 1993, p. 226 ss.; LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit., p. 16 ss.; CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, cit., p. 252, spec. nota n. 12; CERASE A., *Il rischio come cornice*, cit., p. 23 ss.

¹⁵ Così CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 78 ss., nonché CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 35 ss., in particolare p. 37 ss. Danno conto di questa evoluzione anche NOCENZI M., *Vivere l’incertezza sociologia, politica e cultura del rischio ambientale nelle insicurezze da inquinamento elettromagnetico*, Milano, Franco Angeli, 2002, p. 19 ss.; GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 71 ss.;

Questa visione pragmatica del rischio, in uno con la fede nella sua calcolabilità, è peraltro perfettamente funzionale alle esigenze della modernità: risponde, infatti, all'incombenza – intensificatasi a cavallo tra il XVII^{esimo} e il XVIII^{esimo} secolo con l'espandersi dei traffici commerciali prima, e con l'avvento della rivoluzione industriale poi – di architettare delle forme di tutela economica contro i pericoli più tipici della navigazione e della fabbrica. Ecco allora che cominciano ad affiorare le prime compagnie assicurative e si affaccia la convinzione di poter sottrarre al destino, se non tutti, quantomeno una parte dei rischi di alcune attività umane.

Si tratta di un passaggio nodale, che determina l'emancipazione della nozione di rischio dal suo ambito elettivo precedente, le calamità naturali, per estenderla ad una platea sempre più ampia di attività e decisioni umane, fino a concepirla quale costo calcolabile di ogni azione umana pianificata¹⁶. Il rischio viene quindi ad esprimere la possibilità di manipolazione e controllo dell'ambiente da parte dell'uomo¹⁷. Sullo sfondo, lo si ripete, stanno il mito di una scienza certa e “neutrale”, l'edificazione di una visione illuministica del progresso basato su leggi scientifiche costanti e l'utopia di un controllo dell'imprevisto tendente all'assoluto.

Parallelamente, si è assistito allo sviluppo di un archetipo di attore individuale *attivo e razionale*, che non subisce passivamente le calamità ma è capace di dominare il futuro grazie alle leggi messe a disposizione dagli esperti: l'agente modello della prima modernità detiene la maestria del rischio e tenta di colonizzare il futuro usando metodi sistematici e razionali. Da ciò è conseguita una certa propensione del modello “realista” all'individualizzazione del rischio e un strumentalizzazione del concetto a fini colpevolisti: dato che ciascun essere umano è ritenuto astrattamente capace di dominare il pericolo, gli eventuali insuccessi tendono ad essere attribuiti all'insufficiente disponibilità di informazioni da parte dell'agente, oppure all'incapacità del singolo, dunque responsabilizzato sia per i rischi a cui espone gli altri sia per quelli a cui espone sé stesso¹⁸.

PERETTI-WATEL P., *Risque et innovation: un point de vue sociologique*, in *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, 2003-2, fasc. 18, p. 59 ss.

¹⁶ GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 71.

¹⁷ CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 37.

¹⁸ Così DOUGLAS M., *Risk as a forensic resource*, in *Dedalus. Journal of American Academy of Arts and Sciences*, 1990, vol. 119, n. 4, “Risk”, p. 1 ss., e trad. it. Nono S., *Il rischio una risorsa dialettica*, in DOUGLAS M., *Risk acceptability according to the social sciences*, Russel Sage Foundation, New

La visione esclusivamente realista del rischio e gli *approcci ingegneristici* che ne sono derivati hanno dominato il panorama teorico lungo tutto l'arco del processo industriale ma – sebbene influenzino ancora alcuni ambiti, quali le strategie di *risk management* – sono entrati in una fase di crisi profonda a partire dagli anni '60 del secolo scorso, proprio nel momento di apogeo della società industriale, quando è emerso un lato “oscuro” del progresso che, facendo vacillare la fede precedentemente riposta in scienza e tecnologia, ha alimentato un fervente dibattito politico-culturale sulla necessità di un ripensamento del rapporto tra rischi e società.

2.2. La prospettiva “costruttivista”: il crollo nella fiducia della scienza e la crisi del modello probabilistico razionale

Il manifestarsi dei limiti del calcolo probabilistico e il conseguente dissolvimento del consenso nei confronti della scienza stanno alla radice della fase destabilizzazione che attraversa la società industriale quantomeno dagli anni '70 del secolo scorso. Sicuramente, il verificarsi di una serie di tragedie dagli effetti potenzialmente irreversibili e su larga scala – si pensi, per citarne solo alcune, ai casi del Talimolide, di Lave Canal e di Chernobyl – ha contribuito ad accrescere la consapevolezza della nostra fragilità di fronte ai risultati collaterali di scelte effettuate da altri nostro malgrado, e, parallelamente, la determinare la messa in discussione della validità certa dei nessi di attribuzione causale e, con essa, del modello monocausalistico di imputazione di responsabilità. Le suddette vicende, inoltre, palesando la forza delle conseguenze sociali del rischio e l'impossibilità di ridurlo alla formula “prodotto tra le probabilità di un evento avverso e le sue conseguenze dannose”, ne hanno comportato la trasformazione in un problema sociale¹⁹.

York, 1985, trad. it., Nono S., *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991. Sull'argomento v. anche EWALD F., *Philosophie de la précaution*, in *L'Année sociologique*, 1996, vol. 46, n. 2, p. 387 ss.; DENNEY D., *Risk and Society*, London, Sage, 2005, p. 24; CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 41.

¹⁹ CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 92 s. Per approfondimenti sul tema v. anche CERASE A., *Il rischio come cornice*, cit., p. 24 ss.; ID., *Dalla società del rischio alla società a rischio zero: la paradossale radicalizzazione di un concetto*, in *Lezioni di società. L'eredità di Ulrich Beck*, a cura di COLELLA F.-FAGGIANO M.P.-GAVRILA M.-NOCENZI M., Milano, EGEA, 2016, p. 37 s.; ID., *Le sfide per la comunicazione del rischio in ambito sanitario*, in *Energia, ambiente e innovazione*, 2017, fasc. 3, p. 90 s. Sul sapere non certo che contraddistingue le condizioni della modernità, anche GIDDENS A., *The consequences of modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990, trad. it. Guani M., *Le conseguenze della*

Questo profondo mutamento ha fatto acquisire centralità ad approcci al rischio diversi da quello tecnico-scientifico, viceversa oggetto di critiche sempre più serrate su diversi fronti. Le più significative riguardano l'evidente riduzionismo delle impostazioni fondate sul solo calcolo probabilistico, la non corrispondenza del modello di agente razionale con il modo in cui realmente gli individui decidono di agire, nonché l'idea che la valutazione del rischio consista in neutrali calcoli di costi-benefici, in un prodotto "avalutativo" della scienza da riservare, pertanto, ai soli saperi esperti.

Ad accomunare le teorie riconducibili all'approccio c.d. costruttivista ("forte" o "debole" che sia questa componente), invece, è proprio l'affermazione che il rischio non possa essere selezionato, conosciuto e rielaborato se non per il tramite di una certa interazione sociale e che lo stesso, assieme alle azioni che ne derivano, possa essere letto solo in relazione ad un certo insieme di valori.

Invece, si lamenta, un approccio esclusivamente quantitativo al rischio, pretendendo di escludere che il modo in cui si leggono *fatti* sia influenzato dal *sistema di valori* che si sceglie di adottare, finisce per non considerare la complessità di molti sistemi tecnologici moderni – collocati in un ambiente sociale a forte componente interazionale – e delle strutture organizzative che li governano. La probabilità di un evento avverso, si controbatte, non dipende solo dall'oggettivo potenziale distruttivo della tecnologia impiegata, ma anche dal modo in cui le organizzazioni incaricate della gestione riescano a cogliere i "segnali anticipatori", i campanelli di allarme che precedono la traduzione di un certo rischio in evento imminente. Senza contare, poi, le derive semplificatorie connaturate alla tendenza riduzionistica, spesso usata come panacea della complessità di fenomeni la cui natura è tipicamente sociale²⁰.

Perché il calcolo probabilistico possa dare risultati sufficientemente accurati, si aggiunge, è indispensabile poter definire i plurimi sotto-eventi (o c.d. scenari) che concorrono alla probabilità di conseguenze più generali e, soprattutto, occorre che si

modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 47; nonché, SELVAGGIO M.A., *L'approccio della sociologia al rischio ambientale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato – Rivista internazionale online*, Atti della Giornata di Studi su "Tutela dell'ambiente e diritti dei singoli percorsi storici e prospettive attuali", Salerno, 3 Dicembre 2009, p. 5 (reperibile anche sul sito: www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com).

²⁰ CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 87 e s.

tratti di un evento finale che si ripete in modo abbastanza frequente: quanti più eventi negativi simili si riescano a registrare, infatti, tanto più saranno accurate le stime della probabilità di verifica di quel *tipo* di rischio, e tanto più efficaci saranno le strategie di contrasto elaborate. È evidente, allora, che se l'approccio probabilistico può ancora funzionare rispetto – ad esempio – a certi incidenti stradali, manifesta tutti i suoi limiti davanti ai rischi della società attuale, perché si tratta di fenomeni connotati, non di rado, da un'incertezza sia “ontologica” (perché gli sviluppi futuri di certi sistemi complessi sfuggono a predizioni deterministiche) sia epistemologica (legata ad un *deficit* conoscitivo delle leggi causali che li governano); basti pensare a molte malattie o ai terremoti, in relazione ai quali resta impossibile predire in quale punto e momento avrà luogo la rottura di un frammento di faglia²¹.

Ad essere fortemente criticato, infine, è il carattere autoritario e tecnocratico della visione tardo-positivistica, in uno con l'asimmetria di potere decisionale che ne deriva. Dato che il rischio è ridotto a formula probabilistica – da valutare unicamente alla luce di fatti oggettivi, senza spazio per giudizi soggettivi o riferimenti valoriali – gli unici ad avere autorità a riguardo sarebbero gli scienziati esperti, legittimati in quanto detentori di un sapere superiore e produttori di un giudizio razionale. Da bandire, invece, la confutabilità stessa dei fondamenti epistemologici, le visioni normative, e più in generale, l'ingresso di qualsivoglia valutazione sociale; in ogni caso da escludere, l'ammissione dei cittadini profani al dibattito sul rischio e alle politiche di gestione dello stesso. Tutto ciò con la deprecata conseguenza di vulnerare la democraticità dei processi decisionali e accrescere la sfiducia del pubblico nei confronti dei gestori del rischio²².

Il quadro di fine secolo appare quindi fortemente conflittuale: da un lato, si rafforza la concezione del rischio quale conseguenza precipua di azioni e decisioni umane piuttosto che dell'ambiente (nel qual caso si parla invece di “pericolo”)²³; dall'altro, la complessità sociale rende difficile attribuire a qualcuno le conseguenze

²¹ CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 85 s.

²² Sul crollo di fiducia nei saperi esperti v. GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 89 ss., e 126; CERASE A., *Il rischio come cornice*, cit., p. 24 s.; ID., *Dalla società del rischio*, cit., p. 39; ID., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 82 ss. Sul calo di confidenza nelle autorità pubbliche v. CERASE A., *Quale idea della comunicazione del rischio?*, cit., p. 151 ss.

²³ Questa distinzione, che caratterizza in particolare il pensiero Lumann, verrà approfondita nel successivo § 3.

dei processi decisionali, perché spesso non è possibile controllare interamente le conseguenze degli stessi sui risultati delle decisioni.

All'interno dell'approccio c.d. costruttivista – nello specifico della sua corrente “debole”²⁴ – i sostenitori della c.d. teoria della società del rischio, principalmente Ulrich Beck e Anthony Giddens, hanno ritenuto talmente radicali le trasformazioni che hanno caratterizzato il XX^{esimo} secolo, da determinare il passaggio a un nuovo paradigma sociale, emerso dalle ceneri della società industriale, invece in irreversibile crisi. L'elemento “di rottura” rispetto al passato, nonché asse-portante della società nascente (c.d. industriale del rischio), viene individuato proprio nel rischio – o meglio, in una costellazione di rischi dalla natura peculiare e dall'impatto globale. Di fronte agli stessi, la vecchia società avrebbe visto crollare, attraverso un processo di modernizzazione c.d. *riflessiva*, tutte le sue basi logico-epistemologiche – la chimera di una scienza certa e di una tecnica onnipotente, l'illusione di poter neutralizzare pericoli ed effetti incerti derivanti da decisioni dell'uomo, il mito del progresso, la fiducia nella razionalità, il concetto di classe e le istituzioni ad esso collegate.

Il passaggio è quindi da una “*società dei fatti*”, che si illudeva di poter governare le conseguenze dell'agire umano attraverso un assodato sistema di conoscenze, a una “*società della possibilità*”, nella quale convivono ambivalentemente: da un lato, l'evoluzione di un sapere sempre più scientifico e specializzato e il perfezionamento della tecnica e delle abilità; e, dall'altro, la moltiplicazione di fattori di rischio che rimangono un'incognita proprio per quella scienza fautrice del progresso²⁵. Con il paradosso che viviamo nella società più sicura di sempre e non ci siamo mai sentiti tanto pervasivamente insicuri quanto adesso.

Anche se è il c.d. rischio c.d. tecnologico – nello specifico quello nucleare – ad essere preso particolarmente di mira dalla teorica della “società del rischio”, il riferimento alla stessa consente di evidenziare alcune caratteristiche, comuni anche ad

²⁴ Per un approfondimento sul punto v. CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 40 ss. nonché CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, cit., p., 255 ss.

²⁵ Descrive il passaggio in questi termini PIERGALLINI C., “*Civile*” e “*penale*” a perenne confronto: *l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 4, § 6.1., p. 1319 ss. Sempre sul punto, ID., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto “penale del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1474 nonché VALBONESI C., *Scienza, “grandi rischi”, e responsabilità penale*, in *L'Indice penale*, 2013, p. 526.

altri rischi tardo-moderni, che ne fanno effettivamente un *unicum* estraneo alle epoche precedenti, perciò bisognoso di trattamenti e di forme di regolamentazione *ad hoc*.

Ad emergere sono in particolare due aspetti, tra sé strettamente collegati: da un lato, l'origine in un certo senso "sociale" o "sistemica" di tali pericoli, nel senso che si tratta di rischi la cui fonte sta nell'atteggiarsi della società stessa, in quanto «prodotti in modo *sistemico* come parte integrante del processo di modernizzazione»²⁶; e dall'altro, il fatto che al rischio si correla la necessità di una valutazione, di una decisione in termini di gestione e contenimento, che è diventata troppo pesante per gravare sulle spalle di un unico soggetto. Nella società del tardo-moderna, infatti, quelli dell'impedimento, della minimizzazione e della canalizzazione di rischi ineliminabili, prodotti sistematicamente dal sistema sociale, sono problemi anzitutto istituzionali.

3. ORIGINE E STRUTTURA DEI NUOVI RISCHI

Nella teoria inaugurata da Beck, il rischio designa una situazione di *non-più-ma-non-ancora* – mediana tra la fiduciosa sicurezza e la catastrofica distruzione – riferibile ad un'ampia gamma di contesti e attività moderne: dall'industria pesante, che sfrutta a dismisura le risorse naturali, alla più semplice attività imprenditoriale, dal ricorso alle attrezzature nucleari, fino all'estremo opposto rappresentato dall'uso delle più comuni tecnologie²⁷.

Nel pensiero del sociologo, la natura dei rischi moderni è nettamente distinta da quella dei rischi "classici", di magellana memoria. I "nuovi" rischi non sono evocativi delle spedizioni avventurose di chi andava a scoprire nuove terre, quanto di

²⁶ BECK U., *La società del rischio*, cit., p. 18 ss., spec. p. 28.

²⁷ BECK U., *La società del rischio*, cit., p. 25 ss., spec. p. 44; ID., *Weltrisikogesellschaft: auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2007, trad. it. Sandrelli C., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11 s., dove chiarisce che rischio non significa assenza di qualsiasi forma di sapere, «piuttosto, esso mescola il sapere e il non-sapere nell'orizzonte di senso della probabilità» e quindi si rapporta con un'incertezza che non si può superare con una maggiore conoscenza, ma scaturisce proprio dalle maggiori conoscenze possedute; ID., *World Risk Society and Manufactured Uncertainties*, in *Iris – European Journal of Philosophy and Public Debate*, Vol. 1, n. 2, 21 October 2009, p. 291 ss., spec. p. 292 (reperibile anche sul sito: www.fupress.net). Sul punto v. anche BOSETTI G., *Il lessico di Ulrich Beck*, in *Reset*, 2001 (marzo-aprile), n. 65, reperibile sul sito: www.reset.it, nonché CERASE A., *Dalla società del rischio*, cit., p. 42.

un progresso tecnico-scientifico smisurato che, complice il processo di globalizzazione, si tramuta in una minaccia per la sopravvivenza stessa dell'umanità.

I rischi non sono più “personali”, gravanti solamente sulle spalle di chi decide di correrli, ma si spersonalizzano assumendo un carattere di *indivisibilità* e *cumulatività*²⁸. Nemmeno “pungono” più gli occhi o il naso, ma nella loro *immaterialità* di formule chimiche o algoritmi matematici, sfuggono ad ogni percezione sensoriale diretta. Non trapelano quindi, in modo chiaro e immediato, da un certo contesto fattoriale: neanche il senso comune basta a prevederli. Senza possedere un certo tipo di sapere “chi vi si imbatte” non li nota²⁹.

Quanto alle cause, Beck definisce i rischi della tarda-modernità come un «prodotto tutto compreso dell'industrializzazione», frutto non voluto né prevedibile di attività riconducibili a decisioni umane – assunte dai governi, da scienziati e tecnologi, ma anche da enti pubblici e organizzazioni private sulla base di calcoli utilitaristici.

Si tratta di ripercussioni pericolose che sono il sottoprodotto della portata più estesa e della maggiore interdipendenza dell'azione umana³⁰, ovvero «effetti collaterali latenti» generati *in modo sistemico* dal processo di modernizzazione³¹: da una produzione industriale eccessiva, dallo sfruttamento improprio di risorse, dall'industria nucleare e, in generale, da una serie di attività organizzate in sé anche socialmente utili³². L'impatto di tali effetti, è transazionale, non circoscrivibile, ma democratico, nel senso che possono colpire chiunque, comprese le vite di coloro che li hanno prodotti.

A tale riguardo Beck introduce il concetto, poi ripreso anche da Giddens, di *manufactured uncertainties* o *manufactured risks*³³. Si tratta di rischi distinti, per un

²⁸ Sull'indivisibilità e cumulatività dei rischi v. CERASE A., *Dalla società del rischio*, cit., p. 37 ss.

²⁹ BECK U., *La società del rischio*, spec. p. 35 ss., per cui si tratta di pericoli che hanno bisogno degli «organi di senso della scienza – teorie, esperimenti, strumenti di misurazione – per poter essere visibili ed interpretabili in quanto tali».

³⁰ Sul punto GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 51.

³¹ BECK U., *La società del rischio*, cit., p. 28.

³² CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p.45

³³ Sul concetto di «*manufactured uncertainties*» v. BECK U., *World Risk Society*, cit., pp. 291-299; nonché YATES J., *An Interview with Ulrich Beck on Fear and Risk Society*, in *The Hedgehog Review*, Fall 2001, pp. 96-107, trad. it. Carassai M., *Paura e società del rischio. Un'intervista a Ulrich Beck – a cura di Joshua Yates*, in *Lo Sguardo - rivista di filosofia, Filosofia a catastrofe*, a cura di CARASSAI M.-GUIDI S., 2016, II, n. 21, pp. 209-218 (reperibile anche sul sito: www.losguardo.net). In termini

verso, dai c.d. *external risks* – pericoli “fortuiti”, catastrofi ambientali, a cui siamo “esposti” senza contribuirvi, attribuiti alla natura, al caso o, come avveniva soprattutto nel passato, alla divinità – e, per altro verso, dai pericoli calcolabili caratteristici della prima modernità che, ripetendosi con una certa regolarità sono ampiamente prevedibili e quindi indennizzabili. A connotarli, invece, il fatto di essere creati dalla società e immanenti alla stessa, gravando come una spada di Damocle in capo all’intera collettività; inoltre, dipendono da decisioni dell’uomo: presuppongono cioè scelte fatte nel tentativo di rendere prevedibili e dominabili le conseguenze, imprevedibili, delle deliberazioni della civilizzazione³⁴. In altri termini, gran parte delle minacce a cui siamo esposti, derivano anche dalle deliberazioni adottate da altri cittadini nel manovrare i progressi tecnologici.

Proprio in ragione delle loro caratteristiche, le decisioni che prendono ad oggetto tali rischi si muovono in una condizione di *incertezza*: vuoi perché si tratta di pericoli spesso *de-localizzati*, cioè diffusi in modo ubiquitario quanto a cause ed effetti; vuoi per il lungo periodo di latenza che spesso li contraddistingue, impedendone una determinazione temporale attendibile; vuoi per la loro origine multifattoriale e per l’oscurità (nei casi più fortunati semi-oscurità) del reticolo causale, difficilmente spiegabile ricorrendo a un modello nomologico; vuoi per il ruolo appunto *riflessivo* della scienza, al contempo generatrice di nuovi saperi sui rischi e di nuovi rischi che è incapace di governare; vuoi, ancora, per l’*imponderabilità* delle conseguenze ad essi collegate e, infine, per la c.d. *dominante collettiva* dei protagonisti del conflitto sociale; ovverosia, per il fatto che molti di questi rischi sono innestati da una fonte peculiare: quella dell’attore *diffuso*, dell’organizzazione complessa³⁵.

Da queste riflessioni emerge un aspetto da non trascurare: se è vero da sempre che viviamo fra possibilità di pregiudizi (nel senso di danni e offese) dal *quantum* di probabilità variabile e dalle molteplici cause scatenanti possibili (l’attività di terzi, l’ambiente naturale, noi stessi), nello scenario descritto da Beck la probabilità di offesa e il potenziale distruttivo appaiono certamente maggiori, ma – più rilevante ancora –

pressoché analoghi GIDDENS A., *Risk and responsibility*, in *The Modern Law Review*, vol. 62, n. 1, Jan. 1999, p. 4.

³⁴ BECK U., *La società del rischio*, cit. p. 28 ss. e p. 53 s.

³⁵ Così PIERGALLINI C., “Civile” e “penale”, cit., p. 1319.

qualitativamente diversi nell'origine; perché alle fonti tradizionali si è aggiunta l'attività organizzata degli uomini, lo svolgimento di attività "sistemiche" a forte componente interazionale, a fondamento delle quali si annidano una serie di decisioni umane consapevoli che alterano l'ambiente naturale e sociale per cogliervi nuovi vantaggi e opportunità di sviluppo, considerando al contempo le prevedibili conseguenze collaterali di tali scelte³⁶.

Infatti, molti dei rischi che popolano la vita moderna – dagli incidenti stradali al riscaldamento globale, dall'inquinamento atmosferico al rischio terapeutico, dai danni da prodotto alle malattie contratte per inalazione di sostanze tossiche sui luoghi di lavoro – sono solitamente il rovescio di attività socialmente utili, fanno cioè da corollario ad attività altrimenti benefiche (per individui, comunità ed economie nazionali) nelle loro conseguenze³⁷.

Nel panorama sociologico non è esclusiva di Beck la constatazione che, a causa della tecnicizzazione dell'agire nei più svariati ambiti,

le situazioni di rischio ricollegabili ad attività e a decisioni umane siano andate via via moltiplicandosi, fino a divenire un fenomeno sociale "strutturale"³⁸.

Già prima di lui, pur muovendo da una concezione sociologica profondamente diversa, anche Luhmann si era soffermato sull'analisi del concetto di rischio e, più in particolare, sui suoi tratti differenziali rispetto al concetto di pericolo; è questa, infatti, la distinzione, ritenuta discriminante nel passaggio alla società tecnico-scientifica contemporanea, appunto contraddistinta dalla crescente trasformazione dei "vecchi" pericoli in rischi. Sterile, invece, la precedente alterativa tra "rischio" e "sicurezza", posto che una sicurezza assoluta, intesa come raggiungimento di una situazione "a rischio zero", si è rivelata impraticabile³⁹.

³⁶ Sul punto v. CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 37

³⁷ Per dirla con Beck «le forze produttive sprigionano anche forze distruttive», costringendo il processo di modernizzazione a confrontarsi con problemi risultanti dal suo stesso sviluppo (*La società del rischio*, cit. p. 27 s.). Sul doppio volto del rischio – insieme pericolo e opportunità – v. BECK U., *Conditio humana*, cit. p. 10 ss.

³⁸ Tra i tanti, si vedano soprattutto LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit., p. 4, pp. 10-13, p. 19 ss., nonché p. 29 ss., spec. pp. 32-33, quanto alla distinzione tra pericolo e rischio; GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 41ss., spec. p. 43 s. e 111 s.; DI PORTO F., *Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica*, in *Riv. dir. alimentare*, Anno V, n. 4, ottobre-dicembre 2011, p. 34 ss. (reperibile anche sul sito: www.rivistadirittoalimentare.it).

³⁹ LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit., p. 29 e p. 38 s. La considerazione che il raggiungimento del c.d. rischio zero sia un esito del tutto irrealistico è condivisa anche da altri, tra i tanti v. GIDDENS A.,

A parità di presupposto – “l’incertezza rispetto a danni futuri” – il discrimine tra pericoli e rischi viene individuato nel modo di intendere le rispettive fonti: i primi, ai quali si può solamente dire di “essere esposti”, sono sempre di fonte esterna, o comunque vengono avvertiti come tali dall’osservatore; per parlare di rischi, invece, è necessaria la possibilità di assumere una decisione alla quale si attribuisce l’eventuale danno. In altri termini, «senza possibilità di scelta non c’è rischio»⁴⁰.

Nel ragionamento di Luhmann, quindi, la fonte del rischio – quale concetto prettamente moderno – non è ricondotta all’ambiente naturale, a fattori quindi incerti, non direttamente controllabili e imprevedibili, ma è sempre attribuita a un atto decisionale senza il quale il danno non potrebbe insorgere. Con il rischio entra cioè in gioco la “contingenza”, intesa come l’eventualità che quella particolare azione che è la decisione generi conseguenze diverse da quelle volute⁴¹. La moderna conversione dei pericoli in rischi viene quindi ricollegata all’estensione, e più accentuata ramificazione, del potenziale decisionale, alla ricchezza di alternative derivante dalla nostra accresciuta capacità di conoscere e governare l’ambiente sociale e naturale. La distinzione, allora, non sta in uno stato di fatto materiale, ma nel modo in cui qualcosa viene osservato: con l’aumento dell’attenzione al futuro e la moltiplicazione delle possibilità di scelta e dei valori informativi, sempre più situazioni vengono addossate come decisioni, anche se riguardanti pericoli naturali (quali terremoti, uragani, eruzioni vulcaniche).

Oggi possiamo valutare se accordare concessioni edilizie in certe zone o meno in base alla loro tendenza sismica perché disponiamo di “mappe di rischio sismico”; per i progressi conseguiti dall’ingegneria civile possiamo decidere se costruire o rinnovare gli edifici in base ai criteri antisismici, così da limitare gli eventuali danni. Tutto ciò nonostante i terremoti siano sostanzialmente ritenuti eventi imprevedibili.

Le conseguenze della modernità, cit., p. 41 e 112, dove nota il rischio non è mai del tutto eliminabile; SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, cit., p. 17 ss, spec. p. 19 secondo il quale, per eliminare tutti i pericoli, si dovrebbe «poter predeterminare del tutto il corso delle cose e del mondo». Condividono l’assunto anche PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, in *Pol. del diritto*, 1998, fasc. 4, p. 665 e p. 672, e BAUMAN Z., *La solitudine del cittadino globale*, cit. p. 49.

⁴⁰ Lo nota anche GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 68.

⁴¹ Così LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit., p. 33, nonché FIORINI P. P., *Il concetto di rischio tra dismisura, e sistema*, in *Rivista della Scuola Superiore di Economia e delle Finanze*, 2005, fasc. 3, p. 329 ss. Per un approfondimento sulla concezione di Luhmann v. Cerase A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 67 ss., spec. sul punto p. 70.

Parimenti, dato che l'incertezza della vita sociale è assunta ad oggetto di decisioni politiche, anche queste situazioni vengono percepite come rischi: dall'abuso di alcool, all'introduzione di generi alimentari nocivi, dall'uso corretto o meno dei mezzi di trasporto al terrorismo⁴². Il bilancio finale è che i rischi siano insiti nello sviluppo stesso delle possibilità del sapere e della ricerca e non esiste alcun comportamento che ne sia del tutto scevro. Se si prende una decisione, c'è sempre qualche rischio che non si può evitare, di più, «anche la non-decisione è una decisione», per cui qualunque interesse può in ipotesi essere ricondotto alla dicotomia rischio-pericolo⁴³.

Considerazioni per un certo verso simili si ritrovano anche nel pensiero dei teorizzatori della c.d. società del rischio. Sia Beck che Giddens, infatti, evidenziano che la possibilità di prevedere potenzialità lesiva e intensità di alcune conseguenze incontrollabili, in uno con quella di arginarne le conseguenze dannose, abbia spinto a privilegiare sempre più spesso l'impiego del concetto di rischio a scapito di quello tradizionale di pericolo. Alla base del rischio sta una certa possibilità umana, se non di dominare del tutto, quantomeno di guidare gli accadimenti futuri, riducendo gli effetti avversi di alcuni fattori di pericolo la cui insorgenza l'uomo non è tuttavia capace di controllare. In tal senso, Giddens definisce il rischio come un effetto tipico del processo di "socializzazione" della natura, non più concepita come sistema esterno in grado di soggiogare le attività umane, bensì come ambiente modificabile a vantaggio dello sviluppo umano⁴⁴.

In conclusione, il rischio tardo-moderno, quale risvolto di attività spesso socialmente indispensabili, pare animato da una tensione ambivalente nei confronti di un futuro che si dà per definizione incerto (perché senza incertezza non c'è rischio)⁴⁵: quale prezzo di ogni azione umana – denota l'impossibilità dell'uomo di prevedere a sufficienza il tempo che verrà; mentre – quale concetto riassuntivo della pretesa di dominare l'incertezza – esprime l'insieme delle azioni del presente volte a calcolare

⁴² CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 71.

⁴³ LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit., pp. 38-39 e p. 55 ss.

⁴⁴ Sul punto GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 46 s. e p. 111, nonché CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 53.

⁴⁵ Lo nota GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 68. Sull'incertezza come elemento connaturale del rischio v. CERASE A., *La comunicazione dei rischi in contesti di incertezza interpretativa: prima e dopo il 6 aprile 2009*, in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova University Press, 2016, p. 106.

tale futuro o a limitarne le conseguenze dannose. Pertanto, è suscettibile di essere letto attraverso due opposte chiavi di lettura, l'una positiva, negativa l'altra: la concezione positiva del rischio, inteso come impulso teso alla consecuzione di un vantaggio, è un artefice di libertà, di alternative e di ricchezza nella società moderna. Associato a eventi dannosi, invece, il termine esprime l'incontrollabilità delle conseguenze delle decisioni di civiltà, un'incertezza "fabbricata" da quello stesso progresso a cui ha fatto, al contempo, da motore.

Si tratta, quindi, di un concetto veramente performativo che rivela l'aspirazione istituzionale di controllo dei pericoli e quindi rinvia alla «risposta socialmente strutturata al pericolo»⁴⁶. Di fronte al rischio, infatti, la dicotomia tra bene e male si rivela del tutto inadeguata: il "male" non è più qualcosa che può essere rimosso per garantire il "bene", pertanto la questione non può che essere riformulata in termini di soglie e di equilibrio⁴⁷; in pratica, dietro al concetto si annida la necessità di compiere scelte, bilanciamenti tra interessi contrapposti, di mettere in atto attività di programmazione. Tutte attività che il singolo consociato spesso non è in grado di svolgere nella completa solitudine.

In altre parole, il discorso sul rischio, quale misura del pericolo che si accetta, mette al centro la necessità di una sua "gestione", di una presa in carico del problema da parte delle istituzioni, al fine di rendere i rischi "della modernità" tollerabili e compatibili con la crescita, con lo sviluppo e, in certi casi, finanche con la vita delle generazioni future. La vera questione diventa quella di stabilire il *quantum* di accettabilità di rischi di tal fatta e, al tempo stesso, quella dell'individuazione del/i soggetto/i deputati a prendere una tale decisione e ad accollarsi le relative conseguenze e responsabilità⁴⁸.

⁴⁶ Così DUCLOS D., *Puissance et faiblesse du concept de risque*, in *L'Année sociologique*, 1996, vol. 46, n. 2, p. 309, nonché CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 38.

⁴⁷ Lo evidenzia EWALD F., *Two infinities of risk*, cit., p. 221 e p. 226. Sulla necessità di non dimenticare l'anima "positiva" del rischio, inteso come accompagnamento della libertà di scelta nonché corollario di attività altrimenti vantaggiose v. GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 68.

⁴⁸ BECK U., *La società del rischio*, cit. p. 37 ss. Simili le considerazioni di PANNARALE D., *Dipendere dal rischio*, cit., p. 671 ss., nonché di GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 53, in particolare p. 59 ss. quanto alla questione della responsabilità per la regolamentazione del rischio.

4. LA “POLITICITÀ DEL RISCHIO” TRA “DEMONOLOGIA” E PRECAUZIONISMO RAZIONALE

Il fatto di pensare il rischio come risultato di una o più decisioni umane piuttosto che come accadimento esterno, sembrerebbe – ad un primo sguardo – suscettibile di determinare un allargamento delle responsabilità (pubbliche o private che siano), permettendo al contempo di regolamentare tali scelte per prevenirne le conseguenze dannose. Vi è chi ha ritenuto, infatti, che di fronte ad un rischio così teorizzato sarebbe sempre possibile individuare un qualche responsabile perché, aumentata la rilevanza dei processi decisionali e con questa il ruolo attivo dell’uomo, anche eventuali danni si manifesteranno più spesso come il risultato di una sua deliberazione, sottovalutazione o di un mancato intervento impeditivo nei confronti del pericolo⁴⁹.

Limitarsi a conclusioni così affrettate sarebbe tuttavia semplicistico.

In effetti, è vero che in passato molte delle minacce oggi concepite in termini di rischio erano connesse a cause esterne (la Natura, o altre forze indomabili, il caso) e, pertanto, l’approccio dell’uomo nei loro confronti era tutto incentrato sulla riparazione dei danni *post* evento, mentre a livello di prevenzione *ex ante*, per proteggersi da tali fatalità, non pareva esserci altra strada che quella delle degli auspici e dei riti propiziatori. Oggi invece, la sensibilità sociale è mutata e la tendenza è indubbiamente quella di ricercare un qualche soggetto da eleggere “responsabile” della causazione (o più spesso della con-causazione) dell’evento, in base all’assunto che, attraverso una valutazione diversa, le probabilità di offesa insite in una certa situazione

⁴⁹ BECK U., *La società del rischio*, cit. p. 218 ss. Per approfondimenti sul punto si rimanda, tra i tanti, a PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, cit., p. 671 ss.; SAVONA P., *Dal pericolo al rischio: l’anticipazione dell’intervento pubblico*, in *Dir. ammin.*, 2010, fasc. 2, p. 355 ss., spec. p. 359; ORSINA A., *Rischio da incertezza*, cit., p. 4 ss.; GARGANI A., *Profili di responsabilità penale degli operatori della protezione civile: la problematica delimitazione delle posizioni di garanzia*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell’Unione Europea e in ambito penale*, a cura di GESTRI M., Milano, Giuffrè, 2016, p. 207 ss.; DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile: il rischio penale tra presente e futuro*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, I, p. 89; AMATO D., voce *Diritto penale delle calamità naturali*, in *Diritto on line Treccani – Approfondimenti enciclopedici*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 2019. Più in generale, v. DOUGLAS, M., *Risk and blame. Essays in cultural theory*, London, Routledge, 1992, trad. it. Bettini G., *Rischio e colpa*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 22 ss. e, già prima, ID., *Risk and danger*, Relazione alla “Japanese-European Conference on Risk”, Ispra, Varese, 1989, trad. it. Nono S., *Rischio e pericolo*, in DOUGLAS M., *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991; LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit. p. 4; CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 53 s.

o in una data attività si sarebbero potute arginare⁵⁰. La promessa della modernità, infatti, era proprio quella di fornire gli strumenti – più scienza, tecnologie innovative e più efficaci, standard di sicurezza maggiori – con cui sormontare quelle minacce prima vissute come fatalità⁵¹.

Tuttavia, le osservazioni svolte nei precedenti paragrafi hanno palesato lo iato che separa i rischi, intesi quali effetti negativi di attività socialmente organizzate, dai fattori “ottocenteschi” di pericolo, rendendo evidenti anche i limiti patiti dai tentativi di controllarli.

Nella società industriale, i pericoli che l'uomo era impegnato a governare erano ancora isolabili e puntiformi, potevano essere previsti *ex ante*, quindi tipizzati e gestiti individualmente; qualora legati all'azione umana, volendo erano persino eliminabili dal singolo attraverso l'astensione dall'azione pericolosa. In altre parole, erano fattori puntuali e facilmente riconoscibili, così come ben reperibili erano gli accorgimenti da adottare per neutralizzarli, quindi il singolo agente era ritenuto capace di incidervi positivamente attraverso condotte preventive⁵².

Invece, gli effetti indesiderati di una attività programmata socialmente si caratterizzano per il loro essere diffusi, endemici e a-specifici. Hanno una origine “multifattoriale”: la loro probabilità è mediata da vari fattori, su alcuni dei quali la volontà del singolo, ahimè, non ha controllo, trattandosi a volte anche di decisioni “altrui” esterne alla propria sfera diretta di dominio⁵³. Sono rischi ricollegati alla programmazione più che a una singola azione; rischi che evocano l'idea della cooperazione, di un'organizzazione che chiama in causa l'opera di più soggetti, all'occasione anche di un singolo, ma comunque nell'ambito di attività il cui esercizio è regolamentato.

⁵⁰ PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, cit., p. 671 ss. Propensione che, vista con le lenti del penalista, riscontra le ripercussioni maggiori proprio sulle manifestazioni delittuose colpose più che su quelle intenzionali dolose, sul punto SILVA SANCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. italiana a cura di MILITELLO V., Milano, Giuffrè, 2004, § 2.1.

⁵¹ YATES J., *Paura e società del rischio*, cit., p. 211.

⁵² Afferma che il “non fare” è da sempre il mezzo più sicuro per sottrarsi ad avversità e responsabilità, SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, cit., p. 16.

⁵³ Per una interessante ricostruzione dell'evoluzione nel modo di tematizzare i concetti di “incidente” e di “danno ingiusto”, v. CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 50 ss.

Non a caso, lo stesso Luhmann – che individua il tratto “essenziale” del rischio proprio nella sua derivazione da una decisione umana – è costretto ad ammettere che, così inteso, il concetto patisce una limitazione: infatti, per parlare di “attribuzione a decisioni” è necessaria la possibilità di una scelta tra alternative – distinte in maniera riconoscibile quanto all’eventualità di danni – che sia, inoltre, riconducibile a qualcuno. Invece, nei sistemi complessi, è diventato sempre più difficile imputare puntualmente le conseguenze dannose dei processi di scelta, perché un governo e un controllo totale di tali decisioni e dei loro esiti non è mai possibile⁵⁴. In molti casi, si accumulano gli effetti di più decisioni diverse, si realizzano conseguenze a “lunga scadenza” di scelte non più precisamente distinguibili, i rapporti causali si fanno così complessi da non essere ricostruibili: alcuni danni, anche notevoli, non sono attribuibili a scelte puntuali, anche se, paradossalmente, senza una qualche decisione non vi si sarebbe giunti.

Nella sociologia critica dei teorici della “società del rischio”, è proprio questo il tratto più caratterizzante dei c.d. manufactured risks (rischi antropici “fabbricati” dal processo di modernizzazione). Ritenuti il frutto di decisioni prese da entità (sia economiche che politiche) organizzate, piuttosto che dai singoli operatori, tali rischi recano con sé l’esigenza di mettere in relazione effetti dannosi con singoli fattori, che però sono difficilmente isolabili in un sistema composito com’è quello del modo di produzione industriale, caratterizzato dalla divisione qualificata del lavoro⁵⁵. Usando le parole Beck, “l’interdipendenza sistemica degli attori altamente specializzati della modernizzazione (...) corrisponde all’assenza di singole cause e di responsabilità isolabili”⁵⁶, e genera una sorta di irresponsabilità collettiva c.d. “organizzata”, fortemente criticata dallo stesso autore: politici, esperti scientifici e mondo degli affari

⁵⁴ LUMHANN N., *Sociologia del rischio*, cit., p. 36 ss., fa l’esempio dei danni ambientali, adducendo che il superamento di certe soglie o un’intervenuta catastrofe siano solo raramente riconducibili ad una singola decisione.

⁵⁵ Ritiene che sia una prerogativa del pensiero di Beck, in ciò diverso rispetto a Luhmann, quella di pensare il rischio come prodotto di decisioni di enti plurisoggettivi economico-politici, più che del singolo cittadino, CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 46.

⁵⁶ BECK U., *La società del rischio*, cit. p. 43.

si passano a turno la “patata bollente” delle decisioni sul rischio e delle relative responsabilità, lasciando i cittadini soli e disorientati⁵⁷.

Certo, nel lavoro di Beck, una tale affermazione viene indubbiamente riferita ad eventi della portata di un incidente nucleare, di una catastrofe ambientale o del disboscamento indiscriminato; a rischi cioè “globali” che rendono palese l’impossibilità del singolo di trovare un qualche argine o riparo⁵⁸. È evidente che nessun individuo può evitare o sottrarsi radicalmente a tali rischi, come neppure al pericolo che certi cibi che assume siano adulterati o infarciti di sostanze chimiche tossiche, o che l’acqua che beve sia inquinata: a patto di non bere e non mangiare. Ma nemmeno si può pensare di interrompere in toto la produzione alimentare su larga scala, con l’irragionevole – e altamente impraticabile – intento di tornare ad una società meno complessa basata su raccolta e agricoltura. Lo stesso si potrebbe dire in relazione agli impianti industriali ed energetici: estremizzando il discorso, chiedere la chiusura di tutte le centrali elettriche significherebbe, ad oggi, tornare ad una società senza luce. A questa opzione irragionevole, dettata sulla scia dell’emotività, si contrappone un approccio razionale, che non ostacoli radicalmente il progresso ma si concentri, piuttosto, nella ricerca di fonti alternative di energia, che siano meno rischiose per l’uomo e meno inquinanti per l’ambiente⁵⁹.

A ben vedere, però, alcune delle considerazioni del sociologo risultano applicabili anche oltre il più limitato contesto del rischio c.d. tecnologico, ben potendosi attagliare anche ad altri rischi di cui è “portatore” il contesto sociale, più comuni e quotidiani rispetto alla prospettiva di una catastrofe nucleare⁶⁰. La difficoltà di trovare una qualche via di fuga e di protezione resta valida anche di fronte a certi incidenti stradali o sui luoghi di lavoro, che derivano dalla “promiscuità tipica della società di massa” più che da un comportamento puntuale. Si tratta cioè di un rischio in un certo senso “residuo” che, allo stato attuale, non si può sopprimere. Né si può

⁵⁷ YATES J., *Paura e società del rischio*, cit., p. 211 s. Simile denuncia si trova anche in GIDDENS A., *Risk and responsibility*, cit., p. 9.

⁵⁸ Parla di un nuovo tipo di «ascrittività del rischio», BECK U., *La società del rischio*, cit. p. 53 ss.: una situazione, definita di «rischio come destino», che lascia priva di spazi la decisione individuale. Sull’impossibilità di sottrarsi a una certa componente di rischio anche GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 41 e p. 131 s.

⁵⁹ Interessanti le osservazioni di PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, cit., p. 665.

⁶⁰ Sul rischio di cui è “portatore” il contesto sociale ORSINA A., *Rischio da incertezza*, cit., p. 5., spec. nota n. 11.

pensare, sulla scia di “rischio-fobici” allarmismi, di percorrere la via della neutralizzazione delle libertà individuali di impresa o di locomozione: alla società non si può chiedere di “astenersi” dall’esercizio, in forma appunto collettiva, di certe attività indispensabili (seppur intrise di un certo tasso di rischiosità); d’altro canto si deve mettere in conto che neanche il cittadino può sottrarsi completamente al rischio così generato.

Certo, un singolo può certamente decidere di non usare la macchina o lo *scooter*, ma anche adoperando la bicicletta o altri mezzi si troverà a dover fare i conti con le condizioni del traffico urbano; per non parlare del conducente dei trasporti pubblici che a tali condizioni non può in alcun modo sottrarsi. Anche l’agire imprenditoriale si cala in una realtà che, per fare solo un esempio, gli consente l’impiego di macchinari rischiosi o di sostanze pericolose (o anche solo dubbiosamente tali) sebbene non se ne possa compiutamente eliminare la residuale presenza nell’aria. Lo stesso potrebbe dirsi per l’ambito medico, caratterizzato da un aumento dei saperi, dei farmaci disponibili, delle tecniche preventive e dei percorsi praticabili – quindi da un’ampia cornice di opzioni terapeutiche a disposizione nessuna delle quali, però, è del tutto scevra di rischio – oltre che dalla complessità organizzativa dei luoghi in cui vengono eseguite le prestazioni.

Per essere matura ed efficace, la risposta della società al rischio tardo-moderno – e con essa quella istituzionale dell’ordinamento giuridico – non può che fare i conti con tale complessità. Pena lo scadere in atteggiamenti emotivi, semplicistici, disinteressati o colpevolisti, tutti parimenti opinabili: ne sono ad esempio espressione quello della “caccia al capro espiatorio” che, tralasciando di considerare l’aspetto ordinamentale, normo-valutativo e “politico” del rischio, di fatto trasforma l’individuo in un “manager di sé stesso” e degli altri e si concentra, quindi, nell’individuazione di un qualche responsabile; oppure ancora, quello più “ansioso” ostativo allo sviluppo che, nel farsi interprete di allarmismi sociali e crescenti domande di sicurezza, percorre la strada maestra del precauzionismo estremo, del “risolutivo” divieto dell’attività rischiosa o di un appesantimento della stessa con richieste, irrazionalmente cautelative, di tassi di sicurezza sempre maggiori e tali da vanificarne in pratica l’esercizio; che poi è solo un modo diverso di chiudere gli occhi di fronte al fatto che il “rischio zero” non esiste, che certe minacce (terremoti, malattie, incidenti) incombono fatalmente,

anche a prescindere dal fattore umano, che un singolo – per quanto prudente o competente che sia – non può eliminare l’eventualità che si avverino, e che nemmeno si può realisticamente prospettare un nostalgico regresso al passato⁶¹. Peraltro, riducendolo a un male privo di valore sociale, questa prospettiva tralascia di considerare l’aspetto “positivo” del rischio; ad un approccio maturo, invece, si richiede di contemplare anche i benefici associati all’attività pericolosa, i costi della riduzione del rischio in termini di regolamentazione, di limitazione di libertà e scelte dei soggetti coinvolti, nonché di opportunità (perché non si può nemmeno regolare tutto)⁶².

Interessante, in questa prospettiva, è la proposta di una “cultura dell’insicurezza” che possa soppiantare l’odierna “cultura del senza-rischio” (anche detta “della sicurezza”, “del rischio zero” o dell’avversione al rischio”): al posto della psicologia collettiva di terrore fomentata da quest’ultima, si prospetta una maggiore disponibilità a parlare pubblicamente e apertamente del modo in cui affrontare certi rischi, un’apertura quindi al dialogo e alla negoziazione, che consentano di non soffocare ogni anelito innovativo attraverso la creazione di un utopico diritto dei cittadini alla “sicurezza assoluta”⁶³. In effetti, è illusorio placare la brama di una sicurezza sempre maggiore caricando gli operatori di accorgimenti cautelativi: come tutti gli eccessi possono creare disfunzioni (basti pensare alla c.d. medicina difensiva positiva) e non placano l’ansia sociale. Come la fame vien mangiando, così anche le istanze di protezione – complice un progresso scientifico rivelatore dell’instabilità di quanto conosciamo e della vastità di quanto ancora ignoriamo – sembrano aumentare man mano che la società si fa più sicura⁶⁴.

Da un lato, quindi, si deve prendere atto che la capacità umana di dominio è sì aumentata, ma non è invincibile: anche se l’incombere del caso fortuito – come può

⁶¹ Sul punto GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 43; PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, cit., p. 668 ss., spec. p. 672; GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 66 ss.; SILVA SANCHEZ J. M., *L’espansione del diritto penale*, cit., § 2.2. e 2.3. SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, cit. p. 16 ss.; CERASE A., *Rischio e comunicazione*, cit., p. 76. Sulla diffusione di una concezione sociale del rischio come «ermeneutica della paura» e sulle degenerazioni ad essa riconnesse cfr. CERASE A., *Dalla società del rischio*, cit., p. 41 ss., spec. p. 43; YATES J., *Paura e società del rischio*, cit., p. 217-218.

⁶² Così GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 67.

⁶³ Sul punto v. YATES J., *Paura e società del rischio*, cit., p. 217 s.; BECK U., *Mi sento incerto, voglio cambiare*, in *Reset*, 2001 (settembre-ottobre), n. 67, reperibile sul sito: www.reset.it.

⁶⁴ Similmente GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 76, dove nota che oggi molti rischi sono gestiti molto meglio di quanto avvenisse in passato, eppure le paure aumentano.

essere la morte a seguito di una malattia o il verificarsi di una catastrofe naturale – desta sgomenti e timori, è bene ricordare che la paura non è mai una buona consigliera, meno ancora è una guida affidabile. La reazione sociale al rischio non dovrebbe quindi essere pilotata dalle pulsioni emotive derivanti dall’angoscia per il futuro, dalla paura che “Chernobyl si ripeta”, da sensazioni di perdita del dominio sul corso degli eventi o da orientamenti socio-culturali di “rifiuto psicologico” della morte e degli eventi avversi⁶⁵. Approccio – lo si può già anticipare – che sul piano dell’orientamento giuridico al rischio tende a tradursi, per un verso, in letture estremizzanti del principio di precauzione, il quale, pur suscettibile di interpretazioni anche del tutto coerenti con il progresso della società, viene invocato per “fermare la storia”; per altro verso, nella tendenza ad imputare tali conseguenze non volute ad un qualche errore umano (il che è psicologicamente più sopportabile rispetto all’idea di poter essere colpiti a casaccio e senza rimedio), così però estendendo a dismisura la responsabilità nei confronti di attività socialmente apprezzate.

Dall’altro lato, se è vero che le società industriali sono “ontologicamente” – o, a che dir si voglia, “normalmente” – esposte al pericolo di eventi lesivi (incidenti) che sono il prodotto della vita collettiva, la causa degli stessi non è più riconducibile al solo caso fortuito (alle forze della natura) o al gesto del singolo (alla “colpa” individuale), ma può anche risiedere nel sistema stesso, nella combinazione di fattori ambientali e umani nessuno dei quali è singolarmente determinante, ovverosia in una organizzazione sociale basata su attività articolate e “relazionali”, che tentano variamente di indirizzare il futuro, per mettere l’uomo al riparo dall’ambiente o per sfruttarne le opportunità a proprio beneficio⁶⁶.

Non stupisce, allora, che nella “società del rischio” gran parte del processo decisionale politico riguardi proprio la gestione dei rischi. Date le loro caratteristiche,

⁶⁵ Sull’impatto degli orientamenti di “rifiuto della morte” in ambito medico v. PALAZZO F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche e evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 3, p. 1229 ss. Per una considerazione più generale v. anche SUÁREZ GONZÁLEZ C. J., *Diritto penale e rischi tecnologici*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, a cura di STORTONI L.-FOFFANI L., Milano, Giuffrè, 2004, p. 413 ss., spec. p. 420, per cui il vero problema da fronteggiare non starebbe nell’incremento obiettivo dei rischi, ma piuttosto nell’aumento della percezione dello stesso (nel c.d. «contagio della paura del rischio»).

⁶⁶ BECK U., *Mi sento incerto, voglio cambiare*, cit., nonché CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 50 ss., spec. p. 51 dove si afferma che «né la sola natura, né il solo gesto individuale imprudente spiegano la ricorrenza degli incidenti nel quadro delle moderne società industriali».

questi hanno reso “politiche” delle discussioni finora prive di tale dimensione: per fare solo un esempio, si pensi alle questioni di *management* della fabbrica, rispetto alle quali in passato la politica non nutriva alcun interesse⁶⁷. Tramontate le concezioni puramente oggettivistiche del rischio, infatti, le istituzioni pubbliche non possono addossare l'intera problematica alla “scienza”, dimostratasi incapace di fornire verità assolute; ma nemmeno possono prescindere dall'apporto dei saperi esperti, perché le attività sociali che interessano si sviluppano in uno scenario di dipendenza dal sapere tecnico-scientifico, mentre il sapere “del senso comune” non basta più⁶⁸.

Nella società moderna, quindi, si delinea una relazione nuova tra profani, esperti e autorità istituzionale⁶⁹. Lo si è già accennato: se da un lato i primi sono costretti ad affidarsi ai secondi, dall'altro si è sgretolata la fede illuministica negli stessi⁷⁰. La teoria della prevedibilità non ha potuto forzare più di tanto i propri limiti, ma nemmeno le è venuta in soccorso la tecnica. La storia lo ha infatti dimostrato: per quanta maestria tecnica l'uomo riesca a possedere e per quanto tenti di perfezionarla, continuano a verificarsi disgrazie che paiono inevitabili.

Per uscire dall'*empasse*, non vi è altra via che chiamare in causa le istituzioni (l'ordinamento nel suo complesso: il legislatore, agenzie delegate ecc.), incaricate di occuparsi degli aspetti normo-valutativi dei rischi e quindi di mediare, in diversi modi, tra cittadini e saperi esperti: vuoi creando procedimenti partecipati dove svolgere quelle scelte, eminentemente politiche, da ripartire in seno alla società (ad es. quelle dirette a determinare le soglie “socialmente tollerabili” di rischio, oppure a decidere della disponibilità o meno a correre certi rischi del tutto nuovi), vuoi mettendo a disposizione un quadro generale di regolamentazione, vuoi ancora fissando gli standard di sicurezza ritenuti accettabili⁷¹.

⁶⁷ BECK U., *La società del rischio*, cit., p. 31.

⁶⁸ La critica indirizzata da Beck nei confronti dei “governanti” e degli esperti sta proprio in ciò: a loro spetterebbe farsi carico della questione, non più in autonomia, ma stabilendo nuove forme di sinergica cooperazione. Sul punto, si rimanda a BECK U., *La società del rischio*, cit. p. 22 ss., spec. p. 38 ss. nonché 219 ss. e YATES J., *Paura e società del rischio*, cit., p. 212 s. Condivide in un certo senso l'approccio anche GIDDENS A., *Risk and responsibility*, cit., p. 5 s. e p. 8 ss.

⁶⁹ Sul punto GIDDENS A., *Risk and responsibility*, cit., p. 6, che ritiene necessario lo stabilirsi di relazioni meno passive e più dialogiche tra le autorità e i settori della scienza e della tecnologia.

⁷⁰ BECK U., *La società del rischio*, cit., p. 219 ss.; PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, cit., p. 670; GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 57.

⁷¹ Per un approfondimento sull'accettabilità del rischio nelle scienze sociali, si rimanda a DOUGLAS M., *Risk acceptability according to the social sciences*, cit.

L'emergenza di rischi nuovi richiede infatti politiche nuove, che presuppongono un riorientamento dei valori e delle strategie volte a perseguirli. Le diverse modalità di determinazione del rischio moderno implicano scelte di valore e rivendicano una collaborazione che trascende i confini esistenti tra discipline, cittadini, imprese, amministrazione e politica⁷²: i pericoli che rispondono a fenomeni a vocazione plurisoggettiva, sociale, o addirittura globale, richiedono una gestione collettiva e multidisciplinare, che trascende i confini individuali⁷³. Del pari, anche il concetto di evitabilità del rischio – ovvero il suo contenimento entro soglie accettabili – deve essere inteso in senso pluralistico.

A venire in gioco dunque sono, per un verso, il peso delle scelte operate dall'ordinamento nel suo complesso, che è politicamente responsabile dei rischi che accetta di produrre e di correre; per altro verso, la necessaria mediazione istituzionale nell'affrontare i problemi di gestione politica e scientifica dei rischi delle tecnologie (presenti e future), in termini di scoperta, riconoscimento, amministrazione, elusione o contenimento.

Queste considerazioni rendono pertanto opportuno anteporre alla trattazione in chiave penalistica della materia, una disamina del rischio e del concetto di diligenza doverosa dal punto di vista dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, con particolare attenzione alle elaborazioni civilistiche degli stessi.

⁷² BECK U., *Conditio humana*, cit., p. 13 ss.; ID. *World Risk Society*, cit., p. 293 ss. Nel senso che i rischi moderni richiedono una presa in carico politica, si vedano anche GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, cit., Cap. V, p. 151 ss.; ID., *Risk and responsibility*, cit., p. 5 s.; GARLAND D., *The rise of risk*, cit., p. 59 ss.; CERASE A., *Le sfide per la comunicazione*, cit., p. 92 s. Per una ricostruzione delle “tecnologie di sicurezza” politico-giuridiche (sovranità e diritto) che caratterizzano l'epoca moderna, si vedano le riflessioni di CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 39 s. e p. 47 ss.

⁷³ Interessante sul punto la riflessione di Garland sulla “interattività” del rischio in *The rise of risk*, cit., p. 55.

CAPITOLO II

IL DOVERE “ORDINAMENTALE” DI DILIGENZA: LA PROSPETTIVA CIVILISTICA DI IMMUNIZZAZIONE DAL RISCHIO

SOMMARIO: 1. Premessa: il valore “ordinamentale” dell’*alterum non laedere*. – 2. Il rischio nei rapporti tra privati. – 3. La responsabilità per danni ingiusti: dalla “tipicità” del torto civile alla “a-tipicità” responsabilità extracontrattuale. – 3.1. L’evoluzione dello schema classico di “illecito” civile. – 3.2. Il protagonismo del danno ingiusto. – 3.3. Colpa e rischio: la pluralità dei criteri ascrittivi. – 4. La colpa civile. – 4.1. Il metro della diligenza: natura e funzioni. – 4.2. La diligenza come clausola generale. – 4.3. Il buon padre di famiglia. – 5. Verso la pubblicizzazione della responsabilità civile? Le critiche alla funzione di sicurezza sociale e il rapporto con gli strumenti assicurativi.

1. PREMESSA: IL VALORE “ORDINAMENTALE” DELL’*ALTERUM NON LAEDERE*

L’analisi condotta ha consentito di evidenziare che, a partire circa dalla seconda metà del ‘900, l’accresciuto interesse rivolto al concetto di rischio si sia concentrato su una ben definita accezione dello stesso: a quella, cioè, che vi ravvede il volto oscuro del progresso tecnico scientifico; il corollario di un ventaglio di attività rischiose (o a che dir si voglia pericolose), ma ciononostante lecite e in alcuni casi finanche irrinunciabili, che sono il portato, in un certo senso *esclusivo*, dell’età contemporanea; quantomeno con riguardo alle modalità di svolgimento – spesso implicanti profili di plurisoggettività per via dei contesti complessi, “relazionali” e organizzativi, in cui vengono esercitate – o al grado di sviluppo che ha assunto dimensioni *di massa* impensabili in passato¹.

Per l’utilità che complessivamente ne deriva, si tratta di attività la cui pericolosità è guardata con una certa accondiscendenza; tuttavia, per rimanere tollerata, la rischiosità dell’agire deve essere mantenuta entro certe soglie, sotto un

¹ Per questi aspetti e per l’espansione del criterio di imputazione della colpa che ne è derivato in ambito penale v. CASTRONUOVO D., *L’evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza, Relazione all’incontro di studi “Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi”*, Roma, 28-30 marzo 2011, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1604 ss.

certo livello, che varia a seconda del valore dei beni messi a repentaglio, della gravità dell'eventuale danno, dei benefici apportati dall'attività, dei costi che richiederebbe un ulteriore abbassamento dei coefficienti di pericolo, nonché della sensibilità sociale propria dell'ambito e del periodo storico di riferimento. La qual cosa richiede, oggi più di prima, l'elaborazione di "tecnologie di sicurezza", sia preventive che reattive, nuove o comunque riadattate alle caratteristiche moderne dei fattori rischio ivi implicati.

Così inteso, il rischio che rileva giuridicamente ai nostri fini, assume le vesti di un concetto dal respiro "ordinamentale"², nel senso che – reclamando una gestione ed una disciplina tali da coinvolgere l'ordinamento giuridico nel suo complesso – stringe parentele con elementi di diversi sistemi normativi.

Sullo sfondo, è sempre l'eterno conflitto tra libertà individuale, in particolare la libertà di svolgere attività socialmente indispensabili, e sicurezza sociale, ovvero la necessità di tutelare anche i terzi che l'esercizio di queste espone a rischi di danno.

In primo piano, quindi, la tematica della responsabilità per l'esercizio di attività che mettono variamente a repentaglio l'altrui incolumità e, più nello specifico, il tema dei *torts*, degli illeciti: vero e proprio laboratorio "di ingegneria sociale" e crocevia, praticamente da sempre, tra le richieste delle società e le risposte del diritto³.

Ci si interesserà, in particolar modo, della responsabilità colposa: fin da subito infatti, tra le tante tipologie regolative cui sono stati affidati obiettivi di sicurezza in senso lato, il criterio della colpa si è dimostrato uno dei più consoni – e certamente più adeguato rispetto al dolo – a controbilanciare le spinte della massificazione tecnologica, ben prestandosi a cambiare anche di aspetto si dà recepire le nuove istanze di tutela connesse alle trasformazioni strutturali, sociali ed economiche, della modernità.

In quest'ottica quindi, e per quanto qui interessa, il termine rischio si lega quasi inscindibilmente con quelli di colpa e di responsabilità, e con essi fa risuonare l'antico broccardo dell' *alterum non laedere* (anche detto *neminem laedere*) che, seppur privo,

² Sul dovere di diligenza come concetto "ordinamentale" v. GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, p. 209 ss.

³ A coniare la formula di "ingegneria sociale", in riferimento, però, all'elaborazione della sola responsabilità civile, è ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 193 ss.

nella sua genericità, di un precitato specifico a livello di disciplina, mantiene un indiscutibile valore teorico quale principio che irradia l'ordinamento nel suo complesso; tanto che ne è stata rinvenuta fonte implicita perfino in Costituzione – si veda in particolare l'art. 2, cui possono aggiungersi anche gli artt. 13, 32 e 41, comma 2, Cost. – quale direttiva di comportamento generalissima, introduttiva di un limite alla libertà di azione in grado di proteggere la sfera giuridica dei consociati dal danneggiamento altrui; di un richiamo, quindi, ad operare nel rispetto del “dovere di diligenza” – qui da intendere, genericamente, come dovere di attenzione agli altri nell'esercizio della propria libertà individuale – «in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio»⁴.

Come il concetto moderno di rischio è approdato in più rami del diritto e molti sono gli istituti variamente coinvolti nel farvi fronte, così anche la massima del *neminem laedere*, assieme al dovere di diligenza che ne promana, si proiettano nei diversi settori normativi secondo modalità che variano in funzione delle peculiarità di ogni ambito di pertinenza, nonché delle finalità da ognuno di essi perseguite. La libertà individuale che a ciascuno è consentito esplicare si specifica, quindi, a misura delle regole che ne disciplinano le diverse manifestazioni, in vista dell'obbiettivo finale della pacifica convivenza di tutti.

Con ciò s'intende precisare che, nella pur apparente omogeneità delle categorie giuridiche implicate in differenti sistemi (responsabilità, illecito, rischio, colpa e diligenza) ognuna di esse è poi chiamata a modellarsi sui principi di disciplina peculiari del ramo dell'ordinamento in cui si cala: uguaglianza nella forma, quindi, ma una funzionalità ed un significato ben diversi nella sostanza.

Pertanto, per assicurare la tenuta complessiva del sistema giuridico, è opportuno salvaguardare i tratti più caratteristici e irrinunciabili di ogni settore; la qual cosa richiede che dei vari istituti – pur accomunati dalla generale necessità di far fronte alla congerie dei rischi moderni – vengano dati un inquadramento e un'interpretazione coerenti con le cadenze di ciascuna branca dell'ordinamento a cui accedono.

Proposito questo che, relativamente al concetto di “illecito”, parrebbe in un certo senso avvalorato anche all'art. 28 della Costituzione, nella parte in cui collega

⁴ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 102 ss.

gli «atti compiuti in violazione di diritti» a diverse forme di responsabilità «secondo le leggi penali, civili e amministrative»⁵. Da questa indicazione si può ragionevolmente desumere che, pur conservando un nucleo minimo unitario, il concetto illecito si frammenta in categorie sostanzialmente diverse e autonome, una per ciascuna branca che lo accoglie⁶; in questo modo, lo si può già aggiungere, riesce (faticosamente) a conquistare nuovi spazi di indipendenza dal modello di responsabilità originario, quello dell'illecito penale, sì da restituire a quest'ultimo la veste puntiforme e il ruolo eccezionale che gli compete.

Discorso analogo può farsi in relazione al concetto, più neutro e indefinito rispetto a quello di illecito, di responsabilità: in linea generale, esso può ricollegarsi ad una azione umana «che cagiona la lesione di interessi generali o dei singoli, meritevoli di tutela», a cui l'ordinamento giuridico reagisce apprestando rimedi diversi a seconda dell'entità dell'offesa e delle miglior riparazione degli interessi vulnerati. Anch'esso però, se anche esprime un coefficiente invariabile della libertà di agire, assume poi – in uno con i concetti di rischio, colpa e diligenza che vi si collegano – contenuti e significati diversi a seconda delle leggi e dei valori di volta in volta considerati⁷.

In tal senso è stato ad esempio affermato che, accostandovi l'aggettivo “civile”, la responsabilità assume di tratti di una reazione al danno ingiusto attraverso l'imposizione di un obbligo risarcitorio; qualificandola invece come “penale”, viene in gioco una forma di reazione dello Stato nell'esercizio di una potestà pubblicistica, che poggia su un apparato di norme precettive tipiche, intese a prevenire, stigmatizzare e reprimere atti vietati in quanto offensivi di interessi essenziali ai fini di una convivenza ordinata; ancora diversa è la prospettiva assunta dalla disciplina “amministrativa” della responsabilità⁸.

⁵ BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, 1991, p. 2. Analogamente, SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito (Diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, UTET, 1962, p. 164 s.

⁶ Dubita della utilizzabilità pratica di una categoria unitaria di illiceità giuridica anche TRIMARCHI P., voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, p. 90. Dello stesso avviso GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 138 s., dove nota che una validità universale potrebbe provenire solo da una prospettiva pregiudiziale.

⁷ Così SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, UTET, 1968, p. 633.

⁸ SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 634 e 637.

Con l'avvertenza, quindi, di non farsi trarre in inganno dalle assonanze terminologiche, non resta che procedere a un esame più approfondito di alcuni dei diversi strumenti giuridici che, più o meno distanti l'uno dall'altro quanto a natura e funzioni, sono tutti attraversati dal "filo rosso" della presa in carico di un rischio di tal fatta da parte dell'ordinamento.

2. IL RISCHIO NEI RAPPORTI TRA PRIVATI

Nella prospettiva di analisi che è stata tracciata, vengono adesso in rilievo due istituti inerenti alla disciplina privatistica di immunizzazione dal rischio.

In primo luogo, il sistema della responsabilità civile c.d. extracontrattuale, alla cui analisi verrà riservata rilevanza centrale. In secondo luogo, verrà svolto un pur sommario esame del settore delle assicurazioni contro il rischio, dal quale non è possibile prescindere per comprendere a pieno anche il funzionamento della responsabilità aquiliana: ad alcuni, infatti, lo sviluppo del sistema assicurativo ha fatto addirittura presagire la morte prossima della responsabilità per danno ingiusto.

Per contro, sebbene muovano anch'essi da intenti di prevenzione o reazione ad un certo rischio, non si affronteranno direttamente né gli strumenti preventivi di tutela della proprietà e dei diritti reali (quale, ad esempio, l'azione inibitoria) né, se non nei suoi rapporti con il c.d. illecito aquiliano, l'istituto della responsabilità civile c.d. contrattuale. Lampante, infatti, è la loro maggior lontananza dal rischio inteso quale corollario di attività umane libere o autorizzate sebbene pericolose – accezione, questa, che assume rilievo anche in ambito pubblicistico relativamente all'illecito colposo, laddove, chiamando in causa il dovere ad esso complementare di diligenza, ha portato allo sviluppo della teoria del rischio c.d. consentito.

Invece, la necessità di un dialogo tra istituti "attigui" si manifesta, proprio sul terreno del rischio da attività socialmente accettate, tra illecito aquiliano – vistosi affiancare da un sistema sia assicurativo che di sicurezza sociale oggi in crescente sviluppo – illecito amministrativo e, soprattutto, illecito penale colposo. Quello della colpa, infatti, è da sempre un tema di frontiera, foriero di mai sopiti dibattiti, tra il paradigma civile e quello penale.

Certo è che in passato questa esigenza di confronto era meno sentita.

Guardando al diritto privato e a quello pubblico come a due mondi che si raffrontano, infatti, balza agli occhi che grossomodo fino alla fine del primo conflitto mondiale il torto civile c.d. aquiliano aveva un'importanza ancora marginale nel nostro paese, relegato com'era al ruolo di figura minoritaria rispetto alla responsabilità da inadempimento e al torto penale. Anche grazie alla centralità assunta dal concetto di negozio giuridico in epoca liberale, infatti, la responsabilità contrattuale era riuscita a dar vita ad una teoria generale autonoma, mentre la responsabilità aquiliana veniva fondamentalmente ricostruita ricorrendo alle corrispondenti categorie penalistiche.

Ad emergere, quindi, è inizialmente un rapporto di totale dipendenza dell'illecito civile dal torto penale (per quanto qui interessa colposo). Esso si manifesta, anzitutto, nel carattere di rigorosa "tipicità" delle situazioni giuridiche tutelabili (le sole violazioni di diritti soggettivi assoluti) e nel fatto che debbano essere colpevoli (la colpa essendo l'unico criterio di imputazione considerato); e, in secondo luogo, nella finalità prevalentemente punitiva riconosciuta alla "sanzione" del risarcimento del danno.

La qual cosa non deve sorprendere: originariamente, la logica sottesa ad una società agricola "statica" aveva richiesto alla responsabilità civile di svolgere due funzioni fondamentali, quelle di tutela e di controllo della proprietà. Da ciò una costruzione dell'istituto tale da relegare la tutela sostanzialmente ai diritti reali (soggettivi e assoluti per eccellenza) ed un'attenzione ancora incentrata sulla punizione di chi, travalicando il proprio diritto, recava danno alla sfera giuridica altrui. I danni coperti e considerati dalla normativa predisposta dal codice del 1865 erano quindi puntualmente ricollegabili ad un autore materiale specifico; erano propri di un'economia caratterizzata da piccoli scambi e che difettava di un apparato tecnico di apprezzabile entità. In un contesto del genere trovava giustificazione il principio della risarcibilità dei soli danni prodotti da un comportamento volontario: fuori da essi, il danno si riteneva frutto inevitabile di una fatalità

Uno schema del genere, omologato al modello proprietario e ritagliato su fattori di pericolo generati da azioni volontariamente lesive o imprudenti dell'uomo,

quindi a lui riconducibili o da lui facilmente dominabili, riuscì ancora a funzionare, seppur con qualche forzatura, durante la prima fase dell'industrializzazione⁹.

Per vederne spezzata la sudditanza nei confronti dell'illecito penale, si dovrà invece attendere il termine del secondo conflitto mondiale, quando l'avvento dello Stato sociale del *Welfare* ha fatto emergere esigenze nuove e incompatibili con una visione della responsabilità civile tutta incentrata sulla tutela di interessi a base esclusivamente proprietaria e dai tratti pressoché “moraleggianti”. Detto altrimenti, di fronte all'avvento di quella che gli studi sociologici hanno denominato “seconda modernità”, il modello tradizionale non ha più retto.

Come già emerso, il carattere “democratico” e la capillarità dei rischi che hanno fatto irruzione a partire dagli anni '50 del secolo scorso, hanno determinato richieste compensative crescenti da parte delle sempre più numerose vittime della società industriale, ed hanno in tal modo contribuito a spostare l'attenzione dalla condotta al momento del danno, dalla posizione del danneggiante a quella del danneggiato¹⁰.

La produzione e la distribuzione di massa caratterizzanti la nascente società dei consumi, in uno con l'inarrestabile evoluzione tecnologica e l'intensificazione di attività indispensabili “a dannosità diffusa”, sono dunque alcuni dei fattori che hanno contribuito alla crescente “socializzazione del rischio” e al rinnovato interesse (nonché espansione) della responsabilità civile extracontrattuale¹¹.

Nella nuova realtà economico-sociale, infatti, si è non soltanto assistito ad una moltiplicazione delle ipotesi di danno già note, ma anche al mutamento della qualità dei danni (e dei fattori rischio che vi danno origine), all'emersione, cioè, di nuove ipotesi di danneggiamento. Per descrivere il carattere innovativo di questi eventi della modernità vi è chi ha parlato di «danni che devono accadere» o danni «che si presentano come anonimi», ciò a sottolineare il loro essere sempre più frequentemente ricollegati a dati tecnico-industriali, e dunque sottratti alla configurazione tradizionale dell'elemento della volontà (qui inteso in senso ampio e a-tecnico come “colpa”)¹².

⁹ In questi termini RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 20 ss.; RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.

¹⁰ RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 598.

¹¹ PIERGALLINI C., “Civile” e “penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 4, p. 1305 s.

¹² Così RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 21 ss.

Sul terreno della teoria del torto civile, l'irruzione della nuova società della tecnica ha significato – lo si vedrà meglio avanti – da un lato, l'allargamento, ottenuto essenzialmente in via ermeneutica, delle situazioni meritevoli di tutela (oggi comprensive del diritto c.d. relativo di credito, delle aspettative e della c.d. perdita di *chance*, degli interessi legittimi, del possesso ecc.) e, correlativamente, l'affermarsi del carattere “atipico” dell'illecito; dall'altro, il declino dell'idea ottocentesca di uomo artefice del proprio destino, padrone assoluto di scienza e volontà, ha di riflesso attenuato anche il “dogma” della colpa come unico possibile metro di misura della responsabilità giuridica¹³. Da ciò, l'emersione di criteri di imputazione della responsabilità diversi e ulteriori che, introducendo forme più o meno larvate di responsabilità “oggettiva”, hanno definitivamente scalfito la massima jheringhiana per cui «*Ohne Schuld keine Haftung*».

Tutto questo processo si è infine e necessariamente accompagnato con il tramonto della concezione, storicamente più risalente, dell'illecito civile a finalità prevalentemente sanzionatoria, dallo scopo, quindi, sovrapponibile alla norma penale e rivolto alla punizione di chi abbia posto un essere un comportamento fortemente riprovevole.

Non solo, guardando alla tripartizione di funzioni di cui è stata da sempre caricata, in maniera alternativa o concorrente, la responsabilità extracontrattuale, l'avvento della modernità ha fatto via via eclissare anche la prospettiva preventiva. Infatti, di fronte a danni sempre più inevitabili nell'ottica del singolo individuo, e che perciò non gli vengono imputati in virtù di una sua asserita negligenza, anche l'idea della *deterrence* dell'illecito civile ha dovuto cedere terreno alla funzione c.d. compensativa, sempre più sentita in forza del processo di “socializzazione del danno”¹⁴; con una precisazione: l'affermazione della prevalente finalità reintegrativa è da intendere circoscritta alla responsabilità per danni materiali, posto che, per quanto riguarda il risarcimento dei danni non patrimoniali, la dottrina (non solo civilistica) è giunta a ben diverse conclusioni; a tale proposito, non può non farsi cenno alla

¹³ Così CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva II*) *Disciplina privatistica – Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1.

¹⁴ Così PACILEO P., *Civil liability e new technologies* tra comparazione e *best practice*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, marzo 2017, p. 3 s.

teorizzazione, avvenuta negli anni '80 del secolo scorso da parte della dottrina penalistica più autorevole, di una funzione propriamente *punitiva* della responsabilità per danni non patrimoniali¹⁵.

In ultimo, lo si può già notare, al riconoscimento dell'assorbente finalità riparatoria della responsabilità civile, proiettata a fornire adeguata reazione al danno ingiusto, non poteva che conseguire anche il taglio del cordone ombelicale con l'illecito penale, paradigma ormai divenuto inconciliabile per struttura e funzione¹⁶.

Su un diverso binario e simultaneamente, l'avvento dell'età moderna ha rafforzato, espandendolo, anche lo strumento assicurativo. Vale la pena chiarire fin da subito questa affermazione al fine di tratteggiare il vero fulcro del problema che potrebbe derivarne sul piano dei rapporti con la responsabilità civile.

Dal punto di vista giuridico, oltre che economico, infatti, responsabilità e assicurazione sono due modelli regolativi ben diversi, anche se entrambi proiettati verso una comune realtà, quella del danno. Si tratta di modelli la cui coesistenza dura ormai da parecchi secoli, per cui non avrebbe nemmeno senso domandarsi se l'espansione dello strumento assicurativo non rischi di soppiantare quello della responsabilità; ciò a patto, però, che per assicurazione s'intenda il contratto assicurativo frutto dell'autonomia tra privati. Di quest'ultimo, infatti, si registrano le prime forme già diversi secoli fa, e il netto sviluppo correlativamente alla diffusione dei traffici marittimo¹⁷.

Le cose cambiano invece se si sposta l'attenzione sulla costruzione di un sistema, questo sì propriamente moderno, di assicurazione obbligatoria o c. sociale. La

¹⁵ In argomento, nella dottrina tedesca v. già GROSSFELD B., *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, 1961 e, successivamente, ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 3 ss. Nella dottrina italiana v., tra i civilisti: PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss.; ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 12 ss. Tra i penalisti, già BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V., c. 6 ss.; sul tema v. anche MANNA A., *Il risarcimento del danno tra diritto civile e diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1991, p. 591 ss.

¹⁶ PIERGALLINI C., "Civile" e "penale", cit., p. 1306.

¹⁷ Per una ricostruzione in chiave storica v. CASSANDRO G., voce *Assicurazione (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 420 ss.

sua differente filosofia di fondo è infatti tale da dar vita a problematiche fino ad oggi sconosciute sul versante dei rapporti con lo strumento dell'illecito¹⁸.

3. LA RESPONSABILITÀ PER DANNI INGIUSTI: DALLA “TIPICITÀ” DEL TORTO CIVILE ALLA “A-TIPICITÀ” DELLA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

Per descrivere la materia regolata dalle fattispecie di cui agli artt. 2043 e ss. c.c., gli interpreti hanno fatto ricorso a numerose espressioni: illecito aquiliano, responsabilità civile, responsabilità extracontrattuale, atto o fatto illecito. Anche il codice vigente, seppure intesta il titolo IX ricorrendo alla nozione di «fatti illeciti», adotta poi, nel quadro delle diverse fattispecie, una terminologia polivalente (il «fatto dannoso» di cui artt. 2045, 2046 c.c., la «responsabilità per il danno» di cui agli artt. 2048-49 c.c. ecc.).

Queste incertezze definitorie sono sintomatiche delle difficoltà e delle problematiche attraversate dalla dogmatica nell'indicare natura e fondamento del fenomeno. Come spesso accade infatti, l'uso da parte della dottrina di una formula piuttosto che di un'altra non avviene per caso, ma serve a mettere in risalto determinate caratteristiche del fenomeno (ad esempio la sua origine storica nella *Lex Aquilia* o l'intercorrere del rapporto tra soggetti “estranei” o comunque non previamente legati da obbligazioni propriamente contrattuali) oppure ad esprimere una precisa concezione del sistema come complessivamente considerato.

In questa seconda direzione può esser letto, ad esempio, il *favor* accordato da alcuni autori all'espressione “responsabilità civile” rispetto a quella di “illecito civile”; l'opzione, infatti, mira porre l'accento sul dovere di risarcire il danno, piuttosto che sulla necessità che la condotta causativa dello stesso sia contraria ad una norma; e, in tal modo, sottintende una specifica lettura del fenomeno: quale reazione dell'ordinamento al danno ingiusto, diretta alla tutela di interessi privati e avente una finalità prevalentemente riparatoria secondo alcuno¹⁹; quale fissazione di un criterio

¹⁸ Fa queste considerazioni CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 10.

¹⁹ SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito*, cit., p. 171 e s., ID., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 632 ss., spec. p. 638; BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 3; SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 5 ss., spec. p. 8, dove dubita dell'utilità di una categoria generale di illecito civile.

di attribuzione giuridica del danno ad un soggetto secondo altri²⁰. Parimenti, muove dallo stesso intento anche evidenziare che il codice del 1942 ha fatto ricorso alla parola “fatto” piuttosto che a quella di “atto” illecito.

Per districarsi nel panorama di ricostruzioni che connota questa materia, conviene partire proprio da queste ultime considerazioni.

Come rilevato da più parti in dottrina e già poc’anzi anticipato, l’interpretazione che tradizionalmente si dava all’istituto della responsabilità civile ha subito una rivisitazione profonda a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, uno di risultati più importanti della quale viene ravvisato nella separazione del giudizio sulla colpa da quello sulla illiceità del fatto²¹. A questo passaggio, che esprime una trasformazione complessiva del modo di intendere le funzioni della responsabilità, consegue una sorta di ribaltamento della affermazione jheringhiana per cui «non è il danno che obbliga al risarcimento, bensì la colpa». Lo spostamento è quello da un modello classico – ben fotografato nelle norme del codice del 1865 e riproposto dalle prime interpretazioni date all’art. 2043 del nuovo codice – che ravvedeva nel risarcimento la sanzione per un comportamento vietato, ad uno schema invece incentrato su un fatto dannoso che esige di essere riparato.

3.1. L’evoluzione dello schema classico di “illecito” civile

A ben vedere, il codice del 1865 non parlava di “illeciti” quanto di “delitti e quasi delitti”. L’uso della formula, riproduttiva di quella impiegata dal *Code Napoléon*, manifestava indubbiamente la volontà di mantenere intatto, almeno nella forma, il legame con l’impianto penalistico posto a fondamento della *Lex Aquilia*.

Con l’entrata in vigore del codice del 1942, le etichette sono indubbiamente cambiate – quella dei “fatti illeciti” ha peso il posto della formula romanistica – ma la massima ispiratrice è rimasta inalterata: il divieto di recare offesa ad altri o c.d. *alterum non laedere*. Si tratta però di capire il ruolo giocato da tale principio all’interno della nuova fattispecie: se sia ancora tale da canalizzare l’attenzione sulla condotta colposa,

²⁰ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 71 ss., spec. p. 74.

²¹ Lo nota, tra i tanti, CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 3 s. Così anche BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p.7

ingiusta perché trasgressiva di un dovere legale preesistente, quindi tale da far dipendere l'*invidia* dalla colposità della condotta²²; o se non gli vada piuttosto riconosciuta un peso diverso.

A favore del mantenimento dello *status quo ante* pareva deporre la stessa lettera della Relazione al codice, laddove si affrettava a confermare che «la base della responsabilità è ancora la colpa dell'agente», all'epoca intesa in senso soggettivo come «stato d'animo riprovevole»; la sua finalità, quindi, ancora repressiva.

I primi commentatori furono altrettanto restii a scardinare l'impianto tradizionale, per cui, in assonanza con la legge penale, anche quella civile continuava ad essere investita dal «sacro dovere di restaurare il regno della giustizia turbato dall'illecito, sanzionando l'obbligo di risarcire il danno proveniente dall'offesa»²³.

Continuando a ragionare secondo l'impostazione classica, essi non seppero nemmeno valorizzare come dovuto il fatto che, nella nuova fattispecie, l'aggettivo “ingiusto” – peraltro del tutto assente nelle formulazioni precedenti – fosse stato riferito al danno e non alla condotta. Alcuni, infatti, liquidarono la questione ritenendo che l'accostamento al danno fosse semplicemente frutto di una imprecisione del legislatore; ingiusta, dicevano, può essere solo una condotta. Altri, invece, negando che il requisito dell'ingiustizia avesse autonomo valore sostanziale, lo interpretarono come criterio meramente formale di rinvio ad altre norme dell'ordinamento, la cui violazione determinava, attraverso la conseguente anti giuridicità, l'obbligo risarcitorio²⁴.

L'opinione prevalente, in ciò confortata dalla comparsa dell'ambigua espressione di fatto “illecito”, insisteva dunque nel legare la nozione di responsabilità con l'idea di illecito: ovvero, con la violazione dell'obbligo di non tenere un certo contegno o del divieto di compiere una determinata azione. Come già rilevato, ne risultava un duplicato del reato, un istituto accomunato all'illecito penale ricorrendo alla categoria unificante del “torto”, evocativa di una condotta *non iure*, anti giuridica

²² Per una compiuta ricostruzione di questa prospettiva v. MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 534 ss.

²³ GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, Cap. V, p. 214, cit. da BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit.

²⁴ Sul punto v. SCHLESINGER P., *La “ingiustizia” del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 337 ss., dove critica l'indirizzo in esame e la tesi, ad esso conseguente, per cui l'art. 2043 c.c. sarebbe una norma c.d. secondaria o sanzionatoria.

e riprovevole perché difforme dal modello comportamentale prescritto dall'ordinamento (c.d. precetto normativo)²⁵. L'art. 2043 c.c. era dunque considerata una norma c.d. secondaria, sanzionatoria di diritti riconosciuti dalla legge in altre disposizioni primarie. Corollario dell'indirizzo "tipizzante", lo si vedrà più avanti, era l'identificazione della colpa civile con quella criminale, come se il concetto avesse la stessa funzione in entrambi i settori²⁶.

Se il carattere sanzionatorio dell'obbligo di risarcimento era ancora ampiamente condiviso in dottrina, altrettanto non può dirsi del fondamento del dovere di condotta la cui violazione si andava a sanzionare. La questione, infatti, suscitava animosi dibattiti: in effetti, le maggiori difficoltà della concezione che scorgeva nel danno e nell'illecito due profili di una stessa realtà, si manifestavano proprio quando si trattava di delineare i termini dell'illecito in funzione dell'evento di danno e, quindi, di determinare quell'obbligo o divieto cui si contravviene nell'arrecare danno ad altro²⁷.

L'opinione dominante derivava la qualificazione diretta del fatto dannoso in termini di ingiustizia attraverso la creazione di un collegamento strutturale con il c.d. dovere generale di *neminem laedere*, inteso come "regola di condotta che impone di non arrecare danni ad altri" o ancora come "dovere di rispetto altrui nella vita di relazione"²⁸. Le diversità di vedute cominciavano quando si trattava di dare al principio una più concreta sostanza, specificandone la fonte, quindi la norma precisamente violata.

Secondo alcuni l'obbligo generico del *neminem laedere* consisterebbe in un principio fondamentale del nostro ordinamento in materia²⁹. Non vi è però chi non veda che limitarsi a tale riferimento aggira piuttosto l'ostacolo, proponendo una

²⁵ SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito*, cit., p. 171 e BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., par. 1.3-1.4; per l'evoluzione v. par. 2.1.

²⁶ Tra i sostenitori della concezione tradizionale v. CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, Cedam, 1996, *passim*, che ritiene che l'impiego del termine illecito nel codice non possa che rimandare ad un comportamento antigiuridico, contrario di una norma di legge. Similmente anche DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, Bologna, Zanichelli, 1971, nonché BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 543 ss.

²⁷ Così SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito*, cit., p. 171.

²⁸ La prima formula è usata da DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, cit., p. 11. Per la seconda, invece, v. BIANCA C.M., *Diritto civile*, cit., p. 543 ss.

²⁹ PUGLIATTI S., voce *Alterum non laedere* in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 98 ss.

soluzione di mero comodo. In effetti, un obbligo generale di non arrecare danno agli altri non risulta espressamente dal diritto vigente; di più, si è persino giunti a contestarne la configurabilità nel suo significato più proprio, osservando che lo stesso esercizio della libera attività individuale è fonte continua fonte di danni, alcuni giustificati e in gran parte comunque destinati a rimanere irrilevanti. Senza contare che inteso in termini così ampi costituirebbe una limitazione fin troppo grave della libertà di agire³⁰.

Per superare queste obiezioni, altri hanno quindi cercato di definire il tratto caratterizzante dell'illecito aquiliano ricorrendo a formule più circoscritte rispetto al dovere di non ledere: vuoi invocando un dovere di comportamento riferito alla "diligenza" che però, in campo extra-obbligatorio, finiva per essere una formula altrettanto vacua³¹; vuoi introducendo un "criterio" o "dovere generale di correttezza", che però si dibatteva se divergesse o meno dal generico precetto del *neminem laedere*; o ancora indicando specifici obblighi "di rispetto" o di "protezione", che comunque ci si affrettava a ricondurre in vario modo entro il più generale dovere di non arrecare danno ad altri.

Queste ultime posizioni non vanno confuse con la prospettiva ancora diversa di chi, sulla scia della spiegazione tradizionale risalente a Carnelutti, definiva il principio in esame come la «sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri»³². L'ambito di tutela accordato al danneggiante sarebbe dunque tassativamente limitato: solo se esiste un diritto riconosciuto dall'ordinamento ad un soggetto da una norma determinata, scatta la sanzione di cui all'art. 2043 c.c. nel momento in cui venga lesa. Riferendosi esclusivamente a doveri di legge specifici, questa tesi aggira completamente il problema che gli altri, invece, tentano di risolvere ricercando specifici modi di essere del *neminem laedere* all'infuori di determinazioni legislative particolari³³.

³⁰ È di questo avviso SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, p. 637.

³¹ Così MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 540. Sul punto v. anche PUGLIATTI S., voce *Alterum non laedere*, cit., p. 105.

³² CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 70 ss. Per un approfondimento sulle diverse prospettive v. MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 541.

³³ Diffusamente sul punto MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 541 ss.

Ai fini del presente studio, non interessa approfondire oltre le diverse tesi di volta in volta proposte dall'indirizzo classico "tipizzante", quanto soffermarsi sulle principali critiche che gli sono state mosse dalla dottrina degli anni '60-70, a ciò sospinta da una realtà economica e sociale in rapida e continua evoluzione, in palese attrito con un'interpretazione della disciplina legislativa rispettosa dei principi tradizionali.

Ad essere anzitutto obiettata è l'invocazione generica del *neminem laedere* inteso come inconsistente dovere legale preesistente, sulla cui violazione fondare quel profilo di *inuiria* con cui far poi coincidere anche la colpa: un comando del genere diventa una sorta di "*deus ex machina*" di matrice imperativistica, usato a mo' di ripiego dove non si rinvenga alcun preciso comando a tutela degli interessi della cui lesione si dibatte; una formula di comodo, quindi, cui si ricorre per distinguere la colpa contrattuale da quella aquiliana, la quale, in tal modo, viene ad occupare il settore vasto di tutto ciò che resta scoperto da specifiche obbligazioni contrattuali o legali³⁴.

Con ciò non si vuole negare che un siffatto dovere non possa ricondursi ad una "tendenza ideale dell'ordinamento giuridico", bensì che, una volta calatosi nella materia della responsabilità civile, esso assuma la natura e l'efficacia di un obbligo *tipizzato* di condotta³⁵. Altra cosa è ravvedervi un principio ispiratore "ad alto respiro", di grande valore equitativo e indubbiamente dotato di valore teorico, ma insuscettibile di diretta applicazione in quanto privo di precipitato specifico a livello di disciplina "tecnica"; detto altrimenti, non si contesta che la massima possa avere un certo peso nei diversi sistemi normativi, ma si ritiene che essi ne siano diversamente irradiati a seconda delle loro cadenze e finalità. Si vedrà infatti che tale principio, rivestito di fonte anche costituzionale, non è stato disconosciuto dalla dottrina più moderna, ma è stato anzi impiegato per dare veste più elastica e nuova vitalità alla disciplina normativa di cui agli artt. 2043 c.c.

Ad essere duramente colpita è stata anche la tesi originariamente proposta da Carnelutti, anzitutto perché elusiva del vero problema e, in ogni caso, perché sconfessata dalla disciplina positiva che, da un lato, non deriva l'obbligo risarcitorio dalla violazione di un dovere di non recare danno, quanto dalla ricorrenza di tutti gli

³⁴ MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 540 s.

³⁵ Così SCOGNAMILGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 367, l'aggiunta in corsivo è nostra.

elementi costitutivi delle fattispecie di responsabilità³⁶; e, dall'altro, non commisura l'illeceità del contegno ai suddetti obblighi specifici violati.

In effetti, le incongruenze maggiori della prospettiva sanzionatoria si manifestano proprio quando si consideri la configurabilità dell'effetto risarcitorio come sanzione correlata all'atto illecito fonte di danno. L'obbligo di risarcimento, infatti, non è rapportato al presunto illecito – tant'è che il dolo e la colpa, a differenza di ciò che accade in ambito penale, sono completamente equiparati quanto a effetto risarcitorio – ma trova la sua *ratio* ed il suo limite proprio nel danno arrecato³⁷.

Accanto alle plurime contestazioni di natura teorica, si sono aggiunti, da un lato, l'attrito della vecchia concezione fondata sul monopolio della colpa con la lettera della normativa del '42, nella quale hanno fatto comparsa una serie di fattispecie il cui fondamento prescinde chiaramente dal riferimento soggettivo alla diligenza del responsabile; dall'altro e soprattutto, evidenti limiti rispetto ai bisogni di una società c.d. del rischio, nella quale una serie di attività socialmente fondamentali si organizzano attraverso processi di lavorazione e tecniche operative che rendono difficilmente evitabile, nonostante l'adozione di tutte le misure prescritte, il rischio che si verifichi un qualche danno³⁸.

Infatti, il tratto caratterizzante della vita di relazione moderna, lo si è visto, è anzitutto la diffusione di nuove e sempre più frequente ipotesi di danneggiamento strettamente collegate al funzionamento stesso della società industriale, a rischi creati dal progresso tecnico-sociale, piuttosto che a cause naturali o all'esclusiva condotta colposa del singolo: danni questi, spesso anche molto ingenti, quindi sproporzionati rispetto alle possibilità dell'autore e al grado della sua colpa; danni, poi, in certi casi perfino "anonimi", che prescindono da qualsivoglia requisito di prevedibilità, imputabilità o colpevolezza personale, e sono dunque irrisarcibili in un sistema tutto fondato sulla colposità dell'azione³⁹; danni, infine, soprattutto legati alla persona che non alla proprietà (quali quelli che caratterizzano i settori dell'impresa, della circolazione stradale, quello medico ecc.).

³⁶ Così SCOGNAMILGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 367

³⁷ Evidenzia queste incongruenze SCOGNAMILGLIO R., voce *Illecito*, cit., p. 171.

³⁸ Sul punto BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 3

³⁹ RODOTÀ S., *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema di responsabilità civile*, in *Riv. civ. prev.*, 1977, p. 4 ss.

L'esigenza crescente di sollevare il soggetto leso dal peso di un danno patito ingiustamente, addossandone il costo ad un soggetto diverso, ha fatto sì che l'attenzione si sia gradualmente spostata dalla posizione del danneggiante a quella del danneggiato; dalle modalità di condotta al danno subito, ch  venga trasferito su chi deve assumerne la responsabilit  per legge, ovvero (quando sia previsto), ripartito secondo criteri di solidariet  tra una platea pi  o meno ampia di soggetti attraverso sistemi di assicurazione obbligatori⁴⁰.

L'accavallarsi di tutte queste considerazioni, culminato in una messa in discussione profonda di tutto il sistema come precedentemente interpretato, ha infine portato ad una rifondazione completa dell'istituto della responsabilit  civile, parallela all'ampliamento della sua area di incidenza.

Il passaggio pu  essere sinteticamente descritto come quello da un "illecito" civile fondato sulla colpa e costruito come "violazione sanzionabile di un ipotetico dovere di *neminem laedere*" ad un concetto ampio e tendenzialmente atipico di "responsabilit  civile", imperniato su una clausola elastica e concepito come "mezzo di reazione", in chiave riparatoria, di un danno qualificabile come ingiusto⁴¹.

3.2. Il protagonismo del danno ingiusto

L'art. 2043 c.c. viene oggi inteso come una regola generale il cui punto focale sta nell'ingiustizia del danno: ne   dunque ormai riconosciuta la forza espansiva e la natura, a tutti gli effetti, di norma primaria. Attraverso il riferimento esplicito dell'ingiustizia al danno, infatti, il legislatore ha compiuto una scelta di fondo a favore di una concezione atipica ed ha investito il suddetto requisito del compito di selezionare i fatti "leciti" da quelli "illeciti" produttivi di responsabilit : nella selezione degli interessi meritevoli di tutela diventano dunque centrali le modalit  che hanno condotto all'evento dannoso⁴². A conferma della centralit  del momento del danno,

⁴⁰ Lo nota RODOT  S., *Modelli e funzioni della responsabilit  civile*, cit., p. 598 s.; ID., *Il ruolo della colpa*, cit., p. 8.

⁴¹ Per approfondimenti v. BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 3 ss., spec. p. 7; ID., *La parabola della responsabilit  civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 647 ss.

⁴² Lo evidenzia RODOT  S., *Il problema della responsabilit  civile*, cit. p. 83 s.

non si è mancato di precisare che, dove manca il danno, manca anche il “fatto illecito”, questo anche se formalmente una norma è stata violata, quindi nonostante l’operatività in astratto dell’*alterum non laedere*; quest’ultimo, infatti, “degrada” ad essere un “presupposto o elemento” delle fattispecie complessa di responsabilità, il cui nucleo centrale diviene l’obbligo di risarcimento⁴³.

Si tratta evidentemente di una soluzione di compromesso, mediana tra un sistema del tutto aperto, dove ogni danno è, come tale, risarcito, e un sistema chiuso, tassativo, fondato sulla tipicità delle situazioni protette. È opportuno soffermarsi ulteriormente su questo punto per evitare il rischio di fraintendimenti.

Da quanto appena concluso dovrebbe risultare chiaro in quali termini si ricorra alla dicotomia “tipicità/“atipicità” nelle discussioni sul fatto illecito civile. Il riferimento a tale antitesi viene cioè impiegato per designare il carattere più o meno aperto delle offese che fondano la pretesa risarcitoria: si tratta cioè di stabilire se anche il c.d. illecito civile, al pari di quello penale, abbia ad oggetto beni giuridici predeterminati dalla fattispecie legislativa, ovvero, se estenda la propria sfera di operatività anche a situazioni diverse e non necessariamente tipizzate dal legislatore (basti pensare alla figura della c.d. perdita di *chance*); questione, questa, che il penale sembra piuttosto inquadrare sotto il principio di offensività. Ben diverso è il senso penalistico della tipicità, che è viceversa incentrato sulla tecnica di costruzione della fattispecie di reato: essa si contraddistingue cioè per la descrizione del comportamento umano stigmatizzato attraverso l’indicazione, da parte del legislatore, degli elementi costitutivi della condotta criminosa. Si può quindi ragionevolmente concludere che il fatto di reato si risolve sempre (anche quando è colposo), in una forma di aggressione *specificata* (quanto a modalità di condotta) a uno o più beni giuridici (c.d. principio di frammentarietà). Nel settore civilistico, invece, la struttura della fattispecie di cui all’art. 2043 c.c. rimane comunque “aperta”, fondata com’è su una regola o c.d. clausola generale, e non manifesta alcuna modalità predefinita di lesione. Detto altrimenti, la preoccupazione centrale della dottrina civilistica che militava a favore della tipicità, era nel senso di limitare la risarcibilità del danno alle sole ipotesi di

⁴³ FRANZONI M., *Civile e penale*, in *Il diritto civile e gli “Altri”*, Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011, a cura di ROPPO V.-SIRENA P., Milano, Giuffrè, 2013, p.109.

lesione dei diritti soggettivi assoluti; non tanto di assicurare il carattere chiuso e predefinito delle modalità di azione disvolte⁴⁴.

La dottrina moderna, si diceva, è ormai concorde nel riconoscere al sistema di responsabilità civile un tale impianto di fondo; diversi, invece, sono i modi di intendere il requisito dell'ingiustizia; molteplici, quindi, le ricostruzioni delle modalità operative concrete della regola generale, che variano a seconda del ruolo, più o meno protagonista, che si è disposti a riconoscere al giudice⁴⁵.

All'estremo opposto rispetto all'ammissione della "tipicità degli illeciti", stanno coloro che affermano l'esistenza di una clausola del tutto aperta di responsabilità, per cui il giudice sarebbe una sorta di padrone assoluto nella perimetrazione dell'area dei danni risarcibili, nonché nella definizione delle sfere di attività dei privati⁴⁶. Si sostiene cioè che, per mezzo della clausola generale, il principio sovraordinato del *neminem laedere* offra protezione a tutti gli interessi meritevoli di tutela; meritevolezza, questa, che spetta proprio al giudice valutare per stabilire se un danno debba essere trasferito dal danneggiato al danneggiante. In tale prospettiva, la fattispecie di cui all'art. 2403 c.c. viene intesa come una vera e propria "clausola generale": la formula del "danno ingiusto" viene cioè convertita in una "tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare nel caso concreto", svincolata da un modello di decisione prestabilito in una fattispecie normativa astratta⁴⁷.

Non si nega che, in questo settore, il ruolo determinante che comunque spetta al giudice, sia certamente meno problematico che in ambito penale, dato che serve, al più, a conseguire effetti risarcitori di natura patrimoniale – cioè a decidere entro quali

⁴⁴ Nota questa differenza anche PIERGALLINI C., "Civile" e "penale", cit., nota n. 3, p. 1300.

⁴⁵ Per un approfondimento sulle diverse tesi prospettate v. BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit., in particolare p. 650 ss.

⁴⁶ Per approfondimenti sul punto v. TUCCI G., *Il danno ingiusto*, Napoli, Jovene, 1970, p. 36 ss.

⁴⁷ L'indirizzo riportato è quello proposto da MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10. Per un approfondimento sull'operatività delle clausole generali in diritto civile v., *ex multis* e senza alcuna pretesa di esaustività, DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.; FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, I, p. 1 ss.; RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.; FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2085 ss. e in *(Il) Foro italiano*, 1999, I, p. 3558 ss.

limiti sia ammissibile far ricadere su un soggetto diverso dal danneggiato il pregiudizio da questi patito – e non per restringere la libertà individuale⁴⁸.

Tuttavia, nemmeno la giurisprudenza sembra condividere una posizione così radicale, ma pare piuttosto allinearsi all'indirizzo che, pur ammettendo che l'individuazione degli interessi giuridicamente rilevanti sia fondamentale rimessa alla discrezionalità del giudicante, non la ritiene però senza limiti. L'argine sarebbe rappresentato dal requisito dell'ingiustizia, interpretato nel senso di imporre al giudice il compimento di una valutazione comparativa degli interessi in conflitto (quello del danneggiato e quello che il comportamento del danneggiante mirava a conseguire) e del nesso di causalità⁴⁹.

Secondo alcuni, poi, il confronto tra interessi non andrebbe condotto in riferimento alle norme ordinarie, ma direttamente alla luce del principio costituzionale di solidarietà (artt. 2 e 41, comma 2, Cost.), oppure, in una prospettiva diversa, dovrebbe essere mediato da norme ordinarie dalla quali desumere *a contrario* che il danno è stato arrecato in assenza di una causa di giustificazione (principalmente il c.d. esercizio del diritto), quindi *non iure datum*.

Secondo quest'ultima tesi, cioè, l'art. 2043 c.c. andrebbe inteso nel senso che "ogni comportamento che non è espressamente permesso è vietato e costituisce fatto illecito": non basterebbe cioè la generica liceità del comportamento dannoso, la mancanza di un divieto espresso, per escludere il carattere ingiusto del danno. La funzione dell'art. 2043 c.c., dunque, sarebbe diretta a restringere la sfera del giuridicamente indifferente (o normalmente lecito), sancendo che la libertà di azione

⁴⁸ In questo senso è anche SHLESINGER P., *L'“ingiustizia” del danno*, cit., p. 342.

⁴⁹ Sul punto, in dottrina cfr. MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 542 ss.; ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*, cit., c. 199 s.; BUNSELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 650 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza v. S.U. Cass. civ. n. 500 del 1999 ove si legge che la valutazione e la comparazione non sono affidate alla pura discrezionalità giudiziale ma vanno «condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizione specifiche (...) ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili diversi dalla tutela risarcitoria, manifestando così una esigenza di protezione». Nel secondo caso la composizione del conflitto è affidata al giudice che deve decidere se si sia «verificata una rottura del “giusto” equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento».

genericamente riconosciuta a ciascuno debba necessariamente arrestarsi davanti al pericolo di cagionare un danno a terzi⁵⁰.

L'indirizzo in parola è stato però criticato, da un lato, perché la ricostruzione del concetto di lesione attraverso il riferimento ad una serie tipica di condotte giustificate conduce a esiti tanto incerti quanto ricorrere alla categoria di diritti soggettivi; dall'altro, perché finisce per ricondurre il requisito dell'ingiustizia alle modalità soggettive di azione piuttosto che all'elemento del danno⁵¹.

Secondo altri, invece, quando la valutazione tra interessi non sia stata previamente svolta dal legislatore, spetterebbe all'interprete indurre dal complesso delle leggi «le direttive economiche e sociali alle quali attenersi», fermo restando che il che criterio in base al quale condurre la comparazione sarebbe pur sempre un criterio “di pubblica utilità”⁵². Vi è poi anche chi – discostandosi dall'accezione puramente “economicistica” del criterio di pubblica utilità e instaurando un coordinamento maggiore tra i principi costituzionali – ha inteso il suddetto criterio come principio volto alla prioritaria tutela dei diritti fondamentali, aperto all'applicazione del principio di “ragionevolezza” elaborato dalla Corte Cost⁵³. Detto altrimenti, ai fini di una valutazione adeguata dell'ingiustizia, più che ricorrere a categorie tipizzate, sarebbe necessario riferirsi a criteri di comparazione elastici fondati su direttive interpretative di rango costituzionale⁵⁴.

Quanto alla giurisprudenza, questa si è uniformata all'indirizzo, ancora diverso, secondo cui la determinazione dell'ingiustizia dovrebbe assumersi in una “considerazione correlativa” dei punti di vista del danneggiante e del danneggiato

⁵⁰ Ritiene che la ponderazione debba avvenire con riferimento a norme ordinarie Sacco (SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 ss.). La tesi che fa riferimento al principio di solidarietà è quella di Rodotà (RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*). L'ultima posizione riportata è quella proposta da Schlesinger (SCHLESINGER P., *La “ingiustizia” del danno*, cit., p.).

⁵¹ Per queste critiche v. RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 88 e p. 108. Critica tale impostazione anche TUCCI G., *Il danno ingiusto*, cit., p. 30 s.

⁵² TRIMARCHI P., voce *Illecito (diritto privato)*, cit. p. 92 s. e p. 98 ss., ove riconosce una importante funzione alle valutazioni dell'interprete in questo ambito.

⁵³ Si vedano le considerazioni di ALPA G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, Jovene, 1979, p. 261 ss.

⁵⁴ Così BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, p. 673 ss., spec. p. 676.

insieme, invece che dall'ottica esclusiva di una delle due posizioni⁵⁵. Da ciò si conclude a favore di un accertamento interdipendente tra *iniuria* e *culpa* e di una qualificazione del danno *ingiusto* come danno congiuntamente *contra ius* e *non iure*. La valutazione dell'interesse perseguito dall'agente e quella dell'interesse leso dall'evento dannoso dovrebbero quindi confluire in un giudizio unitario dell'*ingiustizia*, la quale richiederebbe un presupposto soggettivo (una condotta finalizzata a realizzare interessi non meritevoli di tutela) e uno oggettivo (un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela)⁵⁶.

La dottrina precisa che i limiti dell'*uti iure* del danneggiante, entro il quale non vi è lesione *giuridica* (principio dell'*qui iure suo utitur neminem laedit*), sono stabiliti dalla determinazione normativa ricavabile dall'insieme di norme pubbliche o private che, in diverse ottiche, fissano i confini della libertà privata attraverso obblighi o divieti, e quindi demarcano *l'uti iure* di ognuno. Detto altrimenti, la prospettiva del danneggiante non è quella di chi viola una norma, ma quella chi esercita (o travalica) un proprio potere, inerente al generale diritto privato di libertà⁵⁷. È interessante notare che, nonostante gli influssi del sistema di responsabilità penale, quella civile si sia affrancata da uno schema fondato su una pluralità di cause (tassative) scriminanti *a posteriori* di una condotta antigiuridica, per accogliere, invece, un'unica regola generale di esercizio del diritto. Questa, pur priva di qualsivoglia riferimento testuale nella disciplina, si atteggia come causa "atipica" che esclude *a priori* l'ingiustizia del danno⁵⁸. La qual cosa, può leggersi come una conferma implicita del minor peso accordato al principio di tipicità (come penalisticamente inteso) in questo settore.

In ultimo, è meritevole di approfondimento – sia per il modo in cui inquadra la questione del *neminiem laedere* sia per l'influenza sortita sulla giurisprudenza successiva – la scelta di incentrata sul riferimento al dovere, definito "inderogabile",

⁵⁵ MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen)*, p. 543. In giurisprudenza, tra le tante v. S.U. Cass. civ., 24 giugno 1972, n.2135, in *Foro it.*, 1973, I, p. 99; Cass. civ., 27 maggio 1975, n. 2129, *ivi*, 1976, I, 2902; Cass., 1 aprile 1980, n. 2105, *ivi*, 1981, I, 402.

⁵⁶ Così MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, p. 540 ss.; SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1213.

⁵⁷ MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, p. 543.

⁵⁸ Così BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 11, che riporta il pensiero di BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971, p. 55 ss.

di solidarietà⁵⁹. A fondamento di questo starebbe un «limite di solidarietà», la violazione del quale principio non sarebbe pensabile disgiuntamente «dalla lesione della situazione giuridica a cui esso si riferisce» nel caso specifico⁶⁰. Da ciò, la configurabilità di un fatto dannoso ingiusto ogniqualvolta si abbia «lesione di una situazione giuridica rilevante», ovvero un danno prodotto *contra ius*⁶¹. Si precisa, poi, che la nozione di situazione giuridica (soggettiva) non starebbe ad indicare una categoria nuova, *a priori*, dell'esperienza giuridica, ma riassumerebbe in sé le diverse forme di protezione dell'interesse dei privati e andrebbe quindi intesa come «modo di essere e risultato della valutazione che la norma fa degli interessi umani»⁶².

In queste affermazioni alcuni hanno voluto leggere l'ammissione implicita di un sistema improntato alla tipicità, risultato che però non parrebbe quello auspicato dall'ideatore. Egli si preoccupa infatti di precisare che il dovere di solidarietà andrebbe distinto, da una parte, dal dovere di contegno diligente, che si riferisce a una qualità (o c.d. modalità) della condotta e non può quindi limitarla⁶³. Dall'altra, dal c.d. principio di *alterum non laedere* inteso come sintesi di doveri specifici: la situazione configurata, infatti sarebbe diversa sia da quella della tipicità "chiusa" degli illeciti, sia da quella che richiede la previsa esistenza di un dovere di un soggetto verso un altri.

Contrariamente a queste situazioni, il limite della solidarietà, poiché fondato nel dovere di cui all'art. 2 Cost., si estenderebbe ben oltre l'ambito segnato da disposizioni puntuali, investendo per intero la posizione dei soggetti in quanto "membri della stessa comunità"; non opererebbe, cioè, nei soli rapporti giuridici preesistenti e già definiti, ma ogniqualvolta sia prevista una qualche forma di tutela legislativa della posizione del danneggiato, ovvero sia, dove esista una «sfera di interessi tutelati dal diritto anche allo scopo di impedirne la violazione»⁶⁴. Ad illuminare il significato del principio in parola contribuirebbe infine anche l'art. 41, comma 2, Cost., nella parte in cui, specificando la solidarietà in riferimento al

⁵⁹ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 102 ss., spec. p. 106.

⁶⁰ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 114 s.

⁶¹ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 139

⁶² RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 201 ss.

⁶³ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 110 ss.

⁶⁴ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 91, 94, 113.

momento del danno, lascerebbe trasparire con immediatezza l'ampiezza delle situazioni in cui si possa parlare di danno in senso giuridico⁶⁵.

Rivolto com'è alla protezione della sfera giuridica di ciascuno dal danneggiamento altrui, andrebbe perciò inteso come «dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio», di modo che ne risulti vietato ogni atto che non rispetta in modo equanime anche l'interesse altrui; ogni atto di esercizio del diritto che, perseguendo in modo esclusivo e incivile il proprio interesse, contrasta l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali⁶⁶. In tal senso, fare riferimento al dovere di solidarietà piuttosto che al principio del *neminem laedere* può anche ritenersi un «vano nominalismo», purché quest'ultimo principio venga richiamato in una accezione diversa da quella che fomentava il dibattito tradizionale⁶⁷. Tutto si gioca, infatti, attorno al contenuto che s'intende dare alle categorie concettuali impiegate.

In definitiva, l'indirizzo in esame cerca di trovare una soluzione di compromesso, mediana tra un sistema fondato su una serie di casi del tutto aperti, quindi sostanzialmente rimessi all'arbitrio del giudicante e un sistema di rigida tipizzazione legislativa di ciascun comportamento dannoso⁶⁸.

Altra cosa, poi, è ritenere che il ricorso a categoria comunque “tipiche” (quali la “situazione giuridica soggettiva” e l’“interesse giuridicamente rilevante”) per consentire il funzionamento di “principio normativo di atipicità” sia, prima che inopportuno sul piano dell'adeguatezza della valutazione, del tutto inutile sul piano della certezza del diritto. Altra dottrina, infatti, non ha mancato di sottolineare che la categoria dogmatica della “situazione giuridica rilevante” abbia contorni così evanescenti da rendere difficoltosa la ricostruzione del concetto di lesione⁶⁹. Con il duplice pericolo di fare da appiglio, per un verso, a un'espansione esorbitante dell'ambito di operatività dell'istituto in parola e, per altro verso, a operazioni

⁶⁵ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 105

⁶⁶ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 90.

⁶⁷ Ammette che la questione possa divenire meramente terminologica lo stesso RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 113 s.

⁶⁸ Sul punto v. anche RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 598 ss.; ID., *Il ruolo della colpa*, cit., p. 4 ss.

⁶⁹ Così BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit. p. 676.

giurisprudenziali distorsive⁷⁰. Ad esempio, per il tramite della valenza costituzionale riconosciuta all'art. 2043 c.c., giurisprudenza costituzionale ha riproposto una lettura sanzionatoria della responsabilità civile, intendendola come violazione di una norma costituzionale (a seconda, l'art. 9, 32 o il generale art. 2 Cost). In breve, l'art. 2043 c.c. ritornerebbe ad essere una regola secondaria e preventiva, diretta ad assicurare una protezione minima e costante a tutti i diritti e interessi che la Carta dichiara fondamentali. Neutralizzata, dunque, è la funzione del danno ingiusto, che diventa presunto e coincidente con la lesione dei valori di volta in volta considerati⁷¹.

A prescindere dall'indirizzo ritenuto più convincente, ciò che merita evidenziare è l'obiettivo che ha accomunato tutte le ricostruzioni che si sono avvicinate dalla seconda metà del 1900 in poi: quello, cioè, di legittimare una interpretazione più elastica dell'art. 2043 c.c., tale da aprire le porte ad una concezione (tendenzialmente) atipica del fatto illecito dannoso.

A questo risultato, si è accompagnato il riconoscimento praticamente unanime del fine (principalmente) risarcitorio delle regole della responsabilità civile, in tal senso definita come "reazione al danno ingiusto"⁷²: la riparazione del danno, non più conseguenza di regole dalla finalità repressivo-preventiva nei confronti di condotte dannose contrarie a parametri di tollerabilità sociale, diventa il compito principale dell'istituto, che nel fatto del responsabile trova semmai un limite, non più il suo fondamento⁷³.

In questa prospettiva ben si può dire che il dato in base al quale pronunciare il giudizio di responsabilità oggi si sia obiettivizzato, nel senso che l'ingiustizia non rimanda più alle modalità di agire dell'agire soggettivo⁷⁴. In materia civile, a differenza

⁷⁰ BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 7; ID., *La parabola della responsabilità civile*, cit. p. 650 ss., spec. p. 660; SCHESSLINGER P., *La "ingiustizia" del danno*, cit., p. 60.

⁷¹ L'indirizzo riportato si è sviluppato a partire dalle sentenze della Corte costituzionale n. 184 del 1986 e n. 641 del 1987. Per approfondimenti v. BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 661 ss.

⁷² Per questa definizione v. SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito*, cit., p. 171; ID., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 632 s. e p. 638.

⁷³ Così SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 13 ss.

⁷⁴ Parla di un processo di c.d. obiettivizzazione del dato in base al quale pronunciare il giudizio di responsabilità, RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 107 s.; ID., *Il ruolo della colpa. Contra la ricostruzione di SCHESSLINGER P., La "ingiustizia" del danno*, cit., p. 347. Sulla prevalenza della valutazione della causalità del danno v. SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, p. 640.

che nel penale, la considerazione della causalità del danno prevale sulla valutazione di riprovevolezza.

La *ratio* di fondo dell'istituto, infatti, è quella di affrontare il tema della ripartizione dei danni che si verificano con crescente frequenza nella vita di relazione, nel rispetto delle esigenze di giustizia. Il sistema della responsabilità civile diventa cioè funzionale alla redistribuzione del costo dei danni prodottisi nella prospettiva di porvi rimedio; per cui, nel dettare i criteri di allocazione dei rischi e di distribuzione dei danni, le regole di responsabilità attuano vere e proprie scelte di politica del diritto. Attraverso i criteri in parola, infatti, che si identificano in una serie di fatti o situazioni in relazione adeguata (per lo più causale) con il danno, si individuano i soggetti su cui far gravare l'obbligo di risarcimento. Il tutto prescindendo completamente dalla finalità di vietare e sanzionare l'attività causativa dell'evento dannoso attraverso il rimedio risarcitorio; anche quando opera il criterio della colpa, non entrano dunque in gioco giudizi di natura morale sulla condotta⁷⁵.

Al contrario, sul piano formale i criteri in parola, comprensivi anche della colpa, non sono criteri di imputazione di una condotta riprovevole, ma criteri ascrittivi (o se si vuole attributivi), in funzione allocativa o redistributiva, di rischi e costi dei danni; null'altro che presupposti essenziali, da alcuno anche detti "fattispecie costitutive", dell'effetto risarcitorio.

Secondo alcuni, però, il processo evolutivo appena descritto non osterebbe al riconoscimento di funzione anche preventiva della responsabilità. Tuttavia, si può notare che se veramente fosse questa la finalità diretta dell'istituto, il sistema cadrebbe in contraddizione con sé stesso laddove ammette la trasmissibilità dell'obbligazione risarcitoria anche agli eredi. Allora, più che un obiettivo immediatamente perseguito attraverso il rimedio risarcitorio, quello della prevenzione può meglio definirsi come un effetto indirettamente conseguito dalle norme di responsabilità civile (in particolare di quelle ancora governate dal criterio attributivo della colpa), che possono costituire uno stimolo, per la persona che agisce, ad adottare le misure necessarie a evitare il danno⁷⁶.

⁷⁵ La dottrina dominante concorda sulla funzione preminentemente riparatoria della responsabilità extracontrattuale. Tra i tanti, SALVIC, *La responsabilità civile*, cit., p. 11 ss.

⁷⁶ La dottrina dominante ammette che la responsabilità civile abbia oggi una pluralità di funzioni. Tra i tanti, v. RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 599; BUSNELLI F., *La parabola*

Dal processo evolutivo analizzato può dunque trarsi la seguente conclusione: per come si è venuta a delineare, la responsabilità per danni ha assunto le sembianze di un rimedio nettamente contrapposto a quello dell'illecito penale dal quale pur deriva storicamente⁷⁷. In effetti, alla base della normativa dettata dal diritto civile riguardo ai rapporti tra privati stanno ragioni e finalità diverse da quelle perseguite in campo penale.

Quest'ultimo, infatti – ambito “eccezionale” non a caso dipinto come “un'isola nel mare della libertà” – si compone per lo più di divieti e dà vita ad un sistema di precetti puntualmente intesi, per un verso, a reprimere gli atti vietati e, per altro verso, a orientare le condotte dei consociati: la qual cosa richiede la previa (e chiara) enucleazione di quella serie (discontinua) di azioni che s'intendono bandire e di quei contegni che non sono da tenere in quando offensivi di beni ritenuti essenziali ai fini pacifica convivenza sociale⁷⁸.

Diversamente, nel diritto civile – regno della libertà di azione – contano piuttosto la salvaguardia e la perimetrazione dei poteri e doveri che ciascun consociato ha verso gli altri e in cui trova assetto la vita di relazione. Dove non arrivano le norme penali, i consociati sono liberi di agire; la loro libertà non è però *assoluta*, non è “sciolta da ogni legame”: il mare della libertà, infatti, è popolato di tanti pesci, di soggetti terzi la cui sfera giuridica merita attenzione da parte di chi, in questo mare, svolge le più disparate attività. Ed è proprio qui che interviene l'istituto della responsabilità civile che, attraverso l'obbligo di risarcimento, ripartisce variamente il costo dei danni che intervengono nella vita di relazione.

Ne consegue, come si vedrà nel proseguo, che nonostante l'ausilio che il diritto civile può trarre da alcune elaborazioni e definizioni penalistiche, proprio la riconosciuta diversità strutturale e funzionale delle due discipline impedisce di estendere direttamente alla responsabilità civile le elaborazioni penalistiche in tema di

della responsabilità civile, cit., p. 674 ss. Esprime dubbi sulla effettività della funzione preventiva della colpa negli ordinamenti contemporanei SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 20 s.

⁷⁷ Di questo avviso SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 634. Concorda sulla necessità di mantenere ben distinto il reato dal “torto” civile anche RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 55 ss.

⁷⁸ Sul punto v. SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile*, cit., p. 637.

azione, tentativo, causalità e, per quanto qui interessa, quanto alla stessa nozione di colpa⁷⁹.

Come ci si accinge ad esaminare nel prossimo paragrafo, infatti, l'opera di rifondazione conosciuta dal sistema civile ha altresì condotto – oltre che a una autonomia tra i due sistemi in punto di causalità materiale – al riconoscimento di una diversa rilevanza dell'elemento soggettivo nelle due fattispecie⁸⁰. La qual cosa ha permesso, a differenza di quanto accade nel settore penale, di aprire le porte a criteri di ascrizione della responsabilità risarcitoria di natura oggettiva, oltre che a ipotesi di presunzione di colpevolezza diametralmente opposte alla regola di cui all'art. 27 Cost.

Una volta restituita alla fattispecie civile la veste flessibile che le è più congeniale, il principio di responsabilità e il significato dell'ingiustizia riescono ad adeguarsi, anche grazie all'opera della giurisprudenza che qui gioca un ruolo centrale, ai valori di una società in fervida trasformazione, conferendo rilievo ai nuovi interessi che emergono dinamicamente dai rapporti economico-sociali. Legittimando, infatti, un sistema aperto che consenta il recepimento di ipotesi sempre nuove di “fatto illecito”, la responsabilità civile riesce a colmare alcuni di quegli spazi vuoti dove non arrivano le regole contrattuali e dove non riescono a intervenire (ed è giusto che non intervengano) sanzioni amministrative e penali⁸¹.

3.3. Colpa e rischio: la pluralità di criteri ascrittivi

Dall'analisi svolta è emerso che il movimento moderno che ha caratterizzato la responsabilità civile si sia contraddistinto in virtù della distanza da guadagnare tra danno civile e reato. Si rifiuta, cioè, il richiamo all'antigiuridicità, intesa come categoria riferita all'azione e correlata alla colpa (per cui *simul stabunt, simul cadent*), in qualità di presupposto del risarcimento.

⁷⁹ Così anche RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità*, cit., p. 56 s.

⁸⁰ Rispetto al nesso causale, l'orientamento favorevole all'autonomia dei due sistemi quanto a regola probatoria, è stato consacrato anche dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 581 del 2008, in materia di risarcimento dei danni conseguenti a contagio con virus HBV, HIV e HCV.

⁸¹ Lo sottolinea PONZANELLI G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 37 s.

Solo una volta ammessa la separazione tra il giudizio di colpa e quello sulla illiceità, l'elemento soggettivo in parola ha potuto conquistare la propria indipendenza dal requisito della volontà dell'agente, in modo da acquisire la veste di "mezzo, causa o criterio di collegamento" tra un soggetto "fatto responsabile" dalla legge ed un danno da risarcire. In effetti, lo sforzo a cui la problematica della responsabilità civile stata protesa a partire dalla seconda metà del 1900 è quello di organizzare il sapiente coordinamento di una serie di attività che non si vogliono vietare, attraverso norme di diritto privato che si estrinsecano nella selezione del soggetto (attraverso diversi criteri) chiamato a sopportare un determinato costo derivante dall'esercizio di tali attività.

Da qui, il passo per sottrarre alla colpa il proprio ruolo monopolistico e orientare il modello di responsabilità verso la tutela dei danneggiati è breve. Ridotta a semplice criterio di collegamento, infatti, nulla vieta al legislatore di affiancarle – come è di fatti accaduto nel nostro ordinamento agli artt. 2049 ss. – criteri anche diversi se più funzionali a raggiungere gli obiettivi complessi che l'esplosione della civiltà delle macchine ha richiesto all'istituto di perseguire⁸².

Una volta che il processo di industrializzazione ha raggiunto il suo completo sviluppo, infatti, non è stato più possibile ignorare i limiti di un modello risarcitorio costruito sulla colpa come elemento essenziale.

Questa disciplina poteva essere adeguata, lo si è accennato, a una fase in cui l'istituto svolgeva un ruolo ancora marginale, di «garanzia esterna di regole appropriate»⁸³. Fin quando il godimento statico dei beni è rimasto prevalente – e questa situazione si è protratta anche durante la prima fase d'industrializzazione, nonostante il mercato fosse già divenuto la forma dominante dei rapporti economici – le fattispecie di danno coinvolgevano interessi comunque "omogenei" alla sicurezza proprietaria, personale. Per questo motivo, la colpa riuscì ancora a sopravvivere come regola, se non unica sicuramente principale, di ascrizione della responsabilità.

Tutte le ipotesi differenti, elaborate dal diritto comune e dalla giurisprudenza. poi recepite anche nel codice del 1942, erano infatti ritenute norme eccezionali, quindi interpretate in maniera rigorosamente restrittiva o, comunque, lette alla luce della

⁸² Così ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*, cit., c. 193 ss., spec. c. 195 s.

⁸³ Così SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 18.

colpa. Ad esempio, come spesso ha fatto la nostra giurisprudenza nel primo periodo di vigenza del nuovo codice, dandogli la veste di c.d. presunzioni, semplici o assolute, di colpa – ovvero di fattispecie, pur sempre basate sulla regola della colpa, ma nelle quali si realizzava una inversione dell'onere probatorio che dava vita a malcelate forme di responsabilità oggettiva⁸⁴. Allo stesso fine hanno concorso anche altre costruzioni: vi è chi, dando alla colpa una veste surrettiziamente formalistica, vi ha forzatamente ricompreso (in tutto o in parte) anche quelle fattispecie apparentemente prive di un riferimento alla stessa, sostenendo, per fare qualche esempio, che la responsabilità del custode sia fondata sul mancato o negligente controllo della cosa o dell'animale, quella dell'esercente di attività pericolosa nel fatto omissivo colposo di non aver predisposto idonee misure ad evirare il danno, e così via⁸⁵; altri, invece, hanno preferito leggere i criteri diversi dalla colpa come «criteri di sua propagazione»⁸⁶, e non è nemmeno mancato chi ne ha esclusa in radice la riconducibilità alla categoria della responsabilità quando fosse possibile ricorrere alla distinta nozione di garanzia⁸⁷.

Questo stato di cose non meraviglia: nello Stato liberale, infatti, ispirato ad un principio che esaltava la libertà dell'agire economico, le regole di responsabilità extracontrattuale rivestivano la funzione sostanziale di limite alla responsabilità di chi svolgeva attività economiche quantunque rischiose, purché lo facesse conformemente a parametri socialmente tollerabili. In quest'ottica, ben si comprende come alcuni abbiano voluto scorgere nel modello un regime di *favor* per le imprese e per l'industria nascente. Il principio della colpa era cioè un argine perfettamente coerente con l'esigenza di evitare costi eccessivi alle industrie ancora in via di sviluppo.

A fine Ottocento, però, l'idea liberista dell'uomo che, nel bene e nel male, rimanesse l'unico centro di imputazione della propria vicenda di vita ha cominciato intaccarsi, dando vita ad una serie di trasformazioni consecutive.

⁸⁴ Per una lettura di tali ipotesi come eccezioni alla regola della colpa, v. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁸⁵ Per una esposizione di questa lettura v. FRANZONI M., voce *Responsabilità oggettiva*, I) *Disciplina privatistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1.

⁸⁶ Così BARBERO D., *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 572 ss. *Contra*, tra i tanti, RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 152 ss.

⁸⁷ Per approfondimenti v. STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, *passim*.

Il primo processo evolutivo, lo si vedrà meglio più avanti, ha condotto alla rivisitazione del contenuto della categoria concettuale “colpa” in un senso più oggettivo e confacente alle nuove esigenze che il regime di responsabilità civile cominciava a dover soddisfare. Spogliatasi della vecchia veste soggettiva di *stato d’animo moralmente riprovevole*, la colpa ha acquistato il nuovo genoma di *oggettiva difformità della condotta dell’agente* rispetto a parametri espressive del livello di tollerabilità “sociale” del rischio dalla stessa introdotto⁸⁸. A questo mutamento si è affiancata la sottrazione alla disciplina della responsabilità civile di certe aree socialmente “delicate” di danni, ricondotte entro una più appropriata legislazione speciale (es. assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro).

L’equilibrio si raggiunto, tra funzione individuale della responsabilità, rivolta all’interesse della vittima al risarcimento, e funzione sociale, rivolta all’interesse generale che legittima (o nega) la traslazione del danno, si è definitivamente spezzato con l’ascesa della cultura giuridica dello Stato sociale, contrassegnata dall’aumentata fiducia nelle tecniche giudiziali di controllo sulle attività private, oltre che dalla crescente istanza di protezione dei consociati.

Causa anche lo sviluppo del c.d. socialismo giuridico, il punto di equilibrio precedentemente conseguito si è quindi spostato a favore del danneggiato, parte “debole”. La stessa *ratio* dell’istituto ha cominciato a plasmarsi sui tratti più caratteristici del *Welfare state*: la valorizzazione dell’interesse collettivo alla sicurezza generale e la più equa ripartizione delle risorse. La qual cosa ha fatto sì, soprattutto in certi ambiti, che la questione dei fatti dannosi si sia “depersonalizzata”, così da omogenizzarsi al modello produttivo delle civiltà tecnologica.

Due sono le direttrici di fondo che hanno mosso il fenomeno in esame. La prima è consistita nel riconoscere alla compensazione dei danni un valore in sé; la seconda, nell’idea che il processo economico-produttivo richiedesse un nuovo consenso, una nuova legittimazione: venuta meno la certezza che al libero agire economico corrispondesse sempre un accrescimento del benessere collettivo, si è fatta strada la tesi per cui il costo sociale delle attività produttive non debba pesare sulla collettività, ma essere ricondotto nei costi economici dell’impresa.

⁸⁸ Per queste considerazioni v. SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p 13 s.; SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 365 ss. Sul processo di c.d. obiettivizzazione della colpa v. *infra* § 4.

Questo secondo processo evolutivo è culminato con l'apertura a criteri pienamente oggettivi di ascrizione della responsabilità, il comune denominatore dei quali sta nell'esigenza di allocare il rischio su un soggetto diverso dal danneggiato a prescindere dalla colpa dell'agente, sì da rendere risarcibili danni altrimenti scoperti⁸⁹. In effetti, per i rischi che sono il prodotto inevitabile dell'interazione uomo-macchina, della cooperazione (parimenti imprescindibile) tra una pluralità di attori sociali la cui opera acquista significato solo in quanto partecipa di quella altrui, la funzione riparatoria, di giustizia sostanziale, non poteva essere assicurata altrimenti che non ridimensionando il criterio colpevolistico, pur sempre inevitabilmente collegato a un'azione individuale.

In questo nuovo panorama sociale, la dogmatica moderna si è quindi dedicata allo sviluppo di una teoria della responsabilità oggettiva: espressione che, data l'ambiguità dei termini e la vasta pletora di indirizzi teorici susseguitesesi negli ultimi decenni, pare opportuno ridurre alla segnalazione, puramente descrittiva in negativo, di tutte quelle ipotesi di responsabilità non fondate sulla colpa. Questo certamente non toglie, ma piuttosto impone, che l'esame dell'indirizzo in parola proceda attraverso una breve ricognizione dei criteri di fondo, distinti dalla colpa, che sono stati di volta in volta proposti alla sua stregua dalla nostra dottrina⁹⁰.

All'estero come in Italia, si è dapprima affacciata una concezione c.d. bipolare della responsabilità civile, che la vedeva articolata su due regole altrettanto generali: la colpa e il rischio. A questa linea di pensiero, sono riconducibili tutte le teorie che nelle figure di cui agli artt. 2049-2054 c.c. hanno voluto ravvisare la polimorfica espressione di un modello unitario di responsabilità oggettiva fondato sul rischio, autonomo (se non addirittura superiore per importanza) da quello colpevolistico⁹¹.

⁸⁹ Per una ricostruzione in chiave storico-culturale del lento cammino di emersione della responsabilità oggettiva v. CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 2 ss., che richiama le varie teorie elaborate dalla dottrina giuridica, italiana e straniera, al fine di legittimare forme di responsabilità civile senza colpa.

⁹⁰ Per un approfondimento sulla responsabilità oggettiva si vedano FRANZONI M., voce *Responsabilità oggettiva I) Discipline privatistiche*, cit., nonché CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva, II) Dir. comp. e straniero*, cit. Sulle diverse teorie proposte dalla dottrina, oltre ai singoli autori nel proseguo richiamati v. SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 636 ss. e 644 ss.; BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 4 ss.; BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 649 ss.

⁹¹ Si tratta dell'indirizzo proposto all'inizio degli anni '60 da TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, *passim*.

Ciò detto, gli indirizzi favorevoli al “doppio binario” si sono poi ramificati in vari sotto-indirizzi. Per richiamare i principali, quelli più risalenti hanno dato vita, sulla scia della massima di origine tedesca per cui “chi agisce a proprio rischio deve sopportare le conseguenze della propria attività”, a una serie di c.d. teorie del rischio che, limitandosi a coniare formule descrittive, sono rimaste tutte invariabilmente prive di rilievo sistematico; basterà dunque rievocare le più importanti.

Il criterio aggregativo del rischio è stato anzitutto declinato rievocando i vecchi brocardi latini del *cuius commoda, eius et incommoda* e del *ubi emolumentum, ibi onus*: criteri però empirici e palesemente troppo vaghi per poter determinare una responsabilità sul piano giuridico.

Non sono riusciti ad esprimere veri e propri criteri ascrittivi della responsabilità nemmeno i criteri del c.d. rischio-profitto (che ha inteso il rischio come contraccambio dei profitti incassati da chi svolge l’attività rischiosa) e del c.d. rischio-creato (che ha cercato di affrancare la responsabilità per il rischio dai criteri puramente economici per collegarla piuttosto al fatto oggettivo della creazione del rischio).

La prima, considerando che chi trae vantaggi economici dall’attività può anche tradurre in termini di costo le eventualità dannose, è mossa dall’obiettivo di spingere chi ha il controllo dei fattori del rischio ad adoperarsi in vista di una sua riduzione e, per questa via, funzionare come criterio di selezione nei confronti di attività che realizzano un profitto individuale sproporzionato rispetto alla loro dannosità sociale. Più che seguire il tenore delle norme positive presenti del nostro ordinamento, la tesi pare dunque interessata a recepire i suggerimenti della realtà economico-sociale e, come tale, rimane priva di qualsivoglia appiglio normativo. Lo stesso ruolo limitato, di enunciazione delle possibili ragioni ispiratrici delle soluzioni normative adottate, può riconoscersi alle opinioni che hanno fatto riferimento al profilo della distribuzione del rischio ricorrendo ai criteri della c.d. *richesse oblige* (che collega l’attribuzione della responsabilità alla capacità economica del responsabile) o a quello della c.d. *assurance oblige* (che lo collega invece alla sua condizione di assicurato)⁹²: peraltro, anche volendo, nessuno di essi riuscirebbe a svolgere il ruolo di “criterio di

⁹² La moderna dottrina esprime, praticamente all’unanimità, serrate critiche a tali indirizzi puramente economicisti, tra i tanti v. SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 637; BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 4; TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 70 ss.; RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 109.

responsabilità”, il quale richiede caratteristiche di costanza, mentre le formule in parola si appigliano a elementi casuali.

Suggestiva ma parimenti insufficiente è l'altra linea di pensiero evocato, che si è riferita alla creazione delle condizioni di rischio, come anche l'indirizzo simile che ha preferito invece ricorrere alla non meno generica formula della c.d. esposizione al pericolo⁹³. A detta di entrambe, la ragione per cui in una serie di ipotesi l'ordinamento chiama un soggetto a rispondere senza colpa, andrebbe rinvenuta nella creazione da parte sua di una situazione pericolosa.

La prima tesi (del c.d. rischio-creato), che ricorre alla nozione vaga e generica di rischio, pare riferirsi in generale a tutte le attività, pur legittime perché socialmente utili, che sono però pericolose per la frequenza e la gravità dei danni che producono; essa propone, quindi, di farli gravare su chi si assume l'iniziativa rischiosa e sembra perciò nella miglior posizione per dominarne le conseguenze. Tuttavia, una nozione così indistinta finisce per essere applicabile a qualsiasi atto o fatto al quale abbiano fatto seguito delle conseguenze dannose. Senza nemmeno contare che, nella moderna e “interazionale” società del rischio, caratterizzata da una pluralità di condotte pericolose interdipendenti, essa non consentirebbe, nella maggior parte dei casi, di indicare con precisione il soggetto responsabile. In ultimo, insistendo su un momento precedente ed eventuale alla causazione del danno, la tesi in parola nemmeno si accorda con le ragioni della responsabilità civile, che non mira tanto a predisporre rimedi avverso la creazione di uno stato di pericolo, quanto reagire di fronte al danno ormai arrecato (sul presupposto della sua inevitabilità), indicando chi debba risponderne. Il nostro ordinamento, infatti, non dà una valutazione negativa alla creazione del pericolo in quanto tale, né gli corrisponde un modello per cui ad essere completamente positiva sarebbe quella società da cui venga espulso ogni pericolo.

L'altra teoria, della c.d. esposizione al pericolo, ha perciò tentato di limitare l'operatività della responsabilità per rischio-creato riferendola alle sole attività *lato sensu* pericolose, ovvero al singolare grado di pericolosità che connota le “attività

⁹³ Per la tesi favorevole al criterio della c.d. esposizione al pericolo già COMPORI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1965, spec. 278 ss., che non lo limita ad attività necessariamente economiche; al contrario, rispetto al rischio derivante dall'attività d'impresa, che si avvale di personale qualificato e di specifiche attrezzature, maggiore sarebbe il pericolo derivante «da un atto rischio isolato, compiuto magari da un inesperto».

particolarmente pericolose per la loro natura e per i mezzi adoperati”. In tal modo, questa si limita piuttosto a descrivere i contorni della specifica fattispecie normativa di cui all’art. 2050 c.c., ma non può certo, senza cadere in ingiustificati arbitri, servire da base per ricostruire un autonomo sistema di responsabilità oggettiva⁹⁴.

Per uscire dall’*empasse* in cui si sono trovate tutte le teorie fondate su un concetto di rischio genericissimo, il maggior sostenitore dell’esistenza di un generale e autonomo principio di rischio, lo ha dunque specificato come “rischio di impresa”. La tesi in parola, contraddistinta da una scelta di razionalità economica, ha cioè postulato la “divisione del campo della responsabilità in due parti”: quella attinente al sistema oggettivo ha una funzione collegata alla “teoria economica della distribuzione dei costi e dei profitti” e un ambito di operatività limitato a tutte le attività economiche, principalmente di impresa (ovvero alle attività che sono “frutto di una decisione economica, e che presentano un minimo di continuità e/o organizzazione”); l’altra, regolamentata all’art. 2043 c.c., resta invece relegata alle sole attività c.d. biologiche, ovvero a quelle che, essendo prive dei suddetti requisiti organizzativi, non consentono di parlare di “un conto attivo e passivo, sul quale debba gravare il costo del rischio creato”, e per le quali, dunque, la responsabilità per colpa sarebbe “del tutto sufficiente”. Dietro alla tesi si scorge indubbiamente, più che il prevalere della generica istanza di tutela sociale, la volontà di estendere le garanzie tradizionalmente riservate alla proprietà statica anche a forme di ricchezza nuove, l’impresa, la cui responsabilità oggettiva viene comunque normalmente limitata al c.d. rischio tipico. In tal modo, si dice, l’imprenditore potrà – attraverso la stipula di un’assicurazione o tramite la c.d. autoassicurazione – riversarne il costo sui prezzi e quindi distribuirlo tra la collettività.

La prima obiezione cui si espone la teoria da ultimo riferita sta nell’aver riconosciuto un rilievo giuridico a ciò che, al più, può servire a illustrare la ragione mediata di alcune specifiche fattispecie. Senza nemmeno considerare l’opinabilità di una suddivisione che non ha il minimo riscontro nel sistema positivo: come messo in

⁹⁴ Per un’esposizione dei limiti della tesi in parola v. CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 7 s., che evidenzia come il ricorso alla pericolosità in funzione di qualificazione aggregante delle fattispecie positive corrisponda a una fase non matura della responsabilità oggettiva, senza contare che la tesi in esame finisce per vedere nel risarcimento la sanzione per una condotta, antisociale, di creazione del pericolo.

luce da gran parte degli autori successivi, infatti, molte delle fattispecie di responsabilità oggettiva presenti nel nostro ordinamento non si ricollegano affatto ad attività propriamente definibili come “economiche”, tantomeno “imprenditoriali” (basti pensare agli artt. 2053 e 2054, ultimo comma, c.c.)⁹⁵. In altre parole, il criterio del rischio, se limitato all’impresa, pecca per difetto e non riesce a ricomprendere tutti i casi di responsabilità oggettiva; se inteso in senso ampio, pecca per eccesso e, divenendo puramente descrittivo, perde ogni valore di criterio di sistema.

Conviene dunque accantonare le tesi fondate sull’aprioristico principio per cui chi pone un rischio (o se si vuole una situazione pericolosa) deve rispondere in ogni caso delle conseguenze dannose che ne conseguono, per passare piuttosto in rassegna i diversi modi con cui la dottrina successiva ha preferito inquadrare i rapporti tra il criterio della colpa ed i criteri – comunque scollegati da un umano atto colposo – che figurano agli artt. 2049-2054 c.c.

Sul solco delle precedenti teorie “a due binari”, si è posto l’indirizzo per cui il criterio unificatore delle figure di cui ali art. 2049-2054 consisterebbe nell’addossare la responsabilità sul soggetto più capace, in sede di controllo del rischio inerente a una data attività o situazione non contingente, di scegliere tra i costi dell’eventuale danno e i costi necessari alla sua prevenzione, optando per la soluzione più vantaggiosa (c.d. *cheapest cost avoider*). La tesi della c.d. *cost-benefit analysis* (analisi costi-benefici), principalmente sviluppata dalla dottrina nord-americana dei *cost accidents*, sposta quindi lo sguardo dal momento della creazione a quello del controllo del rischio e, valutato l’evento lesivo in termini di costo, lo fa gravare su chi in concreto può meglio stimare il prezzo del danno e quello delle misure richieste per prevenirlo⁹⁶. In questa prospettiva “sovra-individuale”, l’urgenza di garantire protezione ai danneggiati si unisce senza contraddizioni all’esigenza di una più ampia distribuzione sociale dei rischi, consentendo alla responsabilità di acquisire un significato anche preventivo (in un senso, diverso da quello accolto dalla teoria classica, di “deterrenza generale”)⁹⁷: incidendo sull’allocazione delle risorse attraverso il mercato, cioè, la disciplina

⁹⁵ Tra i tanti v. BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, p. 4; SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, p. 636.

⁹⁶ Il principale promotore di questa linea di pensiero è CALABRESI G., *The cost of accidents*, New Haven – London, 1979, trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975.

⁹⁷ Così SALVI C., *La responsabilità civile*, cit. p. 19 s.

risarcitoria patrocinata dall'analisi costi-benefici dovrebbe garantire una riduzione dei costi sociali degli incidenti nel loro complesso.

In Italia, chi ha accolto con favore questo indirizzo, lo ha fatto ritenendolo finalmente idoneo a superare la contraddizione in cui erano cadute tutte le precedenti ricostruzioni della responsabilità oggettiva: quella, cioè, di continuare a ragionare di causalità, quindi a usare lo schema ascrittivo proprio della responsabilità soggettiva, mentre il giudizio oggettivo, c.d. tipologico, richiederebbe la sola valutazione che il fatto realizzatosi “appartenga o meno alla serie di quelli che il criterio di imputazione ascrive” alla sfera di un soggetto per il loro semplice accadere. Essendo sufficiente, ai fini del giudizio di responsabilità, la presenza degli elementi descritti nella fattispecie, un problema di causalità non si porrebbe dunque nemmeno, perché già risolto “in radice” nella descrizione normativa. Ragionando altrimenti, si rischierebbe di ricadere nel vizio di fondo di concepire anche la responsabilità oggettiva come sanzione per un evento lesivo in teoria non imputabile al soggetto, ma riconnesso a una situazione o un'attività oggettivata. Il cortocircuito generato da questa scorretta relazione di oggettività e responsabilità sarebbe invece superato dalla teoria in esame che, ricollegando la responsabilità alla scelta assunta da chi meglio poteva compierla (e così al potere dell'uomo), l'affrancherebbe dal suo essere una imputazione “cieca”, ovvero un duplicato del rapporto di causalità. A differenza di quelle poggianti sulla “creazione del rischio”, infatti, questa tesi non guarderebbe all'insieme rischi in generale connessi allo svolgimento di una certa attività o situazione, quindi alla scelta di ciò che sta a monte del danno, ma alla scelta del danno singolo, tramutabile in costo. In ultimo, si aggiunge, il criterio dell'“uomo calcolatore” nella *cost-benefit analysis* sarebbe espressivo della stessa “realtà umana” su cui poggia “il diligente padre di famiglia”, così da ricondurre a dimensione “umana” anche la responsabilità oggettiva, pur quando connessa ad attività (si pensi alla realtà d'impresa) in cui è predominante la dimensione “organizzativa”; questa, infatti, richiederebbe semmai l'arretramento del terreno della responsabilità dal piano esecutivo a quello dell'organizzazione, ma “non elimina certo la decisione”⁹⁸. L'aderenza all'idea della calcolabilità renderebbe il

⁹⁸ Lo rileva CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 12 s.

criterio in esame perfettamente adeguato a veicolare la responsabilità nella mutata realtà tecnologica.

La linea di pensiero in parola desta tuttavia una serie di perplessità. Anzitutto e in generale, i molteplici contrasti sorti al suo interno inducono a dubitare dell'effettiva possibilità di stabilire un sistema di regole che permetta davvero di far gravare il costo dei danni sui soggetti che detengono il controllo dei fattori di sicurezza dell'attività pericolosa⁹⁹.

Nel nostro ordinamento, poi, nonostante il supporto ricevuto dalla suesposta dottrina, le ricostruzioni che poggiano su analisi economiche della responsabilità civile possono tuttalpiù servire da ausilio nell'interpretazione, ma è dubbio che siano in grado di fornire risultati in termini descrittivi e tantomeno prescrittivi. Per fungere da criteri legittimanti della responsabilità, infatti, tanto l'interesse ad un'allocatione delle risorse che massimizzi la ricchezza del sistema economico, quanto la distribuzione sociale del rischio, dovrebbero avere fondazione normativa. Così però non è: il nostro legislatore, infatti, ha preferito indicare direttamente il responsabile accollandogli l'obbligo di risarcimento, in modo da individuare la funzione primaria dell'istituto in quella individuale di ristoro (o meno) della vittima; riparazione che, solo in via indiretta e eventuale, potrà convertirsi in "costo" dell'attività pericolosa¹⁰⁰.

In epoca più recente, si è inoltre commentato che, stante l'eterogeneità istituzionale delle ipotesi normative di responsabilità oggettiva di cui agli art. 2049-2051 c.c., le tendenze neo-sistematiche in parola siano comunque risultate incapaci, a patto di non ricorrere a preconcetti e forzature, di realizzare una riduzione ad unità delle variegate funzioni connesse alla tecnica della responsabilità oggettiva¹⁰¹.

Parimenti non esaustive sono risultate quelle teorie c.d. descrittive che, limitandosi a constatare, in negativo, l'assenza del requisito della colpa in alcune fattispecie codicistiche, hanno mancato di mettere in luce la *ratio*, la ragione sufficiente della responsabilità oggettiva; questa, infatti diversamente da quella

⁹⁹ Così avviso SALVI C., *La responsabilità civile*, cit. p. 18 s. Del medesimo avviso è anche BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 4.

¹⁰⁰ Lo nota BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit. p. 4. Per questi rilievi v. anche SALVI C., *La responsabilità civile*, cit. p. 19, nonché ID., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano 1988, p. 1186 ss., spec. p. 1195.

¹⁰¹ Così BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 659.

fondata sulla colpa – elemento in sé evocativo, anche culturalmente, del fondamento della responsabilità – abbisogna di una spiegazione specifica, che non si ricava dalla semplice lettura degli elementi presenti nelle fattispecie speciali (es. proprietà dell'animale, custodia, rapporto di preposizione ecc.), i quali, già su un piano culturale, sono privi di quella forza evocativa della responsabilità che nella colpa è, per così dire, “implicita”¹⁰². Tra le altre, ha meritato questa critica l'impostazione chi, svolgendo una semplice parafrasi dei “presupposti di collegamento” indicati dalle fattispecie positive, ha “spiegato” gli artt. 2050-2054 c.c. accontentandosi di considerare che in essi l'identificazione del soggetto responsabile avviene “per un rapporto, in gran parte unitario, in cui si pone con la cosa animata o inanimata che ha dato luogo al danno”¹⁰³.

Sulla scorta di tutte queste obiezioni, vi è chi ha preferito, in un'ottica più solidaristica, ammettere l'apertura della stessa regola generale ex art. 2043 c.c. ai criteri di responsabilità oggettiva ricavati dalle fattispecie speciali: ciò a dire che la responsabilità per il rischio non fungerebbe da criterio di qualificazione unificante, ma sarebbe piuttosto una “espressione ellittica”, descrittiva di tratti comuni a diverse ipotesi, ma che racchiude criteri differenti (quali la preposizione, la custodia, l'esercizio di attività pericolose ecc.). Il dato costante che consente di riaffermare l'unitarietà dell'impianto della responsabilità civile viene invece individuato nel “fatto dannoso” di cui all'art. 2043 c.c., al quale tutti i suddetti criteri infatti si ricollegano¹⁰⁴. La colpa, invece, non avrebbe alcun ruolo particolare nel nostro sistema (quale criterio “normale” o “generale”, da contrapporre a criteri “speciali” o “eccezionali”), ma starebbe sullo stesso piano degli altri criteri, quale metodo di collegamento tra il danno e un soggetto chiamato a risarcirlo. Pertanto, l'unica differenza tra l'art. 2043 c.c. e le disposizioni di cui agli artt. 2049 ss. starebbe nel fatto che solo la prima pone (una volta per tutte) la clausola generale di responsabilità, oltre a indicare il primo dei criteri atti a circoscriverla e logicamente necessari per collegare il fatto al responsabile.

A detta dell'autore che la propone, questa costruzione consentirebbe di rispondere alle esigenze sottese al tentativo di enucleare il principio generale del rischio, senza però limitarsi a cogliere i momenti “esterni” (funzione, *ratio*) della

¹⁰² La critica è di CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 7.

¹⁰³ È la posizione di SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, cit., p. 638 ss., spec. p. 644.

¹⁰⁴ La tesi è di RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 174 ss.

disciplina codicistica (artt. 2049 ss. c.c.). Nessuno nega, infatti, che la diffusione, accanto alle azioni individuali, di attività esercitate con una qualche continuità e che ricorrono a qualche forma di organizzazione, impedisca di ricorrere in ogni caso alla colpa come criterio per valutare le violazioni della solidarietà. Per colmare dette insufficienze il criterio generale del rischio pretenderebbe però di sottrarre tutto il settore dell'impresa all'applicazione della colpa, per farlo invece sottostare al diverso criterio del rischio anche dove manchino disposizioni particolari che lo consentano; con l'intento ultimo di ridurre l'agire rischioso servendo da strumento di razionalizzazione e maggior economicità dell'attività in questione.

L'innegabile ragione di ordine politico – estendere l'operatività della responsabilità all'area segnata dal progresso della tecnica – che muoveva le tesi c.d. bipolari, potrebbe invece meglio soddisfarsi altrimenti: ovvero, mettendo in luce che nel nostro ordinamento tutti i criteri di collegamento siano stati sistemati secondo il “medesimo modulo operativo”, quello cioè di una c.d. fattispecie aperta (c.d. *Offene tatbestand* wezeliano) con perno nel “fatto dannoso” ingiusto¹⁰⁵; il che basterebbe a escludere che quelli diversi dalla colpa siano criteri eccezionali e, come tali, ristretti a operare nell'ambito rigorosamente segnato dalla norma che li pone. Ma renderebbe piuttosto, ammissibile anche per questi quella estensibilità analogica mai preclusa alla colpa, senza alcun bisogno di postulare il principio generale comune “del rischio”. Infatti, non costituendo nessuno di detti criteri il fondamento della responsabilità – ma solo un momento del giudizio *ex post* di responsabilità¹⁰⁶ – essi sono senz'altro chiamati a operare allo stesso modo ai fini della produzione dell'effetto. Sarà semmai il giudice che, apprezzando le concrete modalità del fatto dannoso, opterà per l'uno o per l'altro criterio, seguendo le indicazioni esplicitate dal legislatore¹⁰⁷.

Alla ricostruzione in parola va indubbiamente riconosciuto il merito di aver finalmente spezzato l'ancoraggio della responsabilità oggettiva al concetto di “rischio”, chiamato a fungere da criterio esplicativo unitario ed esauriente.

La suddetta operazione si è vista però obiettare che la disarticolazione del corpo dell'art. 2043 c.c. in due tronconi, uno riferito alla “posizione di una clausola generale

¹⁰⁵ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 139 ss.

¹⁰⁶ Così RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 145.

¹⁰⁷ RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 139.

di responsabilità civile” e l’altro che “pone il primo criterio di collegamento”, avrebbe consentito un graduale snaturamento della regola generale, privandola del suo fulcro necessario¹⁰⁸: assimilare la colpa agli altri criteri risulterebbe cioè in una forzatura del dato normativo che, all’art. 2043 c.c., introdurrebbe piuttosto una regola generale di responsabilità la cui struttura si connota per il permearsi equilibrato di elementi soggettivi e oggettivi; il che impedirebbe di dedurre, dall’accertamento del ruolo non monopolistico della colpa, “una sorta di fungibilità” di questa rispetto agli altri criteri.

La stessa dottrina che ha svolto i suddetti rilievi ha quindi preferito intraprendere una strada diversa, per certi versi “intermedia”, che, lungi dal voler riaddossare alla colpa il ruolo di criterio esclusivo, non ne tradisca tuttavia quei caratteri e finalità peculiari che valgono a distinguerla dalle altre ipotesi legislative di responsabilità¹⁰⁹.

Ne è conseguita una ricostruzione del sistema di responsabilità civile che lo vede poggiare su una (e unica) regola generale (“*qualunque* fatto doloso (...) ingiusto”), conforme all’idea della c.d. atipicità dei fatti illeciti e necessariamente fondata sul principio della colpa¹¹⁰; questa, dunque, assumerebbe il ruolo di criterio elastico di imputazione esclusivo per *tutti* i danni ingiusti non (direttamente o indirettamente) disciplinati in una disposizione speciale. La riconosciuta “plasticità” della colpa, poi, le consentirebbe di restituire al sistema la flessibilità necessaria ad adeguare il dato normativo, immobile e uguale a sé stesso, allo scorrere mutevole e dinamico della realtà economico-sociale¹¹¹.

Tuttavia, il sistema confida anche in una serie di previsioni speciali, ma non eccezionali, di responsabilità, che operano in settori ben delimitati e sono contenute sia nel codice civile (artt. 2049 ss.) sia in leggi appunto dette “speciali” (si pensi, a titolo esemplificativo, al d.P.R. 24 maggio, n. 224 sulla responsabilità per danni da prodotti difettosi, al r.d. 29 luglio 1927, n. 1442 quanto al concessionario di una

¹⁰⁸ Lo nota BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit. p. 660.

¹⁰⁹ Sul punto v. BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 5 ss.; ID., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 649; ID., *Premessa agli Atti dell’incontro di studio tenuto a Pisa l’11 marzo 1977 sul tema “Il ruolo della colpa nell’attuale sistema della responsabilità civile”*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 669 ss.

¹¹⁰ Sull’atipicità dei fatti illeciti v. anche TRIMARCHI P., voce *Illecito (diritto privato)*, cit., p. 92 ss.

¹¹¹ Per questa posizione v. BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 5 ss.

miniera, alla l. 31 dicembre 1962, n. 1860, succ. mod., relativa all'esercizio di un impianto nucleare, agli artt. 965 ss. cod. nav. ecc.).

In ogni settore "speciale", la disciplina – oltre a circoscrivere il proprio ambito operativo – indica lo specifico criterio di imputazione della responsabilità che vi si applica. Tratto comune a tutti è che il criterio indicato non è mai (almeno in via diretta) la colpa, la quale tutt'al più può operare in via "complementare": nei casi di responsabilità c.d. non propriamente oggettive, come criterio di apprezzamento della condotta del soggetto della cui responsabilità si discute, in direzione di una sua eventuale (ed eccezionale) esclusione; oppure, nelle ipotesi di c.d. responsabilità per fatto altrui (artt. 2048, 2049 c.c.) come criterio valutativo della condotta di un soggetto diverso dall'"imputato" (in senso ovviamente atecnico).

Il criterio "principale" di responsabilità, invece, pur differente in ognuno di questi settori, è comunque un "dato oggettivamente rilevabile": una qualifica (artt. 2047-2049 c.c.), un diritto di proprietà, reale o personale di godimento su una *res* inanimata o animata (artt. 2051-2053 c.c.), l'esercizio di attività pericolosa (artt. 2050-2054 c.c.). Per questo, se il giudizio di colpa – c.d. responsabilità "a misura d'uomo" – implica pur sempre una valutazione della condotta dell'agente al cui esito si uniforma, il carattere delle ipotesi speciali di responsabilità non è soggettivo, e il relativo giudizio accorda preminenza alla considerazione (oggettiva) di un danno realizzatosi nello svolgimento di un'attività oppure in presenza di circostanze predefinite o qualificate dalla legge. La considerazione della condotta del soggetto "imputato", invece, è non necessaria nei casi di responsabilità c.d. propriamente oggettiva (ad es. art. 2049 c.c. e artt. 2053, 2054, comma 4, c.c. nel caso di vizi di costruzione, art. 965 ss. cod. nav. in tema di danni da aeromobili a terzi, artt. 15 ss. della l. 13 dicembre 1962, 1860 in tema di incidenti nucleari ecc.), mentre è necessaria ai fini di un eventuale esonero della responsabilità negli altri casi (es. artt. 2047, comma 1 e 2048, comma 3, c.c., artt. 2051 e 2052 c.c., artt. 2050 e 2054 c.c.)¹¹².

Dalle predette differenze, chi abbraccia questo indirizzo giunge a concludere che, mentre i settori speciali di responsabilità sarebbero sorretti da una predominante finalità compensativa – tale da renderli altresì compatibili con l'interferenza di

¹¹² Così BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 5 s.; ID., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 678 ss.

meccanismi assicurativi – la responsabilità generale per colpa sarebbe, invece, animata da una funzione “complessa”, non solo compensativa, ma anche immancabilmente sanzionatoria (quanto alla condotta colpevole) e preventiva (rispetto alla società per intero, di riflesso indotta a comportarsi diligentemente)¹¹³. La qual cosa renderebbe quest’ultima, da un lato, inconciliabile con ipotetici strumenti di limitazione prestabilita del *quantum* di danno risarcibile (v., ad es., artt. 967 s. cod. nav.), dall’altro, per lo più refrattaria a qualsiasi collegamento con l’assicurazione, la quale, dislocando l’obbligo risarcitorio sulla collettività, ne inficerebbe le finalità “parapenali” (quelle, cioè, sanzionatoria e preventiva), snaturandola in una forma di responsabilità semplicemente riparatoria¹¹⁴.

Accanto a queste teorie principali se ne sono affiancati moltissime altre, tutte ugualmente accomunate dalla volontà di affrancare le fattispecie speciali dalla loro configurazione di norme eccezionali. L’*excursus* svolto è comunque sufficiente a dimostrare che l’affermazione della responsabilità oggettiva non sia mai stata fine a sé stessa, ma abbia sempre manifestato scelte di fondo dirette a privilegiare una funzione piuttosto che un’altra della responsabilità civile: quella di razionalità economica, quella di solidarietà sociale o quella invece “ordinante”, deterrente e sanzionatoria insieme, che una posizione più individualistica ha cercato di recuperare al principio di colpa. Conclusione, questa, che sollecita lo svolgimento di un “bilancio” finale sui rapporti tra colpa, rischio e responsabilità oggettiva.

Dalla posizione da ultimo esaminata, infatti, in reazione agli indirizzi dottrinali che hanno valorizzato ragioni di interesse generale (solidaristiche o di efficienza economica) a giustificazione della traslazione del danno, è emerso il tentativo di ridare centralità alla dimensione privatistica del giudizio di responsabilità. Nel pur meritevole intento di superare un limite comune a tutte le concezioni squisitamente solidaristiche – quello cioè di estromettere da ogni considerazione la posizione del danneggiante – una simile ricostruzione mal si concilia, però, con l’evoluzione del

¹¹³ Sul punto v. BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 6, dove per funzione “compensativa” si intende «la riparazione del danno patrimoniale attraverso il pagamento dell’equivalente monetario». Questa definizione di “compensazione” è di SALVI C., *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985.

¹¹⁴ Così BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, cit., p. 6; ID., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 660 s. e p. 674 ss., dove si ribadisce la funzione necessariamente complessa della responsabilità colposa, che realizza un “armonico equilibrio” tra riparazione e finalità preventivo-punitiva. Sui rapporti tra responsabilità civile e assicurazione v. *infra* § 5.

sistema positivo; questo, infatti, non solo ammette sempre più diffusamente l'assicurazione della responsabilità e legittima la responsabilità oggettiva in un numero crescente di casi, ma tende anche a parametrare la colpa in maniera oggettiva, quindi a concepirla (diversamente da come avviene in altre branche del diritto) come strumento di demarcazione del danno risarcibile, più che come monito contro condotte cariche di disvalore. Detto altrimenti, il preminente rilievo e la configurazione assunta dalla riparazione del danno impediscono il ritorno a concezioni etiche della responsabilità che, peraltro, richiederebbero un sistema nel quale il *quantum* della presunta "sanzione" fosse commisurato al grado di disvalore della condotta.

Ciò non significa negare che tra le ragioni della responsabilità per danno patrimoniale possa a volte rilevare anche quella punitivo-sanzionatoria (si pensi ai casi in cui il criterio di collegamento è limitato al "dolo e/o alla colpa grave), ma solo che tali profili restano comunque subordinati alla preminente funzione compensativa che caratterizza il risarcimento. Nemmeno si contesta che nella sua funzione unitaria di determinare il soggetto su cui far ricadere il costo di un danno, il giudizio di responsabilità civile abbia un significato intrinsecamente individuale e patrimoniale. Piuttosto, si tratta di riconoscere anche il peso assunto da valutazioni in un certo senso *trascendenti* la considerazione solo "privata" della posizione delle parti: valutazioni di interesse "generale", estranee ad altre aree del diritto privato, che toccano sia la *ratio* della traslazione soggettiva del danno, sia l'apprezzamento della sua ingiustizia, in una comparazione tra interesse leso e interesse sottostante l'attività dannosa.

Tirando le fila del discorso si può giungere alla conclusione per cui, da un lato e nonostante le obiezioni ricevute, il modello che meglio sembra rispecchiare la realtà del nostro sistema positivo, è quello che descrive il giudizio di responsabilità come articolato attorno a due momenti: quello del danno e quello dei (plurimi) criteri che provvedono a indicare il soggetto gravato dall'obbligo di risarcirlo.

In effetti, né lo schema che contrappone la colpa al criterio del rischio, né la costruzione che ruota intorno ad un criterio unitario e più "soggettivistico" di colpa paiono facilmente sostenibili. Lo schema bipolare, infatti, non è mai riuscito a trovare un assetto definitivo, perché la seconda estremità del binomio, il rischio, mal si presta a fare da principio generale, ordinante e unificatore, salvo ridurlo alla mera sommatoria della ipotesi di responsabilità senza colpa.

Parimenti insoddisfacente è il tentativo di riaccentrare il sistema intorno ad un principio di colpa inteso in chiave individualistica. Per un verso, infatti è dubbio che, data la scarsa omogeneità che presenta al suo interno, possa effettivamente fungere da criterio generale e “ordinante”, costruito in funzione etico-personale¹¹⁵. Per altro verso, l’indirizzo pare poco aderente alle trasformazioni a cui sono andati incontro il giudizio di responsabilità e il criterio stesso di colpevolezza: infatti, il significato profondo del passaggio dalla responsabilità (esclusiva) per colpa a quella (anche) oggettiva non è stato tanto quello di prediligere uno criterio piuttosto che l’altro, quanto di riconoscere che il perno della responsabilità consista nella clausola generale del “danno ingiusto”, quindi di guardare al danneggiato più che alla condotta riprovevole del danneggiante, per valutare in questa diversa prospettiva gli interessi in conflitto, l’amministrazione dei costi e così via¹¹⁶.

Pertanto, se ridare centralità alla colpa dovesse comportare una nuova inversione di tendenza, le possibili conseguenze non andrebbero guardate con leggerezza. Se invece, come pare trasparire dalle intenzioni di chi l’ha promossa, questa tesi non dovesse significare il ritorno a un meccanismo rigido, volto a sanzionare una condotta colpevole, ma dovesse piuttosto permettere lo sfruttamento di tutte le potenzialità espansive del raccordo tra *culpa* e *iniuria*, lo stesso risultato non pare precluso ravvisando nella colpa solo uno tra i più criteri di collegamento ammessi dall’ordinamento.

D’altra parte, va anche detto che la formulazione dell’art. 2043 c.c. («*qualunque* fatto doloso o colposo») sembrerebbe militare a favore di una rappresentazione della convivenza tra i diversi criteri in termini di rapporto tra una regola generale e più regole speciali di responsabilità civile¹¹⁷. Ad alcuni, però, l’idea della colpa come criterio residuale di imputazione, valevole per tutte le ipotesi non riconducibili ad una fattispecie *tipica* “di settore”, continua a non persuadere: a lasciare perplessi è la rappresentazione della colpevolezza come fattispecie qualitativamente diversa da quelle di cui agli artt. 2047 ss. c.c., che non parrebbero delineare dei *settori*

¹¹⁵ Lo nota SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 95 ss.

¹¹⁶ Così RODOTÀ S., *Il ruolo della colpa*, cit., p. 8.

¹¹⁷ Ritiene più corretto ricercare una nuova unitarietà del sistema nella relazione *lex generalis-lex specialis* anche PONZANELLI G., *La responsabilità civile*, cit. p. 79.

speciali veri e propri, definiti all'interno della regola più ampia di cui all'art. 2043 c.c., quanto dei criteri di collegamento del tutto indipendenti e diversi dal "fatto proprio dell'uomo"¹¹⁸. Sul piano della dicotomia tipicità-atipicità, non vi sarebbe cioè alcuna differenza: in effetti, l'alternativa in parola guarda alle modalità di selezione delle situazioni meritevoli di tutela, problema comune a tutte le fattispecie richiamate e risolto *una tantum* attraverso il ricorso alla clausola generale del danno ingiusto; è quest'ultima ad essere qualificata come "atipica", non uno dei criteri di collegamento.

D'altro canto, lo schema che indica nel fatto dannoso il dato costante, attorno al quale gravitano una pluralità articolata di criteri ascrittivi, pare più aderente alla funzione, l'unica sempre sussistente, della riparazione del danno. Ognuno dei criteri in parola, invece, risponde a diverse e molteplici funzioni, tante quante sono le ragioni per cui, nelle varie figure, l'ordinamento garantisce il trasferimento del danno e ne indica il destinatario¹¹⁹. Il fatto che quello della colpevolezza del comportamento compaia tra i criteri di collegamento non può però far concludere che detta condotta sia vietata, e quindi sanzionata attraverso la traslazione del danno; il che ovviamente non toglie che possa essere punita da norme diverse.

È sempre bene ricordare, allora, che quella della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 ss. c.c.* non sia una "forma generale" di protezione dei diritti dei privati, tesa a sanzionare le violazioni *colpevoli* del principio di *neminem laedere*, ma una tra le tante tecniche di tutela civile, che si caratterizza per la presenza di un fatto definibile come "danno giuridicamente rilevante". È il binomio danno-risarcimento, infatti, che consente di differenziare e di coordinare armonicamente questa forma di protezione con strumenti di tutela diversi – quelli privatistici a finalità propriamente preventiva (es. azione inibitoria), quelli che mirano ad una maggior distribuzione sociale del danno (es. strumenti assicurativi) e quelli pubblicistici preventivo-sanzionatori incentrati sul principio di colpevolezza (es. reato) – scongiurando altresì ipotetici ripiegamenti verso teorizzazioni generiche e contraddittorie come quella del c.d. illecito civile¹²⁰.

¹¹⁸ La considerazione è di SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 97.

¹¹⁹ A favore della tesi di Rodotà v. SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 101 ss., spec. p. 103 s., nonché p. 243 ss.

¹²⁰ In questi termini SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 4 ss., spec. p. 6 e 8.

Queste considerazioni inducono a soffermarsi ulteriormente sulla veste concretamente assunta dalla colpa nell'attuale sistema di responsabilità civile, ovvero sull'esatta collocazione darle all'interno del modello aquiliano: il che richiede al contempo di interrogarsi sul significato rivestito dal "dovere di diligenza" e sulla funzione che è chiamato a svolgere in questo campo. L'approfondimento consentirà, una volta considerati anche i rapporti con il sistema assicurativo, di fissare alcuni punti fermi sul ruolo e lo spazio da riconoscere a ognuna delle differenti funzioni poc'anzi richiamate.

4. LA COLPA CIVILE

L'analisi svolta ha permesso di chiarire che la formula del "danno ingiusto" sia intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti come una clausola generale elastica che, ai fini della selezione delle situazioni meritevoli di tutela risarcitoria, apre le porte a indubbi spazi di apprezzamento giudiziale, funzionali all'adeguamento costante del diritto ad una società in rapido mutamento. L'abbandono della precedente lettura in chiave "penalistica" della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., tale cioè da intendere il fatto all'origine del danno come un illecito che la norma andava a sanzionare, non poteva non ripercuotersi anche sul modo di ricostruire e spiegare il funzionamento dell'elemento "colpa" sul piano strutturale.

Nella nuova prospettiva, infatti, il giudizio di colpa e quello sulla illiceità si dissociano: "ingiusti" non sono più i comportamenti umani contrari al c.d. dovere generale del *neminem laedere* – la cui incapacità a originare specifici precetti di condotta era stata da più parti evidenziata – ma i danni che si sono verificati. In netta contrapposizione con quando accade sul versante della fattispecie penalistica di reato, quindi, è di questi ultimi che si è dichiarati responsabili, non anche della colpa (condotta colpevole) o del rischio (creazione del rischio)¹²¹.

Detto altrimenti: ai fini della sanzione penale, al reo si imputa il *fatto-reato* previsto dal legislatore, che si risolve sempre in una specifica forma di aggressione a uno o più beni giuridici; ai fini della responsabilità civile, invece, all'autore della

¹²¹ Così SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 28.

condotta lesiva non si imputa il fatto in quanto tale, ma il danno cagionato, pur essendo ovviamente necessario accertare l'esistenza di un "fatto" provvisto degli elementi strutturali di cui all'art. 2043 c.c., compresa, quindi, anche la dolosità o la colposità della condotta. Allora, quanto alla tecnica di costruzione della fattispecie, non può parlarsi di una *tipicità* in senso penalistico, che si connota per la descrizione della condotta stigmatizzata mediante l'indicazione degli elementi costitutivi generali del comportamento criminoso¹²². A conferma della non unitarietà della nozione (nonché della funzione) di colpa civile e penale, si aggiunge che, se il giudice penale è chiamato ad assolvere in mancanza di prove sulla colpa dell'autore del reato, al giudice civile è richiesto di decidere sulla richiesta di risarcimento e può anche ricorrere a presunzioni semplici secondo *l'id quod plerumque accidit*. In effetti, sebbene in molte decisioni la giurisprudenza civile affermi, *expressis verbis*, l'identità di colpa nei due sistemi, ciò non le impedisce di ammettere l'azione civile di danni anche quando, in sede penale, sia stata pronunciata assoluzione in ordine al medesimo fatto¹²³.

Da ciò, la natura atipica non solo del "danno ingiusto", ma della stessa condotta di carattere doloso o colposo, che non pare in effetti ricevere un'effettiva chiusura *ex ante*: in questo senso, il modello della responsabilità extracontrattuale può ben dirsi fondato su una fattispecie complessa e strutturalmente aperta, per integrare la quale non è necessario individuare una preesistente violazione di doveri imposti da altre norme giuridiche, ma soltanto verificare che un dato comportamento, concretamente qualificabile come negligente, abbia effettivamente prodotto un danno "ingiusto".

Il fatto d'origine va quindi tenuto separato dalle modalità di imputazione, pena la squalifica dell'epocale passaggio dalla concezione dell'"atto illecito" a quella del "fatto dannoso".

Ne discende, lo si può già anticipare, che nel paradigma civile la colpa (intesa come "mancata diligenza" dovuta) funge da regola di giudizio, è criterio ascrittivo del danno, ma non tipizza modalità di comportamento, non assurge a regola di condotta¹²⁴;

¹²² Lo riconosce PIERGALLINI C., "Civile" e "penale", cit.

¹²³ A rilevarlo è VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 22 ss., spec. p. 23.

¹²⁴ Sotto questo aspetto vi è chi l'ha considerata come «criterio giuridico di imputazione causale del danno al soggetto responsabile». Così già MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 558 ss., sul punto anche BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, UTET, 1965, p.196. Nega che la colpa, qualificata come «mero criterio di imputazione»,

conseguentemente, il confine tra rischio “consentito” e “non consentito” resta labile e fluido: il che è del tutto confacente agli obiettivi perseguiti in questo campo, nel quale difettano quelle esigenze garantiste che, sul versante penale, impongono la previa demarcazione delle condotte di reato da parte dell’organo democratico; nel quale inoltre – mancando un principio analogo a quello della c.d. frammentarietà del tipo criminoso – può farsi operare un’ampia clausola di imputazione del danno ingiusto in capo al soggetto che, secondo una valutazione esclusivamente *ex post* (della quale l’accertamento colpa costituisce un momento) ne sia risultato responsabile.

Vale la pena evidenziare che, anche per quanto riguarda la colpa c.d. omissiva, vi è chi ha sostenuto la tesi dell’“atipicità” della responsabilità civile: in accordo con il criterio ordinario della colpa, cioè, la responsabilità da omissione sorgerebbe ogni volta che il danno poteva essere prevenuto ed evitato da una persona di “normale” diligenza, anche in assenza di un obbligo legale (specifico e preesistente) di impedire l’evento, invece assolutamente necessario per aversi un’omissione colposa penalmente rilevante *ex art. 40 c.p.* Il contrapposto indirizzo, invece, marginalizzando la responsabilità civile da omissione, si porrebbe in contrasto con il tenore di clausola generale dell’art. 2043 c.c.; inoltre, l’interpretazione c.d. restrittiva sarebbe frutto di una concezione eccessivamente individualista e perciò contrastante con il principio di solidarietà sociale che ispira il sistema moderno della responsabilità civile¹²⁵. In un’ottica mediana vi è chi ha proposto di limitare la rilevanza da accordare in via general alla responsabilità (civile) da omissione ad un particolare grado di colpevolezza (c.d. colpa grave), basato sulla sproporzione tra la misura del pericolo di danno e lo sforzo chiesto per evitarlo¹²⁶.

Queste considerazioni confermano l’impossibilità di esaminare la fisionomia assunta dalla colpa civile e darle un corretto inquadramento nella geografia della responsabilità per danno ingiusto senza prendere parallelamente in considerazione anche il concetto di diligenza (o, se si preferisce, di negligenza, che altro non è se non

costituisca anche una modalità di comportamento RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 125.

¹²⁵ Così ALPA G., *Relazione introduttiva*, in *Atti dell’incontro di studi su “Il ruolo della colpa nell’attuale sistema della responsabilità civile”* (Pisa, Scuola Normale Superiore, 11 marzo 1977), in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 677 ss., spec. p. 678 e p. 680 s.

¹²⁶ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit. p. 113 s.

il risvolto negativo e correlativo)¹²⁷. Lo stretto legame venutosi a delineare tra la colpa – intesa in chiave non più soggettivo-psicologica – e la negligenza, quale contrarietà della condotta posta in essere rispetto al comportamento diligente richiesto, potrebbe in effetti far pensare che il “dovere di diligenza” in parola valga a conferire una natura “tipica” anche al “fatto colposo” di cui all’art. 2043 c.c.¹²⁸.

La disamina della suddetta formula darà invece conferma del contrario: così come l’ingiustizia del danno, anche la regola civilistica della diligenza – “precipitato” in campo extracontrattuale del principio solidaristico dell’*alterum non laedere*, la cui espressione più generale si trova proprio all’art. 2043 c.c. – costituisce in fin dei conti una clausola aperta, il cui riempimento è sostanzialmente rimesso al giudice. L’obiettivazione della colpa, se ha richiesto di ancorare l’esito del giudizio alla considerazione della condotta tenuta dall’agente, piuttosto che all’esame dell’atteggiamento psicologico e delle doti personali dello stesso (c.d. giudizio sulla riprovevolezza soggettiva di una condotta), non è comunque valsa a rendere la diligenza una regola di comportamento.

È quindi opportuno ripercorrere brevemente le posizioni emerse in dottrina riguardo all’inquadramento da dare alla regola della diligenza nei suoi rapporti con il concetto di colpa.

4.1. Il metro della diligenza: natura e funzioni

Lo sviluppo dogmatico della nozione di diligenza – la cui matrice è senza dubbio anzitutto sociologica – è stato per lungo tempo monopolio della dottrina civilistica; solo successivamente il concetto ha costituito oggetto di approfondimento

¹²⁷ Così BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 191. Riconoscono che la nozione di negligenza finisce spesso per essere identificata con la colpa *tout court* anche RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539 e RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, 1989, p. 1 s.; nonché, in prospettiva storica CANCELLI F., voce *Diligenza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 521 ss.; BELLOMO M., voce *Diligenza (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 528 ss.; TALAMANCA M., voce *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 517 s., che riporta la definizione per cui «*culpa est negligentiam et desidia*».

¹²⁸ Di questa opinione, in contrasto con quanto qui sostenuto, sembra essere D’AMICO G., voce *Negligenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XII, Torino, UTET, 1995, p. 24 ss., spec. p. 32, laddove, in virtù dell’acquisita connotazione in termini “oggettivi” della colpa, si mostra favorevole alla tesi dell’unitarietà della nozione nel diritto civile e penale, affermando la “tipicità” dell’illecito aquiliano anche con riferimento alla colpa.

anche da parte della dottrina penale, la cui elaborazione ha peraltro trovato nell'esperienza civile non solo un punto di partenza, ma anche un fattore di forte (e a volte pernicioso) condizionamento. Lo stesso vale ovviamente anche per la negligenza che, intesa come "omissione di diligenza", quindi come corrispondente negativo di quest'ultima, ad essa rimanda per la propria determinazione. Ciò detto, non si può negare che nel codice civile il riferimento prevalente sia alla nozione di diligenza, mentre del suo reciproco si registra un uso solo episodico; il che è del tutto coerente con il fatto che la negligenza assume principalmente rilievo come "violazione di un altrui interesse tutelato", quindi come causa di responsabilità, così da risolversi spesso nella colpa *tout court*¹²⁹.

Per quanto richiamato in modo anche esplicito nel codice civile, il concetto di diligenza difetta di una definizione legislativa, quasi a dire che il suo significato, essendo di patrimonio comune, può essere colto intuitivamente da ciascuno senza bisogno di ricevere espressa delucidazione; in effetti, ognuno di noi è in grado di comprendere il senso di questa nozione quantomeno in un'accezione primaria, inevitabilmente ancora generica, che preesiste ed è indipendente da qualunque impiego ne venga fatto in ambito giuridico. Sul piano sociale, infatti, il significato del termine è sufficientemente definito dagli elementi socio-culturali – il comune sentire e il comune modo di vedere in un certo ambiente, in un determinato momento storico – che ne precisano il perimetro logico.

Pertanto, prima di guardare al campo applicativo e alle funzioni cui è chiamata la diligenza sul versante civilistico, può essere utile soffermarsi brevemente sull'etimologia del concetto e sulla sua storia: infatti, anche se la sua coloritura può variare in relazione agli utilizzi che il legislatore ne fa nelle più varie situazioni, il nocciolo duro, essenziale, della nozione resta uno solo. Tant'è che, pur avendo attraversato svariate epoche di civiltà giuridica, il termine diligenza (dal latino *diligentia*) è giunto ai giorni nostri serbando, praticamente inalterato, il proprio significato semantico originario di matrice romanistica.

L'etimo ampio e generico del termine – quello di "discernimento" (dal latino *dis e lègere*) – vale a spiegarne il senso in termini di cura solerte, di accortezza, di zelo

¹²⁹ Per queste considerazioni e per in approfondimento sulla nozione di negligenza v. BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 191 ss.

nella scelta: esso rimanda, cioè, all'idea di una ricerca scrupolosa dell'atteggiamento da tenere "onde riuscire a buon fine con la propria condotta, opera e azione", quindi a un agire attento in direzione della cosa cui è rivolto¹³⁰. L'espressione, quindi, serve a qualificare il comportamento umano nel senso della sua omologazione a un modello improntato a una serie di caratteristiche (cautela, cura, attenzione) tali per cui se ne possa dare una valutazione positiva in termini di adeguatezza al fine che deve raggiungere¹³¹.

Non meraviglia, allora, che una volta penetrato in ambito giuridico – inizialmente quello dell'attività gestoria svolta nell'interesse altrui – il concetto di diligenza abbia trovato il proprio campo applicativo d'elezione sul versante delle prestazioni contrattuali, laddove oggi, per espressa previsione dell'art. 1176 c.c., funge da criterio generale di "guida" per l'adempimento di ogni tipologia di obbligazione; ovvero, da canone normativo alla cui stregua valutare la condotta di adempimento. In qualità di direttiva volta a ispirare l'azione dell'obbligato, quindi, il concetto di diligenza indicherebbe l'insieme delle cure e cautele che il debitore deve *normalmente* porre in essere per adempiere *esattamente* al suo obbligo e sarebbe perciò tale da segnare il limite dello sforzo a lui richiesto¹³²; detto altrimenti, esso determinerebbe la misura della prestazione dovuta (c.d. *esatta* in quel caso), quindi dell'impegno richiesto per realizzare l'interesse creditorio¹³³.

Da ciò, dunque, anche il suo porsi in relazione antitetica con la colpa *ex contractu* – già in epoca romana definita non a caso come "*negligentia et desidia*" – nei cui confronti opera da modello per sondare la "colpabilità" nell'inadempimento¹³⁴. Veicolata dalla colpa, la negligenza – quindi l'"omissione di diligenza che pregiudica un altrui interesse giuridicamente rilevante" – s'insinua così anche nel tema del c.d. illecito, legittimando la responsabilità di un soggetto sulla base del mancato impiego, da parte sua, dell'impegno doveroso che avrebbe evitare l'altrui danno. In questa

¹³⁰ Così CANCELLI F., voce *Diligenza (dir. rom.)*, cit., p. 517.

¹³¹ Per queste considerazioni v. RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 1.

¹³² In tal senso è anche la Relazione al codice civile (n. 559) che lo ritiene criterio di "misura della comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta".

¹³³ Per approfondimenti sul punto v. DI MAJO A., *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 37 ss., spec. p. 39 e 54.

¹³⁴ CANCELLI F., voce *Diligenza (dir. rom.)*, cit., p. 518.

prospettiva, la *colpa-negligenza* può anche essere considerata come criterio giuridico di imputazione causale del danno al soggetto responsabile¹³⁵.

Stando così le cose, non sorprende che buona parte delle discussioni sul tema abbiano investito la definizione del parametro di misurazione cui far riferimento per stabilire la diligenza richiesta, se soggettivo o oggettivo, *in abstracto* o *in concreto* (anche detto *quam suis*); discussioni, queste, messe parzialmente a tacere dal codice civile, che lo indica espressamente in termini oggettivi, astratti e generali attraverso il richiamo alla controversa figura del *bonus*, anche detto *prudens* o *diligens*, *pater familias*. D'altro canto, però, il comma 2 del medesimo art. 1176 c.c. ne richiede la commisurazione anche al tipo speciale del singolo rapporto, chiarendo, a titolo esemplificativo, che nei casi di prestazione professionale la diligenza vada valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Parametro, allora, sì oggettivo, ma anche relativo, adattabile e da adattare a una varietà di situazioni di fatto; tanto che, accanto alle qualificazioni di diligenza già richiamate, nel codice figurano anche le formule della diligenza "normale" (art. 1431 c.c.), "ordinaria" (art. 1227 c.c.), "dovuta" (art. 1091 c.c.), "della prestazione dovuta" (art. 2104 c.c.), "del buon allevatore" (art. 2174 c.c.), ma non solo.

Ciò che resta comunque indiscusso è che, privata di un termine di paragone, la diligenza si risolve in una formula *vacua*, relativa, dal contenuto a intensità variabile: disgiunta da qualifiche ulteriori la nozione nulla dice su quanta o quale tensione debba essere impiegata dal debitore (tutto quanto l'impegno che era concretamente in grado di compiere o, piuttosto, tale e quanto avrebbe osservato un prototipo astratto di debitore?), limitandosi invece a esprimere l'idea di un «*adeguato* impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine», di una tensione *congrua* al raggiungimento di un risultato¹³⁶. È chiaro, quindi, che oltre a cambiare sensibilmente a seconda del metro di riferimento, l'intensità e la tipologia dei contenuti dell'azione "diligente" variano anche sul versante della loro maggiore o minore

¹³⁵ Così BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 196. La formula da ultimo richiamata è però di MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 558 ss.

¹³⁶ BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 191 (corsivo nostro).

determinatezza in relazione alla maggiore o minore genericità del fine perseguito, ovvero del loro oggetto di riferimento¹³⁷.

Prima di passare ad analizzare la natura della diligenza – in termini di concetto “elastico”, “indeterminato” ovvero come clausola generale – si rende necessaria un’ultima precisazione sui compiti addossati a tale parametro in ambito contrattuale.

Infatti, coerentemente con quanto appena riferito, è frequente in dottrina il riconoscimento di un ruolo o *valenza duplice* dello stesso: insieme criterio di responsabilità, ossia parametro di imputazione del mancato adempimento, e criterio di determinazione del contenuto delle obbligazioni (quantomeno relativamente a quelle c.d. di mezzo). Ciò a dire che in campo contrattuale la diligenza opererebbe a due diversi livelli: si presterebbe, anzitutto, a un giudizio che guarda all’impegno utile per stabilire il contenuto *normale* della condotta debitoria, sì da fungere da concorrente *criterio di individuazione esatta* della prestazione *dovuta*; su un altro piano, invece, contribuirebbe, stavolta in veste di *criterio di responsabilità*, al giudizio che guarda allo sforzo utile per soppesare il comportamento del debitore in relazione agli *impedimenti* eventualmente incontrati¹³⁸.

L’affermazione, si è detto, è frequente, ma non per questo pacifica. Infatti, vi è anche chi osserva che costituendo una qualificazione, o se si preferisce una qualità, del comportamento umano, la diligenza non potrebbe al contempo specificarne anche il contenuto; pena la sovrapposizione con il criterio della buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) che è idoneo, invece, a definire la reale estensione del rapporto obbligatorio e perciò costituisce il vero principio di determinazione del contenuto della prestazione¹³⁹. Per contro, la diligenza si precisa unicamente come criterio per giudicare la conformità o meno della condotta tenuta a quella dovuta e perciò

¹³⁷ In questi termini RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 539 ss., spec. p. 540 dove si conclude che l’espressione “diligenza” si presenta «ellittica, eventualmente polisensu, volta ad individuare un metro di valutazione della condotta rapportato a una varietà di situazioni di fatto».

¹³⁸ Così, tra i tanti, BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 193. Per approfondimenti v. CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell’obbligazione*, Torino, Ghiappichelli, 2007, p. 92 ss.

¹³⁹ L’obiezione è di RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 541 s.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, cit. p. 111, qui in specifico riferimento al campo extracontrattuale. Ne condivide le affermazioni RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 2. Similmente ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 494, per cui la diligenza è criterio di imputazione della responsabilità. Definisce la buona fede il «vero principio di determinazione dell’oggetto della prestazione» MENGONI L., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 203.

presuppone che la reale portata estensiva di quanto il debitore è tenuto a fare sia già stata individuata. Detto altrimenti, la diligenza sarebbe un “tipico criterio di responsabilità”, funzionale unicamente a valutare se l’adempimento sia o meno conforme alla reale portata del rapporto obbligatorio, o, una volta intervenuto un fatto impeditivo dell’adempimento, se questo sia o meno imputabile al debitore, senza però costituire l’oggetto di una prestazione autonoma¹⁴⁰. Non quindi strumento di integrazione del contenuto della prestazione, ma semmai regola *sull’adempimento* chiamata a stabilirne le *modalità*, o se si preferisce “la qualità”, e cioè il *come* il debitore debba adempiere¹⁴¹.

Ciò chiarito, non interessa qui dilungarsi sulla mai sopita questione del rapporto intercorrente tra gli articoli 1176 e 1218 c.c., né su quella connessa del ruolo – uguale o diverso – giocato dalla diligenza nella determinazione delle obbligazioni c.d. di mezzo (secondo alcuni meglio dette *governabili*), e di quelle c.d. di risultato (o *ingovernabili*)¹⁴². Ai fini del presente lavoro, invece, il riferimento ai compiti che il criterio in parola è chiamato e riesce a svolgere nel suo settore d’origine, risulta utile in un’altra prospettiva, cioè per spiegare le difficoltà incontrate dallo stesso una volta travasato nel campo extracontrattuale; trasferimento, questo, la cui correttezza è peraltro ancora contestata in dottrina.

Da quanto detto, infatti, risalta abbastanza chiaramente che nel nostro sistema la diligenza si manifesti, per sua natura, come un concetto del tutto elastico, dall’entità graduabile: si tratta cioè di un parametro legislativo di valutazione della condotta (indicativo di una modalità di comportamento posta a carico di un soggetto) che non è stabilito in modo fisso e *a priori*; ad essere prescritte, infatti, sono solamente le

¹⁴⁰ In questi termini RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., pp. 542-544.

¹⁴¹ Così DI MAJO A., *Obbligazioni e contratti*, cit. p. 39 s. e p. 53 ss. Sul punto vo. Anche RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit. p. 3 s.

¹⁴² La letteratura sul tema è amplissima, cfr. tra i tanti, MENGONI L., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., p. 185 ss.; DI MAJO A., *Obbligazioni e contratti*, cit. p. 53 ss.; CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., *passim*; SICCHIERO G., *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 6, p. 1391 ss.; DE LORENZI V., *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 2, p. 456 ss.

modalità con cui procedere alla sua concretizzazione al variare delle fattispecie, tenendo in conto il trascorrere del tempo¹⁴³.

Di queste caratteristiche darà conferma anche il dibattito sulla possibilità (o meno) di configurare la diligenza in termini di “clausola generale”, non limitata al solo ambito obbligazionale, ma applicabile al più ampio campo del “dovere giuridico”: in questa prima concezione, il riferimento al concetto di clausola generale chiama dunque in causa la questione dell’esistenza – o meno – di un dovere di diligenza che interessi l’intero ordinamento e sia quindi tale da sussistere anche oltre i casi espressamente previsti dalla legge¹⁴⁴.

4.2. La diligenza come clausola generale

Sebbene la dottrina più recente tenda a sminuire la contrapposizione tra colpa aquiliana e colpa *ex contractu*, il trapianto del parametro della diligenza sul versante del c.d. illecito civile risulta subito denso di problematicità proprio laddove richiede di estendere al generico principio del *neminem laedere*, delle regole di condotta pensate per l’adempimento di puntuali rapporti obbligatori¹⁴⁵.

D’altro canto, è innegabile che in ambito extracontrattuale il riferimento alla “negligenza” nella formulazione del concetto di colpa (v. art. 43 c.p., cui la dottrina civilistica rimanda), chiami inevitabilmente in causa anche il suo opposto in positivo; il che spingerebbe a concludere, insieme a parte della dottrina, che in relazione alla diligenza il problema della sussistenza o meno di una clausola generale sia in realtà “mal posto”. Invero, nei rapporti intersoggettivi – quindi anche in tema di “illecito” ex art. 2043 c.c. – la questione della formulazione di una clausola generale perderebbe di significato dato che è lo stesso legislatore ad averne fatto richiamo, seppure in senso

¹⁴³ Sulla diligenza come concetto elastico v. RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 540, nonché RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 2.

¹⁴⁴ Sul punto v. RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 2. Per una ricostruzione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina in merito alla questione CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 79 ss.

¹⁴⁵ Ormai, i dubbi sull’estensibilità dell’art. 1176 c.c. al campo della responsabilità extracontrattuale non sono più attuali, lo rilevava già FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1988, p. 3 e 6. *Contra* VISINTINI G., *Cos’è la responsabilità civile*, cit., p. 17 ss. e p. 45 ss., che nega la riferibilità del parametro astratto del buon padre di famiglia alla colpa c.d. aquiliana.

negativo, attraverso la nozione di “negligenza”¹⁴⁶. Peraltro, ritenendo detta norma espressiva del generale dovere di *neminem laedere* di impianto solidaristico (art. 2 Cost.), potrebbe anche sostenersi che un (pur generico) dovere di contegno diligente, a rispetto delle sfere giuridiche altrui, ne costituisca in fondo il naturale precipitato.

Altra cosa è puntualizzarne i contenuti: infatti – se il dovere di diligenza riesce ad avere un contenuto sufficientemente determinato allorché riferito alla prestazione contrattuale – quando il buon fine dell’agire diligente viene a coincidere con il generico obiettivo di “non arrecare danni ingiusti a terzi”, anche il perimetro delle modalità di condotta definibili come “diligenti” non può che diventare fumoso. La riconosciuta natura elastica della nozione le ha nuovamente valso la qualifica di “clausola generale”; sotto questo aspetto, però, il significato della formula resta ancora ambiguo¹⁴⁷.

Infatti, non solo la dottrina è discordante riguardo al modo di concepire le suddette clausole ed i relativi rapporti con concetti similari ma, nel *mare magnum* dei diversi indirizzi insorti in argomento, non vi è nemmeno convergenza sulla specifica “etichetta” da riconoscere alla diligenza; anzi, le trattazioni in tema di clausole generali – concentrate generalmente sui canoni della correttezza e buona fede contrattuale, ovvero sulla “giusta causa” di licenziamento – spesso difettano di espresse prese di posizione sul punto. Altre volte, pur qualificando la diligenza come clausola generale, l’utilizzo della formula avviene in senso atecnico.

In ogni caso, dalla riflessione in materia – della quale vale dunque la pena ripercorrere brevemente i tratti salienti – esce indubbiamente confermato il carattere per così dire “aperto” del concetto in esame. Che lo si definisca “elastico” o “indeterminato”, o che lo si faccia rientrare nella generale categoria degli standard valutativi – modelli di comportamento, cioè, «che il diritto trae dall’etica sociale con un rapporto di permanente ricezione», indicati al giudice quali «parametri di

¹⁴⁶ Così, RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 2.

¹⁴⁷ Rileva l’ambiguità dell’espressione, spesso evocata da giudici e giuristi come sinonimo di altre espressioni (standard, concetto indeterminato o c.d. valvola, norma elastica, nozione a contenuto variabile), ma raramente definita con precisione VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010 (collana *Quaderni di filosofia analitica del diritto*, n. 12), p. 1 ss.

valutazione normativa»¹⁴⁸ – a caratterizzarlo resta la struttura logico-formale ampiamente indeterminata, che ne fa un utile strumento di adattamento del diritto all’evoluzione della realtà sociale. A parte la funzione e poche altre caratteristiche, i punti fermi in materia sono davvero esigui¹⁴⁹.

Nell’ottica del presente studio, la tematica delle clausole generali – tanto ampia da poter costituire, da sé sola, autonomo terreno di ricerca – potrà essere soltanto lambita; tuttavia, trattandosi di una tecnica trasversale a diverse aree del diritto, ciascuna delle quali la ammette con maggiori o minori resistenze a seconda dei tratti caratteristici della propria disciplina, un cenno alla stessa è d’obbligo anche per capire, una volta che la si riconduca alla tecnica in parola, l’atteggiarsi della nozione di “diligenza” nelle altre branche prese in esame. Si procederà quindi rievocando schematicamente i tratti essenziali del dibattito dottrinario, per poi tentare di fissare alcuni punti fermi sul modo di operare della “diligenza” nella struttura della responsabilità civile e, quindi, sul compito richiesto al giudice nell’operazione di “concretizzazione” di detta nozione.

È fuor di dubbio che quella di “clausola generale” sia insieme una nozione giuridica – indicativa di sintagmi o termini contenuti in uno a più enunciati normativi – e una tecnica di normazione; solitamente contrapposta, questa, ad una connotata da previsioni puntuali e dettagliate¹⁵⁰. Ammesso e non concesso, infatti, che esistano nozioni del tutto determinate, dal significato univoco, resta comunque la pratica impossibilità per il legislatore di perseguire in modo analitico la previsione di tutti i casi possibili, ricorrendo unicamente a tecniche normative casistiche. Al contrario, stante l’inevitabile lacunosità di ogni ordinamento di fonte a una realtà mutevole e dinamica, la regolamentazione (mediante un’unica previsione) di un ampio numero di casi, diventa una tecnica di normazione addirittura irrinunciabile¹⁵¹. Oltre

¹⁴⁸ Così FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 3, per cui a connotarli sarebbe appunto la capacità di istituire un canale normativo *aperto*, in funzione della costante ricezione all’interno dell’ordinamento dei valori sociali e dei relativi modelli di condotta. Sul punto anche DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 12 ss.

¹⁴⁹ Sul punto v. VELLUZZI V., *Le clausole generali*, cit., p. 4 ss., spec. p. 10 dove osserva che la manualistica non è molto d’aiuto a chiarire i profili strutturali delle clausole, spesso limitandosi, invece, farne emergere unicamente il profilo funzionale.

¹⁵⁰ Per un maggior approfondimento delle molteplici teorizzazioni elaborate in dottrina sul tema v. FABIANI E., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 190 ss.

¹⁵¹ Sulle clausole generali quali strumento tecnico irrinunciabile, nonché «dato ineliminabile di ogni legislazione» v. FABIANI E., voce *Clausola generale*, cit., p. 190 e p. 246 s. Li ha definiti veri e propri

all'impossibilità di farne a meno, è piuttosto condivisa in dottrina anche la funzione complessiva di detta tecnica: garantire la flessibilità dell'ordinamento giuridico sì da assicurarne l'attualità nonostante il trascorrere del tempo, nonché la capacità di adattamento alle particolarità del caso concreto¹⁵².

Ciò detto, la legislazione più recente si affida a un insieme di strumenti, tutti rivolti a soddisfare questo "bisogno di elasticità" del sistema, non tutti però riconducibili ad una nozione tecnica di clausola generale¹⁵³. Al concetto di "clausola generale", infatti, si affiancano una molteplicità di nozioni parimenti connotate da una certa indeterminatezza o, in alcuni casi, da una "determinazione valutativa del fatto"¹⁵⁴. Invero, già in epoca risalente, un'autorevole dottrina distingueva tra "concetti giuridici indeterminati, concetti normativi, concetti di discrezionalità e clausole generali", ma le espressioni impiegate sono praticamente infinite (concetto, formulazione o norma "elastica", norma in bianco, standard, "nozioni a contenuto variabile", "valvole di sicurezza", "formule aperte" ecc.); ognuna delle quali, poi, pone l'accento su un specifico profilo o questione: l'ampiezza dei casi disciplinati, il sindacato esercitabile dalla Suprema Corte, la maggiore o minore libertà dell'interprete nel darvi applicazione ecc. A ciò si aggiungono tanti approfondimenti in materia di incertezza dei significati linguistici svolti da filosofi del diritto o studiosi del linguaggio¹⁵⁵.

Il fenomeno in parola non pare tuttavia riducibile ad una questione linguistica di maggiore o minore indeterminatezza di certe norme rispetto ad altre (gradazione meramente "quantitativa"), ma coinvolge questioni più "sostanziali", inerenti alla struttura che il legislatore ha conferito alla norma e, quindi, alla natura dell'attività e

«polmoni vitali dell'ordinamento», TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999, p. 47.

¹⁵² FABIANI E., voce *Clausola generale*, cit., p. 191 s. e p. 213. Così anche GENTILI A., *Prefazione a VELLUZZI V., Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010 (collana *Quaderni di filosofia analitica del diritto*, n. 12), p. XV.

¹⁵³ RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 712 ss., spec. 721 quanto all'espressione richiamata testualmente.

¹⁵⁴ TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A.-MESSINEO F., vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992, p. 105 ss.

¹⁵⁵ In tanti si sono cimentati nell'impresa di classificare, categorizzandole in diverse tipologie di "vaghezza", le possibili situazioni di indeterminatezza di senso di enunciati e sintagmi linguistici, per tutti v. LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 4 ss.; ID., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

delle valutazioni richieste al giudice (pura ricognizione interpretativa o integrazione di valore, c.d. valutativa, di tipo creativo).

In effetti, gran parte del dibattito sui tratti caratteristici da riconoscere alle clausole generali ruota attorno alla formulazione di una serie di distinzioni tra tecniche normative contrapposte – tecnica “per casi e fattispecie” e tecnica, appunto, c.d. “per clausole generali”, anche dette fattispecie “aperte”, che una tale fattispecie non descrivono; tra legislazione c.d. *di tipo casistico* e legislazione c.d. *per principi* e così via – quindi, in fondo, attorno allo spazio di discrezionalità (o finanche “creatività” normativa) che si è disposti a riconoscere all’interprete nell’operazione di “concretizzazione” degli svariati *concetti valvola* disseminati nel sistema¹⁵⁶. Detto altrimenti, a parte le posizioni che risolvono l’indeterminatezza in parola in termini meramente linguistici, la maggior parte delle tesi sostenute ammette più o meno apertamente che l’attività del giudicante non sia riducibile al puro sillogismo, ma consista in una *integrazione* segnata da una discrezionalità diversa e maggiore di quella comune, anche detta “integrazione valutativa”: ovvero, in una attività di “determinazione” o “eterointegrazione”, quantomeno parziale, della fattispecie normativa, che è strutturata in modo tale da dover essere “riempita” dal giudice in base a criteri esterni, meta o extra-giuridici¹⁵⁷. Abbastanza ricorrente, quindi, è anche l’affermazione che un tale apporto valutativo sfugga, più o meno radicalmente, allo stretto principio di legalità. In cosa poi consista il meccanismo operativo delle clausole e quindi la manovra effettivamente rimessa al giudice – se in una “ricezione” di norme sociali (cui le clausole rinviano e che il giudice si limita ad applicare), ovvero in una “trasformazione” (attraverso la formulazione di valutazioni giudicate conformi ai valori sociali, da tradurre nella regola del caso concreto), o ancora in una “delegazione o delega” (di scelte economico-politiche al giudice che egli ritenga conformi ai valori

¹⁵⁶ Le espressioni di “concetti valvola” o c.d. valvole di sicurezza sono nate in ambiente tedesco, v. in particolare WURZEL K.G., *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, Perles, 1904, p. 86; WENDT O., *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, p. 106 (entrambi citati da FABIANI E., voce *Clausola generale*, cit., p. 188, nota n. 38).

¹⁵⁷ Così VELLUZZI V., *Le clausole generali*, cit., p. 40 ss. Ritiene che in questi casi al giudice non compete unicamente di fissare il significato dell’enunciato normativo, ma, più incisivamente, di formulare lui stesso la norma o parte di essa, colmando un vuoto lasciato dal legislatore TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L’analisi del ragionamento giuridico, Materiali ad uso degli studenti*, II, a cura di COMANDUCCI P.- GUASTINI R., Torino, Giappichelli, 1989, p. 313 ss. Parla di «concetti bisognosi di integrazione valutativa» già ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 170 ss., spec. p. 172.

giuridici del vigente ordinamento) – non è pacifico né è sempre chiaramente desumibile dalle diverse teorizzazioni in materia. Attorno agli interrogativi sul tipo di giudizio – fenomeno di interpretazione ovvero di “produzione” normativa – gravitano una serie di questioni per certi versi collegate: quali la controllabilità del giudizio in sede di impugnazione, quindi il sindacato esercitabile dalla Corte Suprema sulle clausole generali, ma anche considerazioni di opportunità “politica” del legiferare per clausole generali, con annessi tentativi di restringere il rischio di derive nel c.d. decisionismo giudiziario. Volendo rievocare, in estrema sintesi, alcune delle posizioni centrali emerse sul punto, conviene distinguere (sebbene siano strettamente interconnesse) tra le considerazioni attinenti al profilo per così dire *strutturale* della tecnica legislativa, da quelle maggiormente incentrate sul *ruolo riservato al giudice* in sede interpretativo-applicativa¹⁵⁸.

Premessa la scarsa persuasività delle distinzioni basate su un diverso *quantum* di indeterminatezza, una prima posizione ha fatto ricorso alla nozione di clausola generale per designare un’indeterminatezza c.d. volontaria del legislatore, da contrapporre a quella “involontaria” legata alla connaturale imprecisione di alcuni concetti o all’equivoca formulazione di alcune norme. Dopo aver evidenziato che esistono anche fattispecie analitiche che, per diverse ragioni, ricorrono a “formule riassuntive di una molteplicità di casi” – vuoi per economicità della disposizione legislativa, quando la casistica, comunque facilmente individuabile altrove, sia soggetta ad aggiornamenti periodici; vuoi per aprire le porte ad una, limitata, discrezionalità c.d. tecnica; vuoi, infine, per rinviare a massime di esperienza mutevoli ma non autonomamente apprezzabili dal giudice – la posizione in esame caratterizza le fattispecie c.d. aperte per il fatto di trasferire esplicitamente al giudice il potere di apprezzare in modo autonomo una certa situazione di fatto e, quindi, di concretizzare la norma attraverso parametri desumibili da modelli di condotta oppure da valutazioni sociali proprie dell’ambiente in cui la decisione avrà effetto. La vera originalità delle clausole generali non starebbe allora nell’essere elastiche, vaghe, o meno determinate di altre norme giuridiche, quanto nel ricorrere a una tecnica di costruzione della

¹⁵⁸ Così FABIANI E., voce *Clausola generale*, cit., p. 215 ss., al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti. Per una ricostruzione delle diverse posizioni emerse v. anche VELLUZZI V., *Le clausole generali*, p. 7 ss. per la manualistica e p. 11 ss. per la saggistica sul tema.

fattispecie in cui il legislatore abdica volontariamente al giudizio a favore del giudice. Il rischio di arbitri giudiziari, si aggiunge, sarebbe comunque contenuto perché le suddette clausole sarebbero pur sempre chiamate ad operare all'interno del perimetro tracciato dai principi, intesi, da un lato, come segnali dei "valori fondativi" dell'ordinamento o di parte di esso (si pensi all'eguaglianza o, per quanto qui interessa, alla solidarietà) e, al contempo, come limite, o meglio come condizione concreta, dell'elasticità del sistema (perciò detta «elasticità orientata»)¹⁵⁹.

Per quanto affascinante, il criterio discriminante della volontarietà dell'indeterminatezza semantica (c.d. intenzionalità legislativa), nella sua inafferrabilità, rischia di essere scivoloso sul piano pratico. Altra dottrina ha quindi preferito collocare l'innegabile componente di "strutturale" indeterminatezza delle clausole sul differente piano "del valore", così da metterne in risalto la c.d. eccedenza assiologica e/o il rinvio a criteri di giudizio necessariamente extra-giuridici o, secondo alcuni, anche interni.

In tal senso, si è detto che sebbene un grado di forte indeterminatezza le caratterizzi indubbiamente, la loro particolarità sarebbe piuttosto quella di rinviare a classi più o meno estese di condotte (o fatti) cui collegare valutazioni giuridiche; di fare uso cioè, non di descrizioni di fatti, ma di valutazioni che consentono l'ingresso di "principi extra-legislativi" nel mondo del diritto¹⁶⁰. Pertanto, a differenza della normativa "per fattispecie", la normazione per clausole potrebbe qualificarsi come "punto di partenza" per la formazione "giudiziale" della regola di diritto e sarebbe sottratta allo schema sillogistico, che richiede invece di ricavare le regole di azione da valutazioni e giudizi sempre preesistenti: sul versante applicativo, il rapporto tra enunciato giuridico e decisione del caso concreto sarebbe dunque diametralmente opposto a quello positivisticamente tradizionale e la norma giuridica prenderebbe corpo all'atto applicativo. Perciò, l'uso delle clausole generali sottenderebbe una vera e propria scelta di valore da parte del sistema: non permettendo "definizioni assertive"

¹⁵⁹ RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 722.

¹⁶⁰ Così DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 541 e p. 545 s. ID., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, a cura di GALGANO F., Bologna-Roma, 1988, p. 305 ss., che ha però escluso che costituisca clausola generale il "dovere di diligenza", da ricondurre invece «alla categoria di quei concetti indeterminati che non vanno identificati con una clausola generale in senso stretto».

sui precisi contenuti della decisione, infatti, queste autorizzerebbero l'interprete a rendere operativo un principio, prescrivendo unicamente le direzioni lungo le quali procedere; con il pericolo ultimo di una deriva nel c.d. decisionismo giudiziario, in particolare di un utilizzo delle clausole in funzione più correttiva che integrativa del diritto vigente.

Almeno in linea di principio, quindi, il loro uso dovrebbe essere bandito da settori come quello penale, nei quali, in ossequio al principio c.d. forte di legalità, lo scopo della funzione legislativa consiste nel «prevenire e reprimere comportamenti *puntuali*»¹⁶¹.

Pur cogliendo il tratto fondante delle clausole generali nella peculiare espressione assunta dall'indeterminatezza, altra parte della dottrina ha preferito collocarla più specificamente sul piano del valore; ciò detto, al collegamento tra clausole generali e giudizi assiologici, sono state date coloriture assai diverse.

Preferendo ricorrere all'espressione “disposizione legislativa elastica”, in più passaggi comunque identificata con quella di clausola generale, una prima posizione l'ha definita una ipotesi di delega al giudice di scelte assiologiche. Accanto a disposizione a contenuto “certo” (o comunque tendenzialmente rigido), o che richiedono all'interprete un contributo semplicemente “di sapere”, anche extra-giuridico, l'ordinamento conterrebbe cioè una serie di fattispecie – tra le quali vanno senza dubbio ricondotte anche quelle in cui si fa parola di “colpa” o “diligenza” – la cui peculiarità non sta tanto nell'impossibilità di essere interpretate attraverso logici procedimenti sussuntivi, quanto appunto nell'aprire le porte a «giudizi di valore in sede applicativa»¹⁶². Similmente, altra dottrina ha qualificato le clausole come norme connotate da una «eccedenza di valori» di contenuto assiologico: ciò a dire che, a differenza delle comuni regole legislative traducibili in precetti, al giudice verrebbe delegato di attingere a un *quid* estraneo alla formula legislativa, ovvero di ricercare “valori” fuori dai rigidi steccati dell'ordinamento positivo¹⁶³.

¹⁶¹ DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 542 (corsivo nostro). Dello stesso avviso RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 713, nota n. 5.

¹⁶² Così ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali. Scelte di valore dei giudici e controllo di legittimità nella società pluralista. Analisi della giurisprudenza della Cassazione*, Napoli, Jovene, 1983.

¹⁶³ RESCIGNO P., *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 s.

Analoga è la posizione di chi – ponendo però l’accento sulle conseguenze che lo stretto collegamento con i giudizi di valore ha sul ruolo del giudice – ha colto la sostanza delle clausole generali nel loro essere un fenomeno di produzione normativa. In altre parole, in questi casi dovrebbe riconoscersi in capo al giudice un potere di creare norme del tutto analogo a quello legislativo; potere, questo, che si ritiene comunque circoscritto e condizionato, anche per la necessità di armonizzare la clausola con i valori espressi dalle norme costituzionali¹⁶⁴. Sempre nella medesima prospettiva – di insistere sul legame con i giudizi valorali e, insieme, sul peculiare ruolo del giudice – altra dottrina ha fatto ricorso alla fortunata formula dei «concetti bisognosi di integrazione valutativa», con ciò intendendo norme, strutturalmente “aperte”, che non qualificano giuridicamente il fatto, ma rimettono questo compito all’interprete. A differenza delle fattispecie legislativamente già definite, dunque, quelle contenenti clausole generali verrebbero “costruite” dal giudice: ciò non esclude che le prime possano ricorrere a concetti “*indeterminati*”, da interpretare però come concetti “*normativi*” che richiamano “valutazioni già operate dal legislatore”. Tratto essenziale delle clausole generali, quindi, sarebbe la necessità di un completamento “valutativo” *in senso proprio* da parte dell’interprete, cui competerebbe lo svolgimento di una valutazione “originaria ed autonoma” fondata su criteri *extralegali* (cioè ricavati da sistemi valutativi diversi rispetto all’ordinamento giuridico)¹⁶⁵. Di riflesso, anche il ruolo del giudice sul versante applicativo si atteggierebbe in modo particolare: l’integrazione attraverso giudizi assiologici, infatti, comporterebbe un *quid pluris* rispetto alla creatività generica che caratterizza il processo interpretativo-applicativo di qualsiasi regola giuridica. Intanto perché, nell’impossibilità di isolare in astratto i due momenti del giudizio, quello “di fatto” e quello “di diritto”, prenderebbe vita un “unico giudizio”, nel quale la sussunzione opera “alla rovescia”: sarebbe cioè il giudizio sul fatto – espresso in base ai criteri dell’etica, del costume, dell’estetica, della morale o dell’economia – a concretizzare la clausola e non, viceversa, il fatto concreto a venir sussunto in una già definita norma. Inoltre, sebbene una sussunzione

¹⁶⁴ In questi termini BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631 ss.

¹⁶⁵ La posizione è quella di D’AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 434 ss., spec. p. 438 s. La formula «concetti bisognosi di integrazione» si deve a ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p.172 ss., spec. p. 175.

pura non si abbia quasi mai, solo nel caso delle clausole generali il giudice si troverebbe a decidere senza «un patrimonio di dati offerti dal testo normativo», venendogli unicamente in aiuto *standard* assiologici e prototipi “normali” di condotta accettati socialmente¹⁶⁶.

Ponendosi nel solco di questa ricostruzione, altra dottrina ha ritenuto che i termini valutativi posti al centro dell’analisi non facciano necessariamente rinvio a criteri extra-giuridici, non escludendosi il coinvolgimento di criteri anche interni al diritto¹⁶⁷. L’indeterminatezza tipica della struttura semantica delle clausole, cioè, sarebbe tale per cui il/i criterio/i di applicazione del sintagma valutativo non è/sono predeterminabile/i se non adoperando parametri teoricamente concorrenti di giudizio¹⁶⁸. Al giudice allora spetterebbe, *in primis*, la scelta – tra i diversi standard potenzialmente applicabili (interni e/o esterni al sistema giuridico) – di quello attinente alla funzione attribuibile alla clausola in questione e, in secondo luogo, la determinazione del contenuto dello stesso; peraltro, anche se in certi casi è la clausola stessa ad indicare il tipo di criterio cui ricorrere (es. di natura sociale piuttosto che morale o giuridica), la discrezionalità dell’interprete, se anche minore, non sarebbe comunque annullata, consistendo tanto nella scelta di un criterio specifico quanto nella sua ricostruzione¹⁶⁹. Proprio in relazione all’ipotesi qui d’interesse (la colpa e la connessa diligenza del buon *pater familias*), infatti, non pare che il rinvio a un parametro di natura lampantemente sociale neutralizzi la libertà del giudicante. In effetti, alla tesi della neutralità applicativa dei concetti valutativi – che richiederebbero la mera rilevazione dei valori socialmente condivisi in una certa comunità – si può facilmente opporre la pratica incapacità del giudice di compiere accurate indagini sociologico-statistiche; molto più ragionevole, invece, è immaginare che in questi casi l’interprete proceda per “intuizioni” su ciò che è condiviso, o abitualmente praticato,

¹⁶⁶ Su questo punto l’autore concorda, richiamandola, con l’elaborazione di MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit. p. 10 ss., spec. p. 14 s. per una ricostruzione della quale v. *infra*.

¹⁶⁷ VELLUZZI V., *Le clausole generali*, cit., p. 54 ss.

¹⁶⁸ VELLUZZI V., *Le clausole generali*, cit., p. 29 ss. e 57 ss.

¹⁶⁹ Determinante, allora, sarebbe il meccanismo esterno della giustificazione, per mezzo del quale l’interprete dà ragione dell’integrazione valutativa posta in essere, v. GENTILI A., *Prefazione*, cit., p. XXI.

in un determinato ambiente sociale¹⁷⁰. Che una certa condotta sia “negligente” o consista in un “inadempimento” perché «questo e non quello bisogna intendere per ordinaria diligenza», non si risolve in una mera opzione tra più significati possibili di una locuzione normativa, ma in una «valutazione prescrittiva» vera e propria, di “creazione” del dato *normativo*, alla maniera di quella compiuta del legislatore quando legifera, seppure in una sfera più circoscritta¹⁷¹.

Questo meccanismo di delega della norma di decisione al giudice ha ricevuto ampi approfondimenti in dottrina, in particolare da parte di chi ha definito le clausole generali in termini di «norme di direttiva», sì da tenerle distinte dalle “norme o precetti generali”, dai “principi generali” e dagli *standard*. Pur costituendo anch’esse una tecnica di conformazione normativa opposta a quella casistica, le norme generali sarebbero comunque norme “complete” costituite da una fattispecie, da un comando, che però non descrive un singolo o un insieme di casi, ma una “generalità” di ipotesi definite in modo generico mediante il richiamo a una categoria riassuntiva¹⁷². Da ciò, per l’opera di concretizzazione che gli è richiesta, l’interprete verrebbe rinviato a modelli di condotta, a valutazioni, obiettivamente vigenti nell’ambiente sociale di riferimento. La tecnica, quindi, sarebbe sicuramente tale da ampliare il margine di discrezionalità giudiziale, ma si tratterebbe comunque di una discrezionalità di fatto, non integrativa di norme.

Diversamente, le clausole generali sarebbero tali da impartire al giudice una misura, una direzione, un punto di vista, per la ricerca dei valori da tradurre nella norma di decisione e, come tali, costituirebbero una tecnica di creazione giudiziale della regola (giuridica) da applicare al caso concreto, senza fornire alcun modello pre-costituito da una fattispecie legislativa astratta¹⁷³. In tal senso, sarebbero «frammenti di

¹⁷⁰ VELLUZZI V., *Le clausole generali*, cit., p. 68 ss., cui si deve l’ulteriore precisazione che in società complesse e pluraliste come quelle attuali non sia affatto facile trarre criteri valutativi omogenei (spec. p.70).

¹⁷¹ Così GENTILI A., *Prefazione*, cit., p. XXI.

¹⁷² Ritiene poco fervida la distinzione tra fattispecie complete e incomplete (c.d. frammenti di norme bisognosi di integrazione) RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 723, per cui l’incompletezza della disciplina è aspetto distinto dalla «ripartizione delle competenze» operata dalle fattispecie aperte.

¹⁷³ La tesi è sostenuta da MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit. p. 10 ss., spec. p. 13 e 15.

norme», per natura incomplete, destinate a trovare concretizzazione in programmi normativi di altre disposizioni¹⁷⁴.

Proprio qui troverebbero collocazione i c.d. standard valutativi socialmente accettati, cataloghi di tipi normali di comportamento esistenti nella realtà sociale, espressivi di quelle linee orientative consegnate al giudice per la formazione della decisione concreta. A differenza di quanto sostenuto nella visione tradizionale positivista – che ricostruiva il rapporto tra clausole generali e standard in termini di rinvio “recettizio” a norme c.d. sociali di condotta, riducendo così la funzione delle prime alla mera ricognizione – questa dottrina riconosce alle clausole la valenza di norme, appunto dette «di direttiva», che si limitano a vincolare l’interprete ad una linea orientativa (espressa dallo standard) che egli è chiamato a concretizzare in funzione di una “tipologia sociale”, quindi in maniera generalizzabile. In sostanza, gli standard non costituirebbero norme direttamente applicabili, né andrebbero identificati con la clausola generale in quanto tale, bensì intesi come «forme esemplari dell’esperienza sociale dei valori»: strumenti indicativi degli ideali cui la clausola rinvia e che il giudice è chiamato a tradurre in norme concrete di decisione attraverso un giudizio valutativo suo proprio¹⁷⁵.

Diversamente, altra dottrina ha ritenuto che i concetti di “standard valutativo” e di “clausola generale” siano sinonimi, strutture sostanzialmente analoghe o, ancora, che la veste della clausola sia quella abitualmente assunta degli standard¹⁷⁶; a caratterizzarli, sarebbe il nesso di ricezione sostanziale e permanente che lega il modello giuridico alla norma etica, nel senso che il diritto giudica operanti nell’ordinamento, con la validità e l’efficacia delle prescrizioni giuridiche positive, delle prescrizioni del sistema etico, le quali vengono dunque ad assumere una posizione «formativa» e «conformativa del sistema normativo del diritto positivo»¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Così MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, p. 14 s.

¹⁷⁵ MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, p. 17.

¹⁷⁶ RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 709 ss., spec. p. 726 s. Similmente FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 1, laddove afferma che la dottrina continentale abbia “recepito” il modello degli “standard” di origine angloamericana, elaborando la figura delle clausole generali. Ritiene che le clausole generali siano la «veste abituale» degli standard valutativi CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 82.

¹⁷⁷ FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 3, per cui, i modelli di comportamento relativi ai valori etico-sociali vengono recepiti ininterrottamente nell’ordinamento giuridico, senza mediazione del legislatore.

Tra questi standard viene ricondotta anche la “diligenza nella colpa” che, con i predicati della «ordinarietà, della normalità e della mediatezza», conferisce validità ed efficacia giuridica a «modelli di condotta designati dall’etica sociale nella sua realtà storica», evocando indirettamente quei valori dell’azione umana che si richiede ispirata ai modi di sentire comuni (cioè alla c.d. diligenza media)¹⁷⁸.

Il ruolo degli standard sarebbe dunque “integrativo” rispetto a norme ordinarie; tuttavia, quando la realtà giuridica è frastagliata e complessa (come nel caso della diligenza nella colpa), si ammette che divenga indispensabile una determinazione successiva precedente a quella applicativa da parte del giudice; determinazione, questa, spesso assicurata grazie all’intervento di una molteplicità di norme progressivamente determinate, funzionali alla graduale specificazione dello standard in sé del tutto indefinito. La qual cosa avverrebbe tipicamente all’art. 2043 del codice civile, nel quale, a partire dall’enunciato massimamente generico dell’*alterum non laedere*, si realizzerebbe un’opera di successiva integrazione attraverso norme più determinate “che lo avvicinano alla realtà giuridica”¹⁷⁹.

La suddetta integrazione, però, andrebbe in un duplice e opposto senso: non solo dallo standard alle norme, ma anche viceversa, nel senso che le norme determinative stesse possano a loro volta giovare degli standard: nel caso della colpa, ad esempio, una volta collegata allo standard del *bonus pater familiae*, la diligenza darebbe vita a un modello (di diligenza) c.d. *in abstracto*, che permette alla norma determinativa di condotta di acquisire maggiore flessibilità e aderenza ai valori che informano la società nel suo divenire.

Tuttavia, nonostante condividano l’“idealità” e la formazione “per induzione” proprie dei principi fondamentali, gli standard si distinguerebbero da questi in quanto espressivi di caratteri normativi presenti nella coscienza collettiva: fondati nella prassi, e non nelle leggi, sarebbero ancorati a una data realtà sociale e calati nella storicità; senza con ciò però rappresentare una ricognizione meramente statistica di fatti sociali, ma colorandosi, invece, di venature etico-deontologiche.

Sembra confermarsi, dunque, che a sostrato degli standard stiano norme c.d. sociali di condotta, espressive di archetipi ideali connotati assiologicamente, che

¹⁷⁸ Così FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 2 s.

¹⁷⁹ FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 11 s.

distribuiscono direttive, linee orientative, per la ricerca della regola del caso concreto: questi modelli valutativi, infatti, sono ritenuti assumere rilievo centrale al momento dell'attività decisoria, quando occorra stabilire in concreto la contrarietà o meno a diligenza di una data condotta.

Tuttavia, si aggiunge, l'alta indeterminatezza dello standard non gli farebbe perdere la caratteristica di essere una regola "dell'azione", dal ruolo "giuridico"¹⁸⁰; il che, tuttavia, pare alquanto discutibile, potendosi facilmente obiettarsi che tale qualità andrebbe piuttosto riconosciuta ai sistemi di norme determinate sopra richiamati; queste sì, regole dell'azione propriamente giuridiche. Resta piuttosto dubbio, invece, che una tale "prescrittività" possa riconoscersi anche allo standard in quanto tale, ancora genericamente inteso (basti pensare alle difficoltà di un ancor vago "dovere di contegno diligente" a funzionare come regola di condotta).

In virtù dell'esigenza che il cittadino sappia *ex ante* cosa può e deve fare, invece, la dottrina qui richiamata conferisce agli standard una preliminare valenza sostanziale ("presupposto etico" imprescindibile del loro rilievo processuale), nel senso che tali modelli di azione entrerebbero in atto in concomitanza alle norme integrate, ovverosia nel momento di verifica del fatto. La soluzione potrebbe intervenire già al tempo del fatto (*ex ante*), proprio grazie al "dispositivo risolutorio" offerto dallo standard nei suoi rapporti con la norma integrativa (c.d. norma complessiva): pertanto, al giudice non resterebbe che ricercarla per poi darle applicazione; ciò in netta contrapposizione alle posizioni precedentemente richiamate, che parrebbero invece riconoscere all'interprete un ruolo propriamente creativo¹⁸¹.

Certo, si ammette, il procedimento applicativo sarà più complesso, tuttavia, la discrezionalità dell'interprete, pur se maggiore rispetto a quella esercitata applicando norme "comuni", resterebbe qualitativamente la medesima. Solo così sarebbe possibile impedire allo standard di divenire «un fantoccio nelle mani dei giudici», sì da garantirne il ruolo «depositari e custodi del metro»¹⁸². Per contro, l'unica particolarità dell'interpretazione-applicazione del diritto nel caso degli standard – cioè quando il fatto normativo richiede di ricorrere alla prassi sociale quale suo "riferimento

¹⁸⁰ FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 8.

¹⁸¹ FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 16 s.

¹⁸² FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 17.

costitutivo” – starebbe nell’intensificarsi del rapporto tra diritto e sociologia: quest’ultima, infatti, servirebbe al giurista, non solo per conoscere il problema sociale risolto dalle norme giuridiche, ma, ancor prima, per apprendere la soluzione normativa che il diritto ha predisposto¹⁸³.

In ultimo, conviene dar conto di quell’indirizzo che, pur ritenendo tra sé inconciliabili le nozioni di clausola generale e di norma “a elevata generalità”, giudica impossibile differenziare le prime dai concetti c.d. indeterminati e poco convincente la distinzione tra incertezza *linguistica* e incertezza *sul piano del valore*. Detto altrimenti, le clausole generali non avrebbero un proprio spazio sul piano del “metodo giuridico”, quindi della tecnica di formulazione normativa, mentre la questione si giocherebbe tutta sul piano interpretativo: la peculiarità delle clausole andrebbe cioè scorta altrove, sul versante funzionale e del ruolo del giudice, il quale concorre a formare la norma solo nel caso delle clausole generali, non invece nel caso delle “norme generali” (che sarebbero sì “indeterminate”, ma non clausole generali). In sostanza, nel caso dei concetti indeterminati, l’operazione condotta dall’interprete si risolverebbe nel riscontro del frammento “elastico” all’interno del caso concreto; questi ultimi andrebbero perciò *ascritti alla fattispecie*, diversamente dalle clausole generali che atterrebbero *agli effetti*¹⁸⁴. Similmente, altra dottrina ha ritenuto la colpa e il dolo (art. 2403), nonché la diligenza (art. 1176 c.c.) riconducibili all’ampio *genus* dei “concetti indeterminati o elastici”, ma non alla *species* delle clausole generali. La differenza non starebbe in effetti sul piano *strutturale* (del modo di produzione del diritto), ove è dato unicamente distinguere tra norme “redatte per casi e fattispecie” e ogni altra norma “di portata indeterminata”, bensì su quello *funzionale*: solo le clausole generali autorizzano la *creazione* di diritti indipendenti da una previsione contrattuale o legale (si pensi alla buona fede o al danno ingiusto); al contrario, di fronte a norme “elastiche” il diritto preesiste rispetto al momento interpretativo-applicativo e il giudice ne ha in mano unicamente l’ampiezza¹⁸⁵. Per quanto suggestiva, è lecito dubitare che una distinzione siffatta, certo plausibile sul piano teorico, sia anche

¹⁸³ FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 20.

¹⁸⁴ CASTRONOVO C., *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss., spec. p. 24.

¹⁸⁵ Il pensiero è di FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 95 ss.

traducibile sul piano pratico, parendo in effetti difficile, davanti a un concetto elastico, stabilire con certezza a quale delle due categorie ricondurlo.

A prescindere dalla posizione che si ritenga di assumere, più in generale, sulla questione, ma limitando lo sguardo al concetto preso in esame, le considerazioni svolte permettono di stabilire un primo punto fermo: che la “vuotezza” prescrittiva (o, se si preferisce, l’indeterminatezza) del dovere di comportamento riferito alla “diligenza” venga ad accrescersi notevolmente con l’innesto in ambito extra-obbligatorio, facendolo trasfigurare in una formula impalpabile come quella del *neminem laedere*¹⁸⁶.

Fuori da un rapporto obbligatorio predeterminato, infatti, il contenuto dell’obbligo di diligenza – termine di per sé «poliseno ed ellittico»¹⁸⁷ – perde inevitabilmente il proprio carattere precettivo “diretto”, perché lo spettro degli eventi che è finalizzato ad evitare assume una portata ampia ed eterogenea¹⁸⁸. A differenza delle prescrizioni derivanti da precetti specifici, come quelli che regolano i rapporti obbligatori, tanto il “comando” di non ledere, quanto il suo modo di essere più circoscritto (riferito a un dovere di comportamento connesso alla “diligenza”) sono formule “di comodo”, che richiamano in modo sintetico il principio ispiratore del sistema. Si è visto, infatti, che in campo obbligatorio la “colpa” trova già definizione in termini di violazione del comando che impone al debitore di adempire la prestazione pattuita, mentre il “dovere di diligenza” opera all’interno della suddetta disposizione come misura dello sforzo richiesto. Invece, trasportato in campo extracontrattuale, il dovere di diligenza è costretto a muoversi, non già nel perimetro di più puntuali prescrizioni, ma all’interno dell’ampio monito di non recar danno ad altri.

Da che, è ragionevole concludere che il concetto di negligenza, in quanto “contrarietà alla diligenza dovuta”, non riesca a fungere da criterio d’individuazione e perimetrazione dell’azione colposa tipica: dato il vuoto definitorio che la caratterizza, infatti, è difficile pretendere che serva, a sua volta, da parametro definitorio della condotta *ex ante* doverosa¹⁸⁹. Si tratta invero di un canone aperto ad “ampi margini di

¹⁸⁶ Così anche MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., p. 540, nonché PUGLIATTI S., voce *Alterum non laedere*, cit., p. 105. Definiva l’obbligo del *neminem laedere* una «specie di Fata Morgana» già CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e extracontrattuale*, cit., p. 743 s.

¹⁸⁷ RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 540.

¹⁸⁸ Lo evidenzia GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit. p. 172 ss.

¹⁸⁹ Parla di «vuoto definitorio» GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 76.

discrezionalità giudiziale”, le cui potenzialità si apprezzano maggiormente sul versante “ascrittivo” *ex post* dell’evento dannoso. Al più, il parametro della diligenza svolge un ruolo conformativo, di modulazione dei comportamenti, ma non riesce ad avere una funzione realmente prescrittiva: non obbliga a precise modalità di condotta.

Anche in questo caso, il sistema penale – costituito, invece, da un’elencazione tassativa di divieti tipici – si dimostra un fertile terreno di confronto: l’elaborazione successiva del “dovere di diligenza” da parte della scienza penalistica, infatti, ha palesato tutte le difficoltà della formula in parola a ricoprire una tale funzione, conducendo, infine, alla ridefinizione della colpa come violazione di più puntuali regole preventivo-cautelari; norme – queste sì – prescrittive, volte a «imbrigliare i comportamenti umani entro ambiti di sostanziale inoffensività»¹⁹⁰.

Diversamente, le caratteristiche assunte dalla diligenza in ambito extraobbligatorio, fanno seriamente dubitare che una tale espressione, in apparenza una *quaestio iuris*, non si risolva in fondo in una mera *quaestio facti*¹⁹¹. Non a caso, una certa dottrina ha ravvisato la sostanza che riempie e concretizza le clausole generali proprio nei giudizi di fatto – espressi sulla base di parametri valutativi spesso extralegali – di volta in volta formulati dai giudici¹⁹².

In effetti, se la colpa di cui all’art. 2043 c.c. è intesa come criterio per collegare il costo di un danno a un soggetto, la categoria della diligenza ad essa correlata non ha nemmeno la pretesa di funzionare in termini stigmatizzanti, quindi di andare a scolpire rigidamente la linea di confine tra lecito e illecito. Correlandosi al generico dovere di *neminem laedere* è destinata a non possedere nulla di realmente normativo, operando, invece, ancora sul piano della “mera fattualità”: non mira (e nemmeno riuscirebbe) a distillare regole modali di condotta, a prescrivere in modo vincolante l’osservanza di determinati contegni, qualificando come riprovevoli le azioni improntate a modalità contrarie. Tutto all’opposto, è il giudice che, nel suo dialogo con la clausola di

¹⁹⁰ Così CASTALDO A.R., *La concretizzazione del “rischio giuridicamente rilevante”*, Relazione svolta in occasione della laurea honoris causa conferita al professore Claus Roxin dall’Università centrale di Barcellona, giugno 1994, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p.1096 ss.

¹⁹¹ Tra i penalisti GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 74 e in *Giust. pen.*, 2012, II, fasc. 11, c. 580.

¹⁹² D’AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, cit., p. 446 s.

diligenza, fa emergere il contegno che incarna la negligenza nel caso di specie: allora, l'enucleazione della condotta colposa non precede, ma segue il giudizio.

D'altro canto, non si può nemmeno nascondere che l'influenza continua che il fatto sociale spiega sull'evoluzione delle disposizioni "elastiche" – sì da collocarle in una fascia di confine tra fatto e diritto – non abbia impedito alla prevalente giurisprudenza di risolvere in senso affermativo la questione della loro soggezione (*rectius* dei giudizi che le applicano) al sindacato di legittimità, sulla base della ritenuta giuridicità del processo di concretizzazione delle stesse¹⁹³.

Il vero nucleo problematico, in fondo, è quello della fiducia riposta, o meno, nel potere giurisdizionale: le clausole generali, infatti, spezzano il dogma della funzione "dichiarativa" della giurisprudenza, infrangono il preteso carattere di «completezza e chiusura del sistema normativo giuspositivista»¹⁹⁴; il che, quantomeno in ambito civilistico, ad oggi non pare certo eversivo; tuttavia, nel caso delle clausole, si va addirittura oltre la (ormai riconosciuta) discrezionalità esercitata ordinariamente dal giudice nell'interpretazione di disposizioni, fino a sconfinare nella produzione di regole che lo stesso legislatore sembra dargli carta bianca a creare. Essendo rimessa al giudice, la valutazione prescrittiva sottesa all'applicazione della clausola non trova legittimazione nel sistema democratico su cui poggia lo stato di diritto, ma può trovare unicamente giustificazione "esterna", in una argomentazione controllabile e razionale, che rileva in modo adeguato i dati legali e sociali in gioco, e applica in maniera corretta i criteri della decisione¹⁹⁵; detto altrimenti, questa dovrebbe essere assistita, più delle altre, da una "fondazione" persuasiva, che manifesta il percorso logico intrapreso per dar corpo alla clausola nel caso concreto¹⁹⁶. Il problema, allora, è sempre il medesimo: l'incertezza, e quindi il pericolo di una deriva nell'arbitrio.

¹⁹³ Lo rileva CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 82, nota n. 19. Per una ricostruzione del dibattito, per tutti, FABIANI E., voce *Clausola generale*, cit., p. 227 ss. L'indirizzo giurisprudenziale in questo senso risale a Cass. civ., 22 ottobre 1998, n. 10514 e Cass. civ., 18 gennaio 1999, n. 434, entrambe in *Foro it.*, 1999, I, c.1891 ss. In questo senso anche Cass. civ., 13 aprile 1999, n. 3645, *ibidem*, I, c. 3558 ss., con nota di FABIANI E., *Norme elastiche*, cit. Per una posizione più prudente Cass. civ., 17 agosto 2004, n. 16037, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2085 ss.

¹⁹⁴ GENTILI A., *Prefazione*, cit., p. XX. Sottolinea che il problema si quello del potere di giudici anche DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 545 ss., spec. p. 547 sul (pericolo del) «decisionismo giudiziario» e p. 548.

¹⁹⁵ Lo sottolinea GENTILI A., *Prefazione*, cit., p. XXI.

¹⁹⁶ Così LARENZ K., *Schuldrecht*, ed. 13th, 1986, vol. I, p. 117, il cui pensiero è ripotato da DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 547, nota n. 20.

Perciò, il margine di discrezionalità, quindi il tipo di intervento che si è disposti a rimettere nelle mani dell'interprete, non può che variare a seconda del ramo dell'ordinamento in cui si cala: esso dipende, infatti, dai caratteri di ognuno di questi, dagli obiettivi perseguiti, dai principi fondamentali che ne reggono l'impianto. Di diversa intensità sono anche le istanze di legalità e certezza nelle differenti branche del sistema: diversi, quindi, gli esiti del bilanciamento che s'instaura tra queste e l'opposta esigenza di giustizia sostanziale, ovvero di più ampia tutela delle situazioni lese.

La stessa dottrina civilistica, infatti, che pure ha evidenziato l'impossibilità di fare a meno della tecnica delle clausole generali nelle moderne società dinamiche, i cui traffici e rapporti richiedono discipline flessibili; che pure ne ha saputo cogliere gli innegabili pregi di fronte alle opposte disfunzioni di una legislazione "microsettoriale" minuziosa, non meno incerta nella sua rincorsa del caso concreto¹⁹⁷; ha però parimenti messo in guardia dai gravi fraintendimenti che deriverebbero dall'estendere considerazioni del genere a settori diversi da quello privatistico (o comunque da quelli del diritto c.d. "comune"). In altre materie, *in primis* quella penale, nella quale il principio del "*nullum crimen sine lege certa et stricta*" si erge a garanzia di ben diverse esigenze di libertà, questi esiti devono escludersi senza alcuna esitazione: per esse, la cristallizzazione delle valutazioni prescrittive in formule, se non rigide, necessariamente pre-determinabili, rimane «il destino più desiderabile»¹⁹⁸. Se il diritto civile può permettersi di lavorare con un dovere di diligenza dal contenuto flessibile e *aperto*, il precetto penale deve restare *puntiforme, non metodico né universale*¹⁹⁹. Peraltro, anche in materia di responsabilità civile, in quei settori in cui l'esigenza di certezza è forte quanto quella di elasticità e più ampia tutela (segnatamente nel campo dei traffici economici e imprenditoriali) l'allocazione del costo dei danni è stata sottratta al criterio volatile e discrezionale della negligenza per essere sottoposta – in

¹⁹⁷ Per le derive connesse alla "fuga" nella legislazione speciale, casistica e microsettoriale v., per tutti, RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 602 ss.; ID., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 711, nonché p. 714 ss.

¹⁹⁸ Così RODOTÀ S. *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 713, spec. nota n. 5, nonché DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 542. Similmente anche FRANZONI M., *Civile e penale*, cit., p. 110.

¹⁹⁹ Qualifica il diritto civile come universale e quello penale come frammentario e non metodico PIERGALLINI C., "*Civile*" e "*penale*", cit., p. 1301.

affiancamento a un sistema di sicurezza *lato sensu* sociale, ovvero ad obblighi assicurativi – a quello più “sicuro” e automatico del rischio.

Dove opera la clausola generale della “colpa-negligenza”, invece, la certezza del diritto (quanto al rapporto autorità-cittadini), nonché l’acceptabilità “politica” dell’operazione rimessa al giudice (quanto al rapporto tra poteri dello stato), vengono a dipendere, in ultima analisi: dal modo in cui gli organi dell’applicazione fanno dialogare la clausola con gli standard valutativi esistenti nella realtà sociale, ovverosia, dalla loro capacità «di mediare tra prassi e valori»²⁰⁰; dall’argomentazione (esaustiva e controllabile o meno), che ne fonda le decisioni; dal modo in cui la teoria giudica adempie al proprio compito – cognitivo e prescrittivo insieme – di ovviare ai rischi connessi all’indeterminatezza attraverso la messa a fuoco delle disposizioni “elastiche del sistema”, del loro modo di operare e del modo di operare del giudice quando le applica²⁰¹. Non si tratta, ovviamente, di prescrivere rigidi modelli di decisione, bensì di illuminare le direzioni lungo le quali procedere per inverare le clausole nel caso concreto²⁰². In questo processo applicativo, un ruolo non da poco è giocato dagli standard valutativi, da quello che si decide di prendere a riferimento e dal modo in cui lo si ritiene funzionare: al riguardo, le posizioni assunte in dottrina sembrano oscillare su due poli.

Da un lato, vi è chi, sottolineando l’ampio e autonomo potere di apprezzamento del giudice, nega che il rinvio a standard sociali di condotta possa risolversi, sul versante applicativo, in operazioni meramente ricognitive di “regole sociali”, “modelli di comportamento o criteri di valutazione” comunque pre-dati nella coscienza sociale. Detto altrimenti, il rapporto tra clausola e standard non avrebbe la natura di un “rinvio recettizio” a norme sociali di condotta, che necessitano unicamente di essere individuate: pertanto, gli standard, fungendo unicamente da strumenti di “conoscenza”

²⁰⁰ Così CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 82.

²⁰¹ In questi termini GENTILI A., *Prefazione*, cit., p. XVIII e p. XXI. DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 556 ss., che ritiene quello di specificare le “modalità operative” delle clausole generali un compito della dottrina.

²⁰² DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 556.

dei valori, non andrebbero confusi con la clausola o con i contenuti precostituiti della stessa, con misure o regole (a questo punto “giuridiche”) da applicare *senz’altro*²⁰³.

Al polo opposto, invece, vi è chi tenta di ancorare la valutazione necessaria a concretizzare le disposizioni “aperte” a parametri in un certo senso “oggettivi”, che l’interprete dovrebbe limitarsi a rintracciare desumendoli dai modelli di condotta presenti in un certo ambiente sociale. Ciò non significa, però, che i sostenitori del primo indirizzo siano disposti, senza riserve, ad aprire al giudice uno spazio “incontrollato di libere scelte”: tutt’altro, anch’essi si preoccupano di enucleare alcuni “generalissimi” limiti cui dovrebbe sottostare l’operazione di concretizzazione (tra i quali, il rispetto dei principi costituzionali, dei “principi generali” dell’ordinamento o, ancora la c.d. natura del fatto, che consiste di dati naturalistici e, altresì, di principi e regole giuridiche operanti in un dato settore); di mettere a punto delle “figure sintomatiche”, cioè dei *tipi* di concretizzazione coerenti con la funzione esercitata dalla specifica clausola; o ancora, di “tipizzare” le applicazioni giurisprudenziali sistemandole “in classi di casi o gruppi tipici” ovvero di enucleare “schemi argomentativi” e “tipi di casi” a cui la clausole può riferirsi²⁰⁴.

Giunti a queste prime conclusioni e considerato il ruolo centrale degli standard nell’applicazione delle clausole generali, pare opportuno dedicare le battute finali del discorso al parametro impiegato, con maggiore frequenza, per la precisazione quantitativa e qualitativa della diligenza in termini di intensità ed estensione: il riferimento va all’enigmatica figura del buon padre di famiglia che, almeno formalmente, rappresenta la risposta offerta in linea di principio anche dal nostro legislatore. In effetti, sebbene trovi espressa previsione nel (solo) ambito dei rapporti

²⁰³ Così tra i tanti D’AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, cit., p. 446 ss., spec. pp. 449-451; similmente RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 728.

²⁰⁴ Definisce «non incontrollato» lo spazio di libertà aperto al giudice, ma controllabile grazie alla messa a punto di «figure sintomatiche», RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 728 ss. Parla di aggiornamento dei “tipi” concreti che danno corpo alle regole elastiche CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 82, fa invece riferimento alla tipizzazione giurisprudenziale delle situazioni di condotta negligente più comune BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 195. Sui riferiti limiti e, più in generale, sulla ricerca di “strumenti per ridurre l’indeterminatezza” v. D’AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, cit., p. 452 ss., spec. p. 460 s. sulla possibilità di razionalizzare le applicazioni stilando “classi di casi” e “gruppi tipici”. Sul limite costituito dal rispetto dei principi anche RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 721 ss., spec. p. 722, che, al riguardo, introduce l’espressione di «elasticità orientata». In generali sui tentativi della dottrina di “imbriagliare” le clausole (in particolare quella della buona fede) entro modelli operativi v. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 556 ss.

obbligatori (art. 1176 c.c.), tale richiamo è valido anche in relazione alla responsabilità extracontrattuale: quello del “buon padre di famiglia”, infatti, è dai più considerato il modello di diligenza cui attenersi in via generale per non incorrere in colpa, derogabile unicamente con disposizione specifica²⁰⁵.

4.3. Il parametro del buon padre di famiglia

Dalle fonti romane di epoca classica dove ha fatto la sua prima comparsa, transitando per secoli nei testi legislativi di tutto il mondo, la formula del buon padre di famiglia è giunta fino ai giorni nostri senza mai cessare di seminare discordia tra gli interpreti. Anche a livello letterario la nozione ha fatto, e continua ancora oggi, a far parlare di sé: raramente nel bene – con esaltazioni della sua essenza di “uomo d’ordine” – e più spesso nel male – da parte di chi, in questa stessa idea di uomo *medio*, ha invece scorto “un conformista”, un “colonialista”, un “qualunquista” o addirittura “un razzista”²⁰⁶.

Il rischio di derive al ribasso, verso modelli di statica mediocrità, è stato fonte di inquietudini anche in ambito strettamente giuridico: rigorose critiche si sono levate al mantenimento di una figura giudicata non solo anacronistica, “invecchiata” rispetto al modo moderno di valutare i rapporti sociali ma, soprattutto, ancorata in modo saldo e immutabile a canoni di “normalità”, ovvero al comportamento della maggioranza (o, se si preferisce, all’*id quod plerumque accidit*)²⁰⁷. In alcuni paesi, il netto rifiuto di un ideale “statico” e “borghese”, giudicato affatto pertinente nel mondo moderno, ne ha comportato la radicale sostituzione con nozioni diverse: emblematica in tal senso è la scelta operata già nel secolo scorso dal legislatore tedesco che, a fronte delle serrate obiezioni mosse al primo Progetto del BGB, che aveva dato accoglimento

²⁰⁵ Lo rileva FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 3 e 6. A favore dell’estensibilità della regola al campo extracontrattuale, tra i tanti, BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 194 s.; RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 5; RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit. p. 172 ss., spec. p. 174. *Contra* VISINTINI G., *Cos’è la responsabilità civile*, cit., p. 17 ss. e p. 45 ss.

²⁰⁶ Per un commento sul punto RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 545 s. Sulla figura in analisi v. anche CARBONE E., voce *Diligenza del buon padre di famiglia*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de “Il Sole 24 ore”*, Milano, Il Sole 24 ore, vol. 5, 2007, p. 82 ss. Per una feroce critica a questa figura “egoistica” v., per tutti, MENGER A., *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l’impero germanico*, Torino, Bocca, 1894, p. 152 ss.

²⁰⁷ Dà conto di queste critiche, senza però ritenerle insuperabili, RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 2 s. Sul punti v. anche RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 544 ss.

all’*“ordenlich Hausvater”*, ha codificato il differente criterio della “diligenza richiesta nella vita degli affari” (§276). In Francia, invece, l’espunzione della locuzione del *“bon père de famille”* in favore quella (ritenuta più *politically correct*) della “gestione ragionevole”, ha trovato motivazione in un progetto di legge sulle “pari opportunità tra uomo e donna”, che nella figura tradizionale scorgeva un “pericoloso simbolo sessista”.

Quanto alle motivazioni ideologiche (condivisibili o meno che siano), sarebbe comunque ingenuo pensare che la semplice cancellazione di una figura tecnico-giuridica possa risolvere problematiche sociali²⁰⁸.

Quanto alle critiche linguistiche, relative alle vetustà della figura, il richiamo all’uomo *suis iuris* del sistema romano classico – il solo ad essere patrimonialmente responsabile dei propri atti verso la società – può effettivamente apparire inattuale nel mondo moderno. D’altro canto però, la tradizione storica della figura le conferisce una «nobiltà espressiva» difficilmente conseguibile ricorrendo a formule “più moderne”; la marcata duttilità della nozione, inoltre, ne consente l’ammodernamento senza alcun bisogno di ricorrere a modifiche legislative²⁰⁹. L’accurata elasticità dello standard, peraltro, richiedendo all’interprete di specificarne il contenuto precettivo, gli consentirebbe (all’estremo) di adottarne una c.d. *interpretatio abrogans* in base alla quale svuotarne completamente la sostanza. Perciò, se di visione conservatrice si deve parlare, di questa sarebbe responsabile un po’ anche la giurisprudenza, che nel tenore letterale delle formulazioni legislative non ha mai trovato grandi ostacoli a fronte delle trasformazioni profonde del sistema²¹⁰.

Con questo, però, non s’intende schierarsi a favore del superamento del concetto, ma mostrare quanto sia superfluo insistere con critiche di questo tipo. Anche

²⁰⁸ V. però MORRA L.-BAZZANELLA C., *Considerazioni sul “buon padre di famiglia”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 556 s. che, definendo “sessista” la metafora del buon padre di famiglia, e ritenendo che le metafore siano costitutive (non solo descrittive) della nostra concezione del mondo, la ritengono una valida ragione per modificare la formula; nonché p. 561 s. sui pericoli di una figura che ha finito per incarnare un *bourgeois* attento «unicamente alla propria esistenza privata e ignaro di ogni virtù civica» (il pensiero riportato è quello di ARENDT H., *Colpa organizzata e responsabilità universale*, in *Ebraismo e modernità*, Feltrinelli, Milano, 1986 (1993), pp. 71-74).

²⁰⁹ Parla di «nobiltà espressiva» GIORGIANNI M., voce *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino, UTET, 1957, p. 596 ss., poi anche riprodotto in ID., *L’inadempimento, Corso di diritto civile, Appendice: La figura del buon padre di famiglia*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 333 ss.

²¹⁰ Così RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 545, nonché RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 2 s.

a prescindere dalle stesse, infatti, la nozione di diligenza abbisogna, per sua natura, di una qualifica che ne stabilisca la misura, della quale l'interprete deve pur sempre indicare il contenuto normativo²¹¹. Né le formule che contengono un espresso riferimento alla vita di relazione paiono tanto più definite: infatti, quando le modalità in misura delle quali si specifica il ricorso alla diligenza sono apprezzabili in relazione a fattori (non tecnici ma) sociali, i contorni del concetto si fanno più incerti e se ne accresce il margine di elasticità²¹².

Si tratta quindi di vedere se alla formula dettata in via legislativa sia possibile attribuire un significato consono alla società moderna; inoltre, anche ritenendola poco felice, *de iure condito* occorrerebbe pur sempre precisarne la portata normativa.

Quanto al primo aspetto, la figura del buon padre di famiglia, è parsa del tutto idonea a trasmettere il significato via via conferitole dalle mutate necessità della vita di relazione²¹³. Se poi la paura è che il criterio impedisca di tenere conto delle circostanze del caso o delle caratteristiche dell'attività concretamente svolta, si vedrà che si tratta di timori infondati.

Quanto al secondo aspetto, vale la pena di notare fin da subito che lo standard del buon padre di famiglia non si risolve in un modello "stereotipato" di condotta, ma viene semplicemente assunto come punto di riferimento, come metro orientativo da seguire per definire la misura e la qualità del "modo diligente" di svolgere una certa attività. Sul punto, infatti, la prescrizione legislativa di cui all'art. 2043 c.c. è risultata "in bianco": silente quanto ai contorni del contegno "sufficientemente diligente", non patologico, e dunque non "imputabile" per colpa²¹⁴.

Il parametro dell'agire diligente in base al quale giudicare il comportamento dei cittadini, è appunto incarnato dal buon padre di famiglia: figura oggettiva ed elastica al tempo stesso, sufficientemente astratta da esprimere un ideale sociale di comportamento il cui significato non sia rigidamente determinato.

²¹¹ Sul punto RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 3.

²¹² RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 544.

²¹³ Così GIORGIANNI M., voce *Buon padre di famiglia*, cit. p. 596.

²¹⁴ Ampiamente sul punto FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 179 ss., spec. p. 190 dove si evidenzia che dall'art. 2043 c.c. può essere al più ricavato il principio generale del *neminem laedere*, mentre i criteri idonei a tracciare confine concettuale tra "colpa e non colpa" andrebbero cercati fuori da questa norma.

Proponendo un modello “deontologico” di *diligentia in abstracto*, il legislatore non intendeva solo abbandonare ogni riferimento alla diligenza c.d. soggettiva (*quam suis*), ma anche unificare i possibili gradi di diligenza delle teorie precedenti, cui si facevano simmetricamente corrispondere diversi livelli di colpa²¹⁵. Da un lato, infatti, lo standard prescelto personifica una misura unica e generale di valutazione del comportamento; dall’altro, si caratterizza per essere un modello di responsabilità c.d. oggettiva, inossidabile alle trasformazioni sociali ma pur sempre capace di adattarsi al trascorrere del tempo e alla natura dell’attività. Qualificare il modello di sforzo diligente in termini di “astrattezza”, quindi, non significa che la nozione debba essere il frutto di concettualizzazioni puramente “teoriche”, ma che vada desunta «in via di sintesi dall’osservazione del comportamento di una collettività»²¹⁶. Ad essere negato è solo il modello di valutazione “concreto” della condotta, “soggettivo” in quanto ricavato dallo stesso autore del danno, commisurato allo sforzo del singolo agente²¹⁷.

Il carattere “astraente” dell’espressione di cui all’art. 1176 c.c. non le conferisce dunque la natura di uno *stereotipo*, bensì di una *metafora* che, a differenza del primo, possiede un significato stabile ma non statico. In relazione alle diverse modalità che ne specificano il contenuto, la diligenza è stata infatti definita come un criterio astratto – da considerare sotto il profilo oggettivo, generale – ma al tempo stesso relativo, multiforme e aperto alla coscienza sociale²¹⁸. Per il suo tramite, l’ordinamento rinvia esplicitamente alle indicazioni tratte dal giudizio collettivo e ne consegna l’interpretazione ai giudici, obbligandoli a valutare la nozione all’interno del complesso sistema normativo nel quale si inserisce. A confermarlo sono le parole della Relazione al codice civile, che nel parametro individua un «concetto deontologico

²¹⁵ Definisce il modello «deontologico», RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 544. Concorda sul significato deontologico della figura anche GIORGIANNI M., voce *Buon padre di famiglia*, cit., p. 597 ss. Sul punto sarebbe d’accordo gran parte della dottrina, seppure con molti distinguo: a rilevarlo sono MORRA L.-BAZZANELLA C., *Considerazioni sul “buon padre di famiglia”*, cit., p. 536 ss., spec. p. 539. Sulla diligenza *in abstracto* e *quam suis* v. GIORGIANNI M., voce *Buon padre di famiglia*, cit., p. 596 ss. Sul punto v. anche la ricognizione di RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 3 e, più di recente, di CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 82 ss.

²¹⁶ Così RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 545.

²¹⁷ FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 3.

²¹⁸ Così RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 546. Sulla diligenza “oggettiva” BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 192 che ritiene generale ed astratta la misura di valutazione della diligenza imposta dal legislatore. Sulla natura metaforica della diligenza del buon padre di famiglia, ampiamente, MORRA L.-BAZZANELLA C., *Considerazioni sul “buon padre di famiglia”*, cit., p. 529 ss., spec. 545 ss.

frutto di una valutazione espressa dalla coscienza sociale generale [...] modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici, il clima politico». Non solo: in questa direzione si è orientato, nel complesso, anche il sistema legislativo che, da un lato, ha valorizzato la relatività del concetto di diligenza (e della collegata nozione di colpa), adeguandolo alla natura delle diverse attività considerate; dall'altro, si è progressivamente volto ad apprezzare i risultati obiettivi della condotta, piuttosto che le modalità volontarie dell'agire²¹⁹.

Del resto, proprio in questo senso, la dottrina ha da tempo provveduto a chiarire che una valutazione "tipica" (cioè "astratta", "oggettiva" nel senso delineato) com'è quella del buon padre di famiglia, sebbene possa apparire sostanzialmente ingiusta nei confronti delle persone meno dotate, impedisce alla diligenza di assumere un significato morale, rendendola un criterio di facile applicazione pratica. A evitare machiavelliche sussunzioni dei singoli casi alla giusta gradazione di diligenza, contribuisce anche il criterio della "normalità", che permette l'utilizzo di un giudizio quantitativo per risolvere il dilemma, tipicamente qualitativo, della presenza/assenza di colpa. Se, da un lato, l'inettitudine del singolo ad adeguare la propria diligenza a quella del modello non assume rilevanza, dall'altro, però, la figura incarna una misura di diligenza "normale", non eccezionale né eroica e, come tale, "democratica"²²⁰.

Quanto concluso non nega, ma anzi conferma, il carattere relativo della diligenza e del criterio giuridico della colpa: infatti, dire che diligenza richiesta dal buon padre di famiglia sia quella solitamente usata, in circostanza analoghe, dagli altri componenti della società – giudicata socialmente sufficiente, quindi, nel giudizio di quella collettività (c.d. minimo etico) – non vale ad escludere l'adattabilità del contegno "normale" alle caratteristiche delle diverse attività intraprese. Al contrario, attraverso il criterio della diligenza normale la legge pretende una diligenza «socialmente e pragmaticamente consona alla delicatezza della situazione»²²¹. L'applicazione, cioè, di mezzi sì adeguati al fine, di modalità di comportamento

²¹⁹ Sul punto RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 545.

²²⁰ FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 3 e 4. Più approfonditamente in FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, cit., p. 192 ss. e p. 214 ss., nonché ID., *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, tomo 1, Milano, Giuffrè, 1991, p. 291 ss., spec. p. 293 s., il quale, intendendo la figura del buon padre di famiglia come sinonimo di "buon cittadino", identifica il criterio di misura del dovere di diligenza con il "comportamento della maggioranza dei cittadini".

²²¹ FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 4.

“appropriate” all’attività svolta, ma pur sempre secondo canoni di normalità: mezzi dunque necessariamente diversi (sul piano sia quantitativo che qualitativo) in ragione del differente risultato, ma sempre tali da contenere il rischio (dell’altrui danno) in termini socialmente ragionevoli, anche considerati i relativi costi. Il secondo comma dell’art. 1176 c.c. ne è la conferma: del resto, sarebbe del tutto irragionevole interpretare la norma come se, invece, imponesse una diligenza minore all’agente non professionale, consentendogli quindi di non rispettare taluna delle cautele proprie della “natura” dell’attività intrapresa.

Certo, decidendo di escludere il dovere di ricorrere a mezzi “eccezionali”, la società si difende solo “relativamente”, solo contro il rischio di eventi la cui verifica sia abbastanza probabile. E tuttavia, apprestare tutela anche contro rischi ulteriori sarebbe socialmente dannoso, vuoi perché troppo oneroso sul piano economico, vuoi perché troppo restrittivo sul piano della libertà individuale²²². Del resto, è il naturale dovere del *neminem laedere* a richiederlo: regola di esperienza antica, questa, secondo la quale ciascuno, nel compiere un atto qualsiasi, deve farlo rendendolo relativamente sicuro, non pericoloso per chi gli sta attorno. In pratica, in una società che voglia dirsi “civile”, a ciascun cittadino è richiesto di uniformare la propria condotta a quella altrui, ovvero di adottare le misure che i suoi concittadini solitamente adottano in circostanze analoghe: quelle che il corpo sociale ritiene “buona regola” applicare in quel tipo di attività²²³. Vero questo, resta il fatto che l’individuazione del canone di normalità è concretamente rimessa all’opera della giurisprudenza, la cui funzione può quindi definirsi “rivelatrice” della coscienza sociale²²⁴.

Da quanto detto può dunque agevolmente distinguersi l’opzione ideologica sottesa dall’ancoraggio a parametri medi: quella di trattenere l’impulso solidaristico entro il limite dei modelli di condotta sviluppati nel tempo dalla collettività. Infatti, saldandosi al criterio dell’*id quod plerumque accidit*, lo strumento della “diligenza del

²²² BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 195, nonché FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 4

²²³ FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 3 s. Ritiene che il criterio della maggioranza sia racchiuso anche nella formula dell’esecuzione “a regola d’arte” FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, cit., p. 217.

²²⁴ Così BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 195.

buon padre di famiglia” non consente solo di contenere lo svolgimento delle attività lecite – ma potenzialmente dannose per i terzi coinvolti – entro l’ambito di una “regolarità” socialmente accettata e, come tale, concretamente riconoscibile; ma, altresì, di ostacolare individualismi socialmente dannosi²²⁵. In questa prospettiva, l’attributo *bonus* non servirebbe fondare un canone superiore alla normalità (l’ineguagliabile diligenza del *vir diligentissimus*), ma andrebbe inteso come un riflesso di questa “normalità” di condotta, quindi come sinonimo del lecito.

Sul punto, però, in dottrina si è manifestato il dissidio, temendosi, da parte di alcuni, che il riferimento al comportamento “ordinario” della maggioranza dei cittadini, convogliando l’idea di una normalità mediana (se si vuole “statistica”), tradisca il significato deontologico-precettivo del modello.

Ad alimentare il dibattito hanno indubbiamente contribuito, da un lato, la struttura legale precedente che – qualificando come “medio” il grado della colpa che poteva addebitarsi a chi non si fosse comportato come il buon padre di famiglia – avrebbe successivamente generato la tendenza a considerare il modello nei termini di una *mediocritas* affatto “aurea”²²⁶.

Dall’altro, l’ambiguità semantica dell’attributo *bonus*, che sembra in effetti sintetizzare tutto il “corpo” precettivo di una formula in sé priva di autentico contenuto, altrimenti incapace di fornire una misura del comportamento. Esplicando per sua natura una funzione prescrittiva e descrittiva insieme, infatti, il termine “buono” sembra ammettere due traduzioni contrastanti: “un x migliore della maggior

²²⁵ Sul criterio *dell’id quod plerumque accidit* RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 546. Sul punto anche TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 39 s. A favore di questa opzione ideologica FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 2 e 3; ID., *La colpa lievissima*, cit., p. 193 e p. 214 ss. Negli stessi termini GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 173 s.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 165.

²²⁶ La tendenza giurisprudenziale è di identificare il buon padre di famiglia, o il buon professionista, all’uomo le cui capacità sono “ordinarie”, seppure “specifiche”, v. Cass. civ., 23 dicembre 2003, n. 19778, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Mandato*, n. 19, che definisce la diligenza del *pater familias* come quella del “soggetto di media avvedutezza ed accortezza”. Non sono però mancate sentenze che, invece, hanno innalzato il contenuto “etico” del parametro, escludendone la natura di “mero criterio di normalità”: così già Cass. civ., 11 gennaio 1951, n. 49, in *Foro it. Mass.*, 1951, per cui la figura non incarna un “uomo medio”, ma “il cittadino avveduto” e “risponde perciò ad un concetto deontologico”, seppur “derivante dalla coscienza sociale”. Per una ricognizione degli indirizzi giurisprudenziali, v. MORRA L.-BAZZANELLA C., *Considerazioni sul “buon padre di famiglia”*, cit., p. 541 ss., nonché DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 408 ss. Ritiene che, tendenzialmente, la giurisprudenza non aggravi la misura della diligenza ma la interpreti secondo il criterio della “normalità”, BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 195.

parte degli *x*”, che dunque rimanda ad un comportamento ideale, ad uno sforzo più intenso della “normalità statistica”, ovvero, “un *x* come la maggior parte degli *x*”, che invece rinvia alle condotte usuali nella prassi.

Sullo sfondo del dibattito non si fatica a individuare il punto critico già emerso nell’analisi degli standard valutativi: se, cioè, il giudizio applicativo del criterio debba fondarsi sulla rilevazione “statistica” del dato sociale o se, invece, l’interprete possa orientarlo in un senso definito deontologicamente, assiologicamente²²⁷.

Per un verso, il criterio “statistico” dell’*id quod plerumque accidit* ha l’indubbio vantaggio di impedire che la figura ideale assuma una natura “etica”, invece che solamente tecnica, tale da imprimere alla responsabilità colposa per danno ingiusto una funzione “educatrice”, piuttosto che “conformatrice”. Il riferimento alle prassi cautelari, infatti, consente di contenere l’accezione deontologica del modello, contrastandone la tendenza a trascendere nell’ideale superlativo del *vir diligentissimus*. Lasciato senza freni, invece, l’immanente significato deontologico della figura rischia di compromettere completamente la riconoscibilità della condotta richiesta, spingendo la diligenza attesa verso livelli di eccellenza irragionevoli, perché tendenti all’infinito e incapaci di rappresentare una dimensione sociale²²⁸.

Ragionando per assurdo, inoltre, non esiste un rischio che – sia pure in termini di minima probabilità minima – non possa essere previsto e che, quindi, un *optimus pater familias* non sarebbe in grado prevedere e prevenire; a confermarlo basta la seguente descrizione: il buon padre di famiglia è «*il miglior tipo di uomo umanamente augurabile, accorto in tutto equilibratamente*», non «*una diminuzione rispetto a un ‘optimus pater familia’ [...] così come – se mi si passa il raffronto – l’idea del ‘buon Dio’ non esprime un grado di inferiorità rispetto a un ‘Dio ottimo’*»²²⁹. Di fronte a un

²²⁷ CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 85.

²²⁸ FORCHIELLI P., voce *Colpa (diritto civile)*, cit., p. 4, nonché ID., *Difendiamo il “buon padre di famiglia”*, cit., p. 295, che ritiene che il massimo della diligenza che la società può pretendere dai suoi consociati sia quella «normalmente praticata dalla collettività», mentre la condotta eroica può appartenere solamente alla dimensione “individuale”. In particolare sul rifiuto della funzione “emendatrice” del principio del *neminem laedere*, FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, cit., p. 215. Sul punto, tra i penalisti, GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 165.

²²⁹ Così BARBERO D., *Il sistema del diritto privato. Prima edizione dopo la scomparsa dell’Autore*, a cura di LISERRE A.-FLORIDIA G., Torino, UTET, 1988 (rist. 1990), p. 598 e p. 610 ss. Sul punto, tra i penalisti, v. le considerazioni di GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 580.

modello del genere, per sottrarsi al rischio di addebiti meglio sarebbe evitare di usare mezzi pericolosi, di circolare in auto e così via²³⁰.

D'altro canto, il favore per le clausole generali, e così anche per la diligenza, sta proprio nell'indeterminatezza dei relativi standard valutativi. Diventa allora perfettamente comprensibile, l'opposizione della dottrina a quelle interpretazioni della formula del buon *pater familias* che mirano a soffocare la flessibilità applicativa, irrigidendolo entro schemi di normalità statistica²³¹. Per non dire, poi, della dubbia praticabilità del ricorso a strumenti puramente statistici nella concretizzazione, da parte del giudice, della diligenza richiesta; in effetti, più che ad indagini sociologiche, l'interprete sembra ricorrere alla propria intuizione di ciò che costituisce il comportamento "normale" in un determinato ambiente sociale²³². Spesso, il percorso logico seguito ha dunque ben poco di oggettivo, finendosi piuttosto per adottare una diligenza "propria" che, quand'anche particolarmente saggia e bilanciata, è lungi dal possedere un taglio statistico²³³.

A ben vedere, però, nemmeno il maggior sostenitore del criterio democratico della maggioranza è mai arrivato a racchiudere il modello entro le maglie di una statistica pura, ammettendosi, invece, che al giudice rimanga un ampio spazio nel quale esercitare la propria sensibilità valutativa: anzi, una delle qualità del criterio misuratore della diligenza adottato nel nostro paese, sarebbe proprio la sua duttilità in funzione dei diversi ambienti sociali. Inteso come comportamento "normale", regolare in un certo ambiente sociale (quindi proprio dell'*id quod plerumque accidit*), il modello diventerebbe solo più agevolmente individuabile dall'interprete, attraverso l'osservazione, anche statistica, della realtà²³⁴. In pratica, nel caso della "diligenza del buon padre di famiglia", il modello di liceità, pur non essendo definito dal legislatore ma rimesso alla valutazione del giudice, dovrebbe essere da questi ricostruito

²³⁰ Lo mette in luce, FORCHIELLI P., *La colpa lievissima*, cit., p. 191 e p. 213.

²³¹ Contrario alla rappresentazione dei canoni valutativi nei termini di una ricognizione statistica di fatti sociali FALZEA A., *Gli standards valutativi*, cit., p. 14, nonché MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit. p. 12 s. Per una ricostruzione del dibattito in generale e relativamente alla diligenza CARBONE E., *Diligenza e risultato*, cit., p. 80 ss., spec. p. 84 ss. In ambito penale v. le riflessioni di GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 164 ss.

²³² VELLUZZI V., *Le clausole generali*, cit., p. 69.

²³³ FORCHIELLI P., *La rilevanza giuridica del concetto di "normalità" e l'indagine statistica*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 152.

²³⁴ Sul punto FORCHIELLI P., *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, cit., p. 294 s.

guardando alla realtà sociale (tradizione, costume, prassi): pur non essendo “ufficiale”, il metro di confronto da usare nel giudizio di “normalità” sarebbe oggettivo, emergente dal contesto collettivo e, in quanto tale, ricavabile anche ricorrendo all’ausilio delle tecniche statistiche²³⁵. In effetti, una cosa è tradurre la formula della “diligenza del buon padre di famiglia” nel senso della tendenziale uniformazione della condotta di ciascuno, a quella degli altri che operano in circostanze analoghe (e in quanto tale dotata di sfumature statistiche); altra cosa, invece, è imbrigliare (o addirittura negare) la libertà interpretativa che il legislatore ha indubbiamente riconosciuto all’interprete, confinando la figura entro rigide schematizzazioni²³⁶.

In ultimo, deve aggiungersi che l’interpretazione del parametro nel senso della regolarità di condotta non ne comporta necessariamente lo scivolamento verso la mediocrità. Molti interpreti, infatti, pur ravvisando sullo sfondo della figura il criterio della “normalità”, si sono poi affrettati a precisare che per “buono” debba intendersi un impegno non “medio” né “eccelso”, ma piuttosto “notevole”: proprio perché ad essere preminente è la tutela di un interesse non proprio ma altrui, l’attenzione richiesta deve esplicitarsi in misura, appunto, “buona”²³⁷! Insomma, l’adempimento dell’aspettativa di diligenza che la società si attende da ciascuno, deve collocarsi nel giusto equilibrio tra un livello mediocre ed uno eccezionale (il “buon” comportamento dei più²³⁸).

In definitiva, una volta connesso al parametro del padre di famiglia, l’aggettivo *bonus* ne alimenta la connaturale duttilità: la capacità cioè di oscillare dalla figura dell’uomo ordinario, medio – personificazione del “così fan tutti” – all’ideale superiore dell’uomo massimamente accorto. Del resto, è proprio questo a

²³⁵ FORCHIELLI P., *La rilevanza giuridica del concetto*, cit., p. 148 ss., spec. p. 152 che ritiene il criterio misuratore della diligenza «latamente riconducibile alla media statistica» senza però disconoscere la libertà interpretativa del giudice.

²³⁶ Lo stesso FORCHIELLI P., *La rilevanza giuridica del concetto*, cit., p. 149, riconosce che la valutazione di ciò che è normale, “fisiologico”, sia rimessa al «prudente discernimento del giudice».

²³⁷ Qualifica la misura di diligenza “notevole”, “buona”, sebbene non eccezionale RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., p. 546. Così già GIORGIANNI M., voce *Buon padre di famiglia*, cit., p. 597. Condivide questa posizione anche BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, cit., p. 195. Dato che la diligenza del buon padre di famiglia non è quella dell’uomo medio, ritiene che non vi sia nemmeno motivo di richiedere un grado di diligenza più intenso di questo in ambito extracontrattuale RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, cit., p. 3 e 5. Più in generale sulla questione MORRA L.-BAZZANELLA C., *Considerazioni sul “buon padre di famiglia”*, cit., p. 537 s.

²³⁸ In questi termini *Difendiamo il “buon padre di famiglia”*, cit., p. 294.

contraddistinguere le figure ideali impiegate nell'argomentazione giuridica: la loro attitudine a riassumere, in maniera metaforica, opposti apparentemente inconciliabili, incaricando l'interprete di risolvere l'antitesi caso per caso e secondo la propria sensibilità²³⁹. Detta antinomia infatti – indissolubile sul piano linguistico – può sciogliersi unicamente attraverso una scelta politico-interpretativa.

In questa direzione, è interessante il tentativo di proiettare lo standard nel quadro costituzionale, i cui principi costituiscono la guida normativa al delicato compito di cui è investita la giurisprudenza. Tra questi, sono in particolare i doveri di solidarietà e gli scopi di utilità sociale (v. artt. 2, 41, comma 2, e 42 Cost.) a poter influenzare il parametro del buon padre di famiglia, consentendone l'innalzamento oltre i livelli della media sociale, casomai risultassero insufficienti²⁴⁰. L'orientamento assiologico – condivisibile ove subordina l'applicazione dello standard valutativo al condizionamento dei principi costituzionali – deve però operarsi con cautela: rimanendo sempre all'interno delle prassi sociali di riferimento e richiedendo standard progressivamente maggiori tra quelli concretamente praticati, in connessione al valore costituzionale dei beni coinvolti²⁴¹.

Questa conclusione, se limitata al settore civilistico, è certamente ammissibile per il rilievo assunto dall'istanza di flessibilità e, a maggior ragione, nell'applicazione delle clausole elastiche del sistema, la cui funzione consiste proprio nel venire in contro a detta esigenza. In vista del perseguimento della pienezza di tutela, quindi, si può anche tollerare che la certezza del diritto sia, invece, solo tendenziale. Tuttavia, è comunque auspicabile che i caratteri di elasticità e relatività del parametro di diligenza vengano modulati con equilibrio, onde evitare che una sua eccessiva frammentazione possa comprometterne, in maniera eccessiva, l'oggettività, la stabilità e, così, anche la funzione regolativa. In questa prospettiva, il riferimento al comportamento prasseologico garantisce la capacità orientativa del modello senza necessariamente vanificarne la duttilità; sottoposto alla guida dei principi costituzionali, esso evita,

²³⁹ Sulla riconducibilità della “diligenza del buon padre di famiglia” alle strutture “elastiche” del diritto v. *retro*. Nella dottrina penalistica lo riconosce GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 164.

²⁴⁰ DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 417 s. Sul punto v. anche RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 721 s. e p. 726. Ritiene che la mediazione tra canoni valutativi e principi fondamentali possa condurre i «sommi valori della realtà giuridica alla loro realizzazione» FALZEA A., *Standards valutativi*, cit., p. 15.

²⁴¹ In tal senso CARBONE E., *Diligenza e risultato*, p. 85 s.

altresì, che la figura del buon padre di famiglia, tramutandosi in un vuoto ideale, possa assumere le sembianze di un (super)uomo dalle mille qualità ovvero rifrangersi nell'estremo opposto della ordinarietà trasandata.

5. VERSO LA PUBBLICIZZAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE? LE CRITICHE ALLA FUNZIONE DI SICUREZZA SOCIALE E IL RAPPORTO CON GLI STRUMENTI ASSICURATIVI

Le riflessioni svolte hanno permesso di far emergere alcuni tratti caratteristici degli istituti giuridici – in particolare quello della responsabilità per danni ingiusti – sviluppati dal sistema civilistico per gestire i rischi dell'agire umano moderno. È il momento di trarre alcune conclusioni finali prima di spostare lo sguardo al settore di indagine che più interessa approfondire: quello pubblicistico, nello specifico della colpa penalmente rilevante. Non è tuttavia possibile esimersi da alcune considerazioni sullo sviluppo, e la crescente diffusione, degli strumenti assicurativi e dei sistemi di sicurezza sociale; non tanto, però, per predicare la morte futuribile della responsabilità civile – previsione, questa, che oggi non è più avanzata seriamente (né tantomeno augurata) da nessuno²⁴² – quanto, invece, perché si tratta di istituti “a mezza via” tra il diritto pubblico e quello privato che, affiancandosi all'istituto della responsabilità, ne hanno condizionato i compiti e la disciplina. Un ibrido, insomma, la cui propagazione dirompente ha contribuito ad alimentare il timore della “pubblicizzazione” in via crescente della funzione adempiuta dall'istituto aquiliano²⁴³.

La questione, è chiaro, non si esaurisce in una strettamente giuridica, ma assume una dimensione anche sociologico-politica che potrebbe portare molto lontano. A ciò si aggiunge la discutibilità della divisione classica, *tranchant*, tra un settore prettamente “pubblico” dotato di certe caratteristiche e uno “privato”, ontologicamente diverso dal primo. Potrebbe, cioè, finanche sostenersi che tale rigida distinzione, non solo non rispecchi più la complessità della realtà giuridica moderna,

²⁴² La profezia di una morte prossima della responsabilità civile aveva invece animato il dibattito dottrinario degli anni '70-'80, tra i tanti v. RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 595 ss.; BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 643 ss.

²⁴³ Sulla tesi della “pubblicizzazione” del diritto privato v., tra i tanti, GIORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 406 ss., nonché in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 702 ss.

ma che, e di conseguenza, si risolve in una prospettiva disfunzionale rispetto all'esigenza di fornire risposte coerenti e realistiche alle problematiche di questo secolo²⁴⁴.

Non interessa addentrarsi in simili indagini, quanto dare uno sguardo “di sistema” al modo in cui la responsabilità civile si è trovata a dover convivere con gli strumenti (in senso lato) assicurativi; per poi fissare alcuni punti fermi sulle funzioni che la stessa è chiamata a svolgere nella moderna società c.d. del rischio, sui compiti che invece non le competono, o che comunque non è in grado di portare a termine da sola.

Il primo aspetto da tenere a mente – emerso analizzando la relazione tra il criterio ascrittivo della “colpa” e quello eclettico del “rischio”, poi confermato dalla disamina della clausola generale della “diligenza del buon padre di famiglia” – consiste nell'impossibilità di dare una lettura unitaria alla fisionomia assunta dalla responsabilità civile sul versante funzionale. Per spiegarla, infatti, non basta rifarsi semplicisticamente all'esigenza di riparare i danni – ve ne sono moltissimi che non trovano ristoro – né tantomeno limitare lo sguardo al momento attributivo del risarcimento: si è visto, infatti, che il sistema dell'imputazione non trova una spiegazione monistica, ma neppure “binaria” fondata sulla contrapposizione rischio/colpa. Non solo: i singoli criteri di ascrizione del danno non sembrano nemmeno possedere (se si prescinde da un danno risarcibile) la concretezza di fattispecie normativa. Detto altrimenti, si è fatti responsabili del danno, non della colpa, né del rischio: al centro, con un ruolo autonomo, l'obbligo risarcitorio e, di riflesso, la vittima.

Appurato che la realtà giuridica articolata e complessa della responsabilità civile non possa comprendersi in un'ottica monofunzionale, è certo però che la funzione compensativa – quale criterio di riparazione e allocazione del danno – svolge il ruolo “da regina”, quantomeno in relazione alla responsabilità per danno patrimoniale e, ancor più, nelle ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva. Spogliatosi della tradizionale funzione sanzionatoria, educativa, l'obbligo risarcitorio trova la propria *ratio* e il proprio contenuto nell'esistenza di una perdita economica: logica,

²⁴⁴ Per tutti v. PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 696 ss.

questa, ben lontana da quella della punizione per la violazione del divieto di tenere una certa condotta pericolosa. Davanti a una perdita concreta ed effettiva, il risarcimento risponde alla domanda del soggetto su cui debba gravare e attua una traslazione del costo del danno dalla sfera della vittima a quella altrui, che i criteri di imputazione hanno il compito di indicare²⁴⁵.

In tal senso, può dirsi che il modello si sia decisamente orientato verso complesse finalità di “ingegneria sociale”, presentandosi come strumento attuativo di politiche economico-sociali più generali, in affiancamento ad altri sistemi diretti ad offrire al cittadino una protezione sempre più completa contro le “avversità”. Il significato profondo del processo evolutivo dell’istituto, infatti, va scorto nel tentativo di delineare, attraverso lo stesso, un “piano” di quelle relazioni sociali che si concretizzano in conflitti produttivi di danni, conformemente a una logica nel complesso “redistributiva”, che supera precedente tendenza a concepire i singoli conflitti come segmenti separati²⁴⁶. Da che, la già accennata tendenza a connotare in senso solidaristico la finalità stessa del giudizio aquiliano e, con essa, il problema del possibile dualismo tra la funzione privatistica (classica) e una funzione pubblicistica che il sistema della responsabilità civile finirebbe così con l’adempiere. Di fatto, quest’ultima andrebbe ad accrescere ogni volta che il modello privatistico si mostra orientato alla realizzazione di finalità generali: di allocazione ottimale delle risorse o di politica redistributiva²⁴⁷.

Sul punto è bene intendersi: se è vero, infatti, che l’acquisita centralità della vittima – contrassegno di una visione moderna dell’istituto – trova indubbio fondamento nel principio solidaristico di cui all’art. 2 Cost., quest’ultimo, da un punto di vista giuridico, opera unicamente come “criterio-guida” direttivo dell’interpretazione, integrando la disciplina quando occorra valutare un comportamento o un interesse protetto delle parti.

²⁴⁵ Per questa ricostruzione v. SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 243 ss. Sul punto vedi anche ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*, cit., c. 193 ss.

²⁴⁶ RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 598 ss., spec. p. 600.

²⁴⁷ Sulla connotazione in senso solidaristico v. SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 14 ss. e 250 ss., nonché ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*, cit., *passim*. Sul dualismo di funzioni RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 604 s.

Detto altrimenti, parlando di “funzione pubblicistica” si potrebbe casomai alludere al fatto che la responsabilità per danno ingiusto abbia consentito di fornire un’iniziale fascia di protezione giuridica ad alcuni dei (nuovi) beni o interessi tipici delle moderne società industriali²⁴⁸. Per contro, il giudizio di responsabilità civile non potrebbe certo farsi integralmente carico dell’interesse generale alla sicurezza: il meccanismo traslativo attraverso il quale opera, infatti, costituisce un insuperabile limite al completo assorbimento della funzione sociale; realizzabile, invece, mediante sistemi compensativi posti a carico dell’intera collettività. Detto altrimenti, la rivendicazione di una sorta “diritto” alla compensazione per gli effetti dannosi di un numero crescente (per non dire totale) di rischi può trovare unicamente risposta in istituti che fanno ricadere il costo della reintegrazione dello *status quo ante* su tutta la comunità: nei quali la controparte della vittima sia lo Stato, non un altro soggetto privato.

È impensabile, infatti, che la funzione “indennitaria” possa essere realizzata fino in fondo dal solo diritto della responsabilità civile. La difficile, quasi antitetica, condizione in cui questo si è venuto a trovare – già nelle società industriali, ed ancor più oggi, in quelle tecnico-scientifiche – è già affiorata in più punti.

Per un verso, infatti, nelle società tecnologicamente avanzate l’istituto è “esploso”, allargandosi a regolare nuovi campi di materie e acquisendo un inedito protagonismo nei processi giudiziari. Dall’inidoneità del sistema aquiliano a soddisfare le aspettative di tutela rivendicate dagli individui, ha poi preso le mosse il processo *obiettivizzante*, di (quasi totale) *spersonalizzazione* della responsabilità, (almeno) sul piano economico²⁴⁹: rivalutato l’elemento oggettivo del danno e svalutato quello soggettivo della colpevolezza, il sistema è quindi riuscito a garantire una più ampia risarcibilità e ad aprire le porte anche a forme “più automatiche” di imputazione.

Per altro verso, al successo dell’istituto si sono combinati indubbi elementi di crisi, le cui ragioni, certo molteplici e complesse, possono però ricondursi a due fondamentali.

²⁴⁸ RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 605.

²⁴⁹ Così ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, p. 1108. Fondamentale sul punto è anche l’analisi di RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, cit. p. 16 ss. Per un’altra interpretazione di questa tendenza v. TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 18 ss., spec. p. 23.

La prima, strettamente legata alla conquista di nuove terre, attiene all'incertezza sulle funzioni da esso adempiute al di là di quella, centrale e sempre presente, di assicurare la riparazione dei danni; la quale incertezza, stante la duttilità di uno strumento regolato in gran parte attraverso clausole generali, si riversa inevitabilmente sul piano normativo e quindi su quello operativo.

Il secondo elemento di crisi, invece, può dirsi connaturato alla struttura stessa dell'istituto e riguarda la sua oggettiva inefficienza a svolgere la propria finalità primaria, compensativo-riparatoria. Non solo e non tanto perché la figura della colpa, anche una volta "obiettivizzata" (fatta cioè coincidere con un fatto di scarto da una norma, più che con un comportamento di per sé riprovevole), resta pur sempre legata ad una condotta (negligente) individuale, e quindi incapace di fornire protezione a determinate categorie di danni²⁵⁰. Ma anche e soprattutto perché la struttura e la logica prettamente bilaterali che hanno caratterizzato l'istituto civilistico fin dalla nascita, -si sono dimostrate inappaganti di fronte al moltiplicarsi delle occasioni e delle ipotesi di danno, spesso "sistemiche", diffuse, (come definite al Capitolo I) che connotano la nostra società (si pensi ai danni di massa provocati dagli incidenti, all'inquinamento, ai medicinali e alle sostanze pericolose ecc.); sono altresì risultate impotenti di fronte al costo e alla gravità degli effetti degli eventi dannosi che la tecnica moderna riesce a sprigionare, ma che la nostra sensibilità sociale è sempre meno disposta a tollerare.

In un sistema segnato dall'egemonia liberale, infatti, le conseguenze dannose di fattori di rischio imprevedibili (e imprevenibili) restavano di regola a carico della vittima, a meno che una norma specifica ne imponesse la traslazione ad altro soggetto. La cultura solidaristica contemporanea, invece, ha più difficoltà a tollerare che un danno non venga risarcito, come se la vittima fosse titolare di un vero e proprio diritto nei confronti dello Stato ad essere compensata delle conseguenze di un numero sempre più ampio di rischi.

Il diritto della responsabilità civile, invece, resta strutturalmente "discriminatorio", come tale incapace di assecondare le tendenze "egualitarie" che caratterizzano la nostra epoca: di fronte a vittime di danni "uguali", infatti, il giudizio aquiliano può dare risposte diverse, concedendo (o meno) il risarcimento – quindi la

²⁵⁰ RODOTÀ S., *Il ruolo della colpa*, cit., p. 4.

traslazione del costo del danno in capo ad un altro individuo – a seconda che sussista una ragione normativa ulteriore, diversa dalla salvaguardia della sicurezza del danneggiato. In un sistema “bilaterale”, che tiene conto anche della condotta (nel caso della colpa) o comunque della posizione (nel caso dei criteri “oggettivi” di collegamento) del (presunto) responsabile, il riferimento alla solidarietà non basta, da sé, a legittimare l’eliminazione del danno per la vittima. In definitiva, si tratta di un meccanismo compensativo incerto – non sempre il condannato è coperto da una assicurazione privata o, comunque, solvente – e discriminante.

La tensione dell’istituto aquiliano, tra i due poli della rilevanza accordata alla posizione del responsabile e dell’istanza compensativo-solidaristica, spiega la presenza crescente delle assicurazioni obbligatorie e delle diverse forme pubbliche di sicurezza sociale; e perciò rappresenta un profilo centrale per cogliere il rapporto tra responsabilità civile e “tecnologia” assicurativa.

Da una certa prospettiva, infatti, quest’ultima persegue un obiettivo simile a quello perseguito dalla “tecnologia” giuridica della responsabilità: placare il bisogno di sicurezza garantendo la riparazione dei danni che si verificano durante l’interazione sociale. Assicurando una tutela contro il verificarsi di eventi futuri e incerti, è anch’essa funzionale alla riduzione della complessità e dell’imprevedibilità dell’ambiente in cui l’uomo opera.

D’altro canto, però, trattasi di una tecnica indennitaria, che opera secondo logiche diverse da quelle che animano gli strumenti fondati sul canone della responsabilità. Il funzionamento del sistema assicurativo, infatti, viene descritto come un vero e proprio “luogo di raccolta dei rischi”, che garantisce l’assicurato da potenziali sbilanci economici, tutelando al tempo stesso le potenziali vittime di incidenti, attraverso un’indennità il cui costo viene fatto gravare sull’intera popolazione degli assicurati (da identificare con tutti i cittadini, nel caso dei sistemi di sicurezza sociale)²⁵¹. Questo, dunque, tende ad addossare il costo delle azioni rischiose sulla collettività (più o meno ampia che sia), piuttosto che sul singolo agente e, così facendo, funziona da incentivo per lo svolgimento delle attività e per l’assunzione dei rischi. Nonostante le differenze, anche profonde, tra le diverse forme di assicurazione

²⁵¹ Così CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 52 ss. Per ulteriori approfondimenti v. EWALD F., *L’Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 190 s.

esistenti infatti, il principio di c.d. solidarietà collettiva tra gli assicurati per un certo rischio parrebbe un carattere comune a tutte²⁵².

Le suddette caratteristiche del meccanismo assicurativo ne hanno fatto uno strumento che si è dimostrato indispensabile non soltanto per portare a compimento il processo di revisione critica del sistema classico imperniato sulla colpa; ma, altresì, per dare compiuta soddisfazione all'anelito solidaristico che anima sempre più la funzione compensativa, e che l'istituto civilistico (sia pure "trasformato") resta ontologicamente incapace di appagare in modo pieno²⁵³.

Le opinioni dottrinarie in materia, infatti, pur diverse e molteplici, sembrano trovare un punto di comune accordo nel riconoscere al sistema assicurativo – quale emblematico strumento di eliminazione economica del rischio – di avere, da un lato, agevolato lo sviluppo dell'istituto civilistico nei suoi aspetti economico-risarcitori²⁵⁴; dall'altro, di aver saputo rispondere alle esigenze connesse, tanto all'incremento dei casi di responsabilità extracontrattuale, quanto al moltiplicarsi di eventi dalla causa c.d. multifattoriale e sistemica, la cui probabilità è mediata da fattori sui quali il singolo non ha dominio.

Nonostante la loro capacità di adempiere alla funzione di protezione integrale della sfera personale – sopperendo ai limiti della responsabilità civile – la diffusione delle tecniche assicurative non ha però condotto al declino di questa seconda: ovverosia, all'assorbimento integrale delle sue funzioni, quindi al suo confinamento ad amministrare una microconflittualità di scarso rilievo socio-economico²⁵⁵.

Quanto alle assicurazioni private (frutto dell'autonomia contrattuale delle parti) infatti, siano esse contro i danni o per la responsabilità civile, l'ambito di pertinenza della responsabilità eccede sempre quello coperto dal contratto assicurativo; il problema, quindi, è semmai di coordinamento, ad evitare dispendiose sovrapposizioni. Diverso è il caso dei più moderni sistemi di assicurazione obbligatoria (c.d. misti) e dei sistemi di assicurazione sociale: questi, pur mantenendo

²⁵² BUTTARO L., voce *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 431.

²⁵³ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 17 s.

²⁵⁴ FANELLI G., voce *Assicurazione contro i danni*, *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, p. 24.

²⁵⁵ RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 595 s. Sul punto, ma con specifico riguardo alla responsabilità per colpa, v. altresì FORCHIELLI C., *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, cit., p. 294.

il significato quasi “ancestrale” della funzione assicurativa (il c.d. *securum facere*), realizzano il passaggio da logiche (endo)contrattuali e prospettive più di sistema.

Nei primi, lo scemare dell'autonomia privata è funzionale alla sicura compensazione di un certo ambito di danni; la garanzia assicurativa viene prescritta legislativamente e funge condizione di esercizio di alcune attività utili ma ontologicamente rischiose. Questi “sistemi di sicurezza imposta” o “obbligatoriamente assicurati” sono versatili: seguono schemi polimorfi che variano in funzione delle esigenze di protezione via via emergenti in seno al tessuto sociale di riferimento. Ad accomunarli è la posizione “intermedia” rispetto ai sistemi assicurativi sociali (c.d. *no fault*) – si pensi modello neozelandese di *social security* – nei quali è lo Stato a farsi interamente carico del costo dei possibili danni; questi secondi, infatti, si basano sulla diversa filosofia che al cittadino in quanto tale spetta, ad ogni modo, la più completa riparazione di eventi dannosi di fronte ai quali non è ammessa l'inerzia dello Stato²⁵⁶. Come quella volontaria, anche l'assicurazione obbligatoria lascia permanere uno spazio autonomo per la responsabilità civile: intanto perché l'effetto assicurativo è connesso alla stipula di un contratto (pur imposto per legge), per cui il danno è coperto nella misura del rischio assicurato, che ben può essere maggiore o minore del danno effettivo; nel caso dell'assicurazione per la responsabilità civile, poi, quest'ultima mantiene integra la sua *ratio* perché è proprio la qualificazione del fatto lesivo in termini di responsabilità, a far scattare l'obbligo di pagamento dell'assicuratore; mentre nel caso di assicurazione contro i danni, la legge introduce perfino la surroga dell'assicuratore al danneggiato rispetto al potenziale responsabile. Anche queste, dunque, non solo non obliterano la responsabilità, ma addirittura la presuppongono, modulandosi in funzione di essa²⁵⁷. Le differenze rispetto all'assicurazione volontaria sono comunque indubbe: da un lato, il binomio responsabilità-assicurazione obbligatoria colma gli spazi lasciati vuoti da quella volontaria, dall'altro realizza una polverizzazione che limita i c.d. costi secondari del danno. In un'ottica economica, infatti, la stipula del contratto fa sì che il danno gravi quasi interamente sull'assicuratore (sottratti i premi corrisposti) e, indirettamente, su tutti gli altri assicuratori operativi in quel settore; inoltre, quando l'obbligatorietà viene allargata al

²⁵⁶ CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit. p. 10.

²⁵⁷ SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 255.

quantum, si ottengono anche livelli di *spreading* soddisfacenti. Tuttavia, nemmeno l'assicurazione obbligatoria riesce ad evitare i costi di amministrazione del danno (c.d. costi terziari); inoltre, anch'essa conserva una struttura che non le consente di coprire l'intera estensione di danno prodotto in una società; per cui, quand'anche il livello di *spreading* realizzato sia ottimale, questo interessa solo i danni coperti dall'assicurazione (vuoi contro i danni, vuoi per la responsabilità civile), mentre per la parte rimanente resta pienamente operativa la responsabilità. Queste caratteristiche sono comuni a tutti i sistemi misti (di responsabilità combinata a tecniche di assicurazione obbligatoria) indipendentemente dalle loro differenze in termini di quota (cioè di prevalenza dell'una o dell'altra tecnica).

In definitiva, anche ad impostare il problema dei rapporti tra assicurazione e responsabilità civile in questa più moderna prospettiva, nel nostro paese si può parlare di "recessione" della seconda solo in un senso relativo e quantitativo: per alludere, cioè al suo declino in certi settori, in vista di una maggiore socializzazione del rischio (soprattutto se "sistemico"). Da questo punto di vista può dirsi effettivamente avverata la supposizione, avanzata più un trentennio fa, secondo cui, per i fenomeni di massa «come gli incidenti stradali, per le vittime della strada o anche per le vittime dei ferri chirurgici» si sarebbe andati verso sistemi di riparazione sempre più automatica: «verso la fiscalizzazione della responsabilità civile»²⁵⁸.

A questi riguardi, uno spunto di riflessione particolarmente significativo è offerto dall'assetto introdotto dall'ultima riforma del settore sanitario (legge 8 marzo 2017, n. 24, c.d. Gelli-Bianco), che rappresenta un nuovo e fondamentale tassello nel percorso intrapreso a partire dall'intervento normativo del 2012 (v. il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, c.d. Decreto Balduzzi, conv. con mod. dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, e il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, c.d. Decreto Madia, conv. con mod. dalla L. 11 agosto 2014, n. 114). Fino al primo decennio del nuovo secolo, infatti, parallelamente alla contrazione della responsabilità penale risultata dal giro di vite impresso sul nesso causale dalle Sezioni Unite del 2002 (c.d. sentenza Franzese)²⁵⁹,

²⁵⁸ Così GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, fasc. 1, p. 198.

²⁵⁹ Cass. pen., S.U., ud. 10.7.2002, dep. 11.9.2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, po. 1133-1144.

alla richiesta di prevenzione dei danni e di allocazione ottimale del relativo costo ha dato risposta, in via praticamente esclusiva, il modello operativo della responsabilità civile: in totale mancanza, sia di più progrediti strumenti di analisi e protezione dall'errore intrinseco all'attività medica, oggi di frequente collegato all'organizzazione complessa delle strutture dove gli operatori sono chiamati a operare; sia di misure di un qualche tipo, volte a ripartire sulla collettività i rischi insiti nella professione sanitaria. Trovatisi a dover affrontare da sola queste due complicate funzioni, la responsabilità civile è stata inevitabilmente contrassegnata da un irrobustimento forte (in termini di prescrizione dell'azione di danni, nonché di alleggerimento dell'onere probatorio del danneggiato), che ha dato vita ad un sistema in cui il costo del danno c.d. da ignoto era addossato quasi sempre in capo al medico e, di conseguenza, ad un dilagante fenomeno di c.d. medicina difensiva.

Il primo (seppure a lungo inattuato) ripensamento del sistema descritto risale alla riforma "Balduzzi" che, istituendo uno scudo assicurativo obbligatorio per la responsabilità civile, ha tradotto in legge l'idea che il costo del danno alla salute da errore sanitario non deve gravare né sul singolo paziente né sul singolo operatore. In pratica, la leva assicurativa è sembrata lo strumento più adatto a fornire una soluzione soddisfacente alla difficile armonizzazione dei diversi bisogni di protezione in gioco, del professionista assicurato da un lato, e delle aspettative del paziente danneggiato di ricevere un sicuro ristoro dall'altro; la stessa, inoltre, ha fatto emergere l'importanza di un'adeguata prevenzione, analisi e gestione del rischio medico, onde consentirne l'assicurabilità a condizioni di premio accessibile²⁶⁰; il che non poteva non andare di pari passo con un ripensamento delle regole di responsabilità, indispensabile a rendere effettivo il funzionamento dello strumento assicurativo (in termini di sostenibilità dei premi, certezza di parametri di liquidazione e conoscibilità del rischio *ex ante*): l'assenza di un efficace sistema di *risk management*, infatti, contribuisce ad aumentare il costo dei danni posti a carico dei medici e delle strutture e, di riflesso, si ripercuote sulla misura dei premi delle polizze assicurative reperibili sul mercato, quindi sulla loro sostenibilità da parte degli operatori. L'ultima riforma, condividendo la *ratio* di

²⁶⁰ HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)*, in *Danno e Resp.*, 2017, fasc. 1, p. 75 ss.

questo primo intervento (e di quello, più drastico, del 2014, impositivo dell'obbligo assicurativo anche alle strutture), ne ha però ridisegnato in modo organico l'assetto.

Su un primo versante, attraverso il rafforzamento del sistema di assicurazione obbligatoria, che ora accompagna ogni ipotesi di responsabilità risarcitoria, ottenuto con l'introduzione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti delle compagnie assicuratrici e con l'adozione di misure aggiuntive per contrastare la fuga degli assicuratori dal settore; nonché, in stretta connessione, attraverso la programmazione di misure di prevenzione e gestione del rischio, anche in vista della maggiore sostenibilità dei premi; in ultimo, nella stessa ottica – quella di ridurre i costi della conflittualità per *medical malpractice* (costi economici, ma anche umani e professionali) onde consentirne la migliore assicurabilità – vanno lette sia la previsione di strumenti conciliativi, sia la conferma dell'applicabilità, anche ai sinistri della responsabilità medica, del regime tabellare di cui agli artt. 138, 139 cod. ass., in maniera tale da mitigare e rendere prevedibile l'entità dei risarcimenti, in vista dell'assunzione del relativo rischio da parte delle compagnie assicurative; sia, infine, la previsione di una garanzia integrativa, il “Fondo di garanzia per i danni da responsabilità sanitaria”, posta a carico della collettività e destinata a risarcire categorie di danneggiati altrimenti privi di tutela.

Su altro versante, riaffermando la natura aquiliana della responsabilità del medico che opera nell'ambito di una struttura (ma mantenendo la natura contrattuale della responsabilità di quest'ultima) e limitando la responsabilità penale anche grazie l'istituzione del sistema di accreditamento istituzionale delle linee guida. La restituzione al medico di una libertà di azione svincolata dalla paura dell'errore e delle relative imputazioni (tanto penali, quanto civili), dunque più dedita alla ricerca di percorsi terapeutici efficienti, seppure innovativi, è infatti una condizione necessaria (sebbene non sufficiente) per diminuire i gravami della medicina difensiva (il ricorso a servizi aggiuntivi, diagnostici o terapeutici, non necessari; i costi di difesa professionale; nonché i costi in termini di astensione diffusa dagli interventi di cura ritenuti ad alto rischio)²⁶¹.

²⁶¹ HAZAN M.-TAURINI S. (a cura di), *Assicurazioni private*, Milano, Itinera Guide giuridiche, Ipsoa, Wolters Kluwer, 2015.

Il sistema descritto, aggiungendosi al “canovaccio” esperienziale del sistema della “R.c. auto” obbligatoriamente assicurata, esemplifica le potenzialità di un’integrazione virtuosa tra responsabilità ed assicurazione. Alla riforma sanitaria, infatti, va riconosciuto il pregio di aver preso atto delle trasformazioni strutturali profonde, che la modernità ha portato con sé sul duplice versante della scienza medica e della sanità; quest’ultima, infatti, strutturandosi come un’articolata rete di servizi e di relazioni interprofessionali, ha dato origine ad un sistema che tende a generare al suo interno «condizioni favorevoli al manifestarsi di errori, spesso latenti, ove il fattore umano rappresenta l'ultimo anello di una catena di difetti»²⁶². Di fronte ad un errore umano (e quindi ad un danno) che appare inevitabile dal singolo operatore – perché non si esaurisce nella sua (puntiforme) azione, ma scaturisce dal combinarsi di vari fattori, anche remoti e in parte ascrivibili a lacune e disfunzioni del sistema – la legge ha ragionevolmente preso le distanze da una *blame culture* che finisce per colpevolizzare à *tout prix* quel singolo che spesso è solo l’anello finale di una catena causale complessa; per abbracciare, invece, una più efficiente logica di prevenzione che punta lo sguardo sui difetti strutturali genetici dell’incidente, sulle deficienze *latu sensu* organizzative. Da che, la confermata assoggettabilità della responsabilità del medico strutturato alla regola aquiliana, onde instradare le pretese risarcitorie sul soggetto, la struttura, che ha il potere concreto di incidere sui fattori genetici più remoti dell’accadimento avverso; e, prima ancora, il potenziamento di strumenti eterogenei rispetto alla responsabilità, volti ad evitare *ex ante* (piuttosto che a disciplinarne gli effetti *ex post*) il rischio di errore insito nell’attività, neutralizzandone in partenza i fattori scatenanti attraverso l’introduzione di correttivi (controlli, procedure, protocolli, modelli di auto-normazione ecc.) distribuiti lungo tutta la linea della sua possibile articolazione (dall’analisi, al monitoraggio, fino alla concreta gestione del rischio). Infine, accanto alla costruzione di un modello di prevenzione/gestione del rischio clinico, la messa in sicurezza dell’interno sistema attraverso lo sviluppo dell’obbligo assicurativo: presidio, per sua stessa natura, di una finalità di sostegno duplice, tanto protesa a salvaguardare l’esercizio di attività di rischio socialmente utili,

²⁶² In tal senso HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo*, cit., p. 75 ss., nonché TROISE C., *La responsabilità professionale: una ulteriore minaccia alla sostenibilità del sistema sanitario*, in *Iniziativa Ospedaliera*, supplemento a *Dirigenza medica*, 2011, fasc. 11-12, p. 3 s. Per ulteriori approfondimenti, REASON J.T., *Human Error*, New York, Cambridge University Press, 1990.

quanto a tutelare le legittime pretese risarcitorie dei potenziali danneggiati, garantendo loro la presenza di patrimoni capienti su cui rivalersi²⁶³.

Per contro, una più drastica sostituzione del diritto della responsabilità civile con un sistema generale di assicurazione sociale – nel quale la riparazione del danno diventa un diritto del singolo rispetto alla collettività, chiamata ad assumersene i costi convertendo il conflitto interindividuale (tra responsabilità, assicuratore e danneggiato), tipico dei modelli c.d. misti, in un problema di politica sociale sottoposto agli schemi del diritto pubblico – non sembra (almeno ad oggi) prospettabile.

Non è questa la sede più adatta per discutere se quello appena descritto rappresenti l'esito finale cui dovrebbe tendere l'organizzazione sociale; certo è, che la funzione c.d. distributiva del danno, realizzata al massimo dal sistema generale di sicurezza sociale, non può essere assolutizzata come fine unico di una qualsiasi disciplina apprestata in previsione di accadimenti dannosi. Un sistema tutto proteso a reagire contro le conseguenze degli eventi avversi, che dimentica, invece, lo scopo principale che una società civile dovrebbe prefiggersi rispetto al danno (diminuirne gli effetti negativi agendo sui fattori che ne consentono l'inverarsi), sembra in effetti poco influente. Al di là di questo, nell'area europeo-continentale un modello del genere non sembra ispirare imminenti progetti di imitazione, per ragioni non solo economiche, ma anche legate convinzioni sociali.

Nella cultura occidentale, infatti, è difficile pensare che si possa giungere alla totale eliminazione della responsabilità civile, ovvero alla rinuncia in ogni caso ad una connessione – di natura causale in caso di colpa o di appartenenza “tipologica” nel caso degli altri criteri – del fatto dannoso con il soggetto reso responsabile.

A ciò si aggiungono ovviamente le difficoltà pratiche: legate, da un lato, alle specificità dell'esperienza italiana (contrassegnata da costi della sicurezza sociale particolarmente elevati) rispetto a quella di altri paesi; dall'altro, all'insostenibilità dei moderni modelli di *Welfare*, gli attuali assetti pubblici del quale dispongono di risorse inadeguate a fronteggiare le nuove e maggiori esigenze della collettività. Basti pensare che lo stesso diritto fondamentale alla salute, di cui è parte costitutiva anche la “sicurezza delle cure” (lo riconosce l'art. 1 legge c.d. Gelli-Bianco), è anch'esso

²⁶³ Così HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo*, cit., p. 75 ss.

«finanziariamente condizionato dalla limitatezza delle disponibilità finanziarie» e, quindi, potenzialmente bilanciabile con altri interessi costituzionali²⁶⁴.

Peraltro, la crisi fiscale dello Stato, e quindi di legittimazione del *Welfare*, presentandosi come un “dato strutturale” di durata certo non breve, fa ritenere nient’affatto episodica la perdita di slancio nei confronti dei sistemi *no-fault*. Nella vicenda attuale dell’ordinamento, quindi, la responsabilità civile si conferma un istituto insopprimibile, oltre che pienamente in vigore; si tratta di sfruttarla al meglio delle sue potenzialità, di ancorarla a criteri socialmente adeguati ai diversi contesti cui si applica, stando sempre attenti a non stravolgerne la natura caricandola di funzioni che non le competono²⁶⁵.

A tale riguardo, risulta evidente che nel nostro paese il condizionamento dello strumento assicurativo sul fenomeno della responsabilità civile non si sia certo risolto in uno (di tipo) solo quantitativo. Se ne scorge infatti facilmente una componente anche “qualitativa”, tradottasi nell’accentuazione intensa della tutela del danneggiante, che non sarebbe stata possibile se l’attività umana non avesse potuto limitare, *via* la tecnica assicurativa, i rischi della responsabilità patrimoniale in continuo aumento. In effetti, riesce perfino difficile pensare che, in assenza del progressivo allargamento dell’assicurabilità del rischio della responsabilità aquiliana, si sarebbe potuto realizzare lo *shift* dall’elemento della colpa e quello del danno e, con esso, lo smascheramento dell’infedeltà degli orientamenti “pseudo-moralistici” che in tale passaggio ravvisavano il pernicioso affievolimento della funzione preventivo-sanzionatoria della responsabilità per colpa (civile)²⁶⁶.

Non solo, la complementarietà creatasi tra il sistema assicurativo e quello della responsabilità civile ha inciso in vario modo sul concreto funzionamento della disciplina risarcitoria: da un lato, per la propensione dei giudici a tenere in considerazione la presenza (o meno) della copertura assicurativa e, dall’altro, per le ripercussioni esercitate sul versante funzionale dell’istituto aquiliano. Tra queste,

²⁶⁴ Corte cost. 27 luglio 2011, n. 248, spec. §6.1., reperibile sul sito www.giurcost.org.

²⁶⁵ Sul punto v. CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva*, cit. p. 11. Sui sistemi sociali di compensazione v. SALVI C., *La responsabilità civile*, cit. p. 254 ss., spec. p. 257.

²⁶⁶ CAVALLO BORGIA R., *L’assicurazione di responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da FRANZONI M., *Responsabilità e assicurazione*, a cura di CAVALLO BORGIA R., parte III, cap. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 3 ss., spec. p. 5.

un'influenza interessante può scorgersi nel ridimensionamento della funzione preventivo "deterrente", di minaccia, della responsabilità. Lo conferma la tendenza legislativa a concedere l'azione diretta della vittima nei confronti dell'assicuratore, che consente una pronta individuazione di un soggetto solvibile a cui ascrivere il rischio (sociale) del danno nella sua totalità: lo strumento assicurativo diviene chiaramente funzionale all'immediata riparazione del danno patito dal danneggiato, cancellando la tentazione di accostare il giudizio aquiliano a cui si collega a tecniche preventive-sanzionatorie o c.d. inibitorie (*ex ante*).

È risultato, infatti, che la responsabilità extracontrattuale mal si presta a svolgere tanto l'una quanto l'altra funzione: quanto alla prima – di c.d. deterrenza o prevenzione generale – se intesa in senso economico e limitata alle responsabilità di impresa, si scontra contro il limite, intrinseco alle regole aquiliane, della compensazione monetaria "selettiva" (circostritta a singoli, specifici danni); oltre al fatto che in detta prospettiva il danno andrebbe evitato prima che risarcito. Se intesa in senso "classico" e posta a fondamento della responsabilità per colpa, invece, la funzione preventiva è sconfessata dai caratteri concretamente assunti dalla colpa nell'attuale ordinamento: vi ostano, *in primis*, la veste oggettiva e astratta dei criteri giurisprudenziali di valutazione della condotta colposa; inoltre, la scarsa efficacia della minaccia di responsabilità ad impedire le cause "fisiologiche", ordinarie, delle condotte dannose più frequenti; infine, (appunto) la posizione assunta dalla assicurazione.

Non è certo un caso che molti dei settori "obbligatoriamente assicurati" (tipicamente quello automobilistico) siano anche caratterizzati da un regime sostanzialmente oggettivo della relativa responsabilità civile: la qual cosa, infatti, riprova che l'alea che li connota (si pensi sempre a quella automobilistica) esprime un rischio *endemicamente* radicato nell'attività svolta, rispetto al quale ogni partecipante può potenzialmente assumere sia il ruolo di danneggiante che di danneggiato; o, comunque, un rischio la cui connotazione "di sistema" è tale da coinvolgere interessi sociali complessi, più ampi rispetto a quelli individuali, che lo strumento assicurativo ben si presta a regolare.

Quanto alla funzione di controllo sociale, invece, l'idea si lega al processo espansivo della responsabilità civile a coprire interessi "nuovi" (spesso non

patrimoniali o meta-individuali), tipici delle società tecnologiche più avanzate; ovvero a tutelare fatti di lesione non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente diversi dal passato (si pensi alle attività produttive rischiose per l'ambiente e per i consumatori, all'esercizio di alcune professioni qualificate ecc.)²⁶⁷. In tali casi, infatti, la funzione riparatoria di perdite economiche sembra cedere il passo a fronte di una finalità di controllo e di monito sociale nei confronti di attività potenzialmente lesive, assumendo quasi una funzione accessoria – se non addirittura surrogatoria – rispetto ai tradizionali strumenti amministrativi o penali preventivo-repressivi. Non solo, questa funzione “di supplenza” finisce per riguardare anche quelle tecniche civilistiche di tutela (di tipo inibitorio o reintegrativo), volte a realizzare una protezione più specifica di tali interessi tramite modalità congrue alla loro natura non patrimoniale (a fronte della quale il pagamento di un equivalente monetario *ex post* non è, invece, soddisfacente). Si tratta, evidentemente, di una torsione rispetto alla *ratio* ordinaria dell'istituto che, però, rischia di “appesantire” la tecnica aquiliana, peraltro poco adeguata a portarla a termine stante la sua radicazione in logiche individualistiche e monetarie; la tutela *ex art. 2043 c.c.*, infatti, consente al danneggiato di ottenere l'equivalente monetario del danno patito nello specifico, ma prova poco (o nulla) in termini di rimozione delle condizioni di rischio che lo hanno causato e che altri ne possono causare²⁶⁸. Lo strumento concreto attraverso il quale opera (l'azione del danneggiato) è diretto anzitutto al risarcimento, e solo di riflesso a conseguire la rimozione dei fattori scatenanti del danno attraverso il controllo dell'attività rischiosa (ad. es. l'attività d'impresa): certo, quando l'interesse al risarcimento del singolo si lega ad interessi diversi (la tutela della salute e la sicurezza delle cure, l'interesse a vivere in un ambiente non inquinato o quello alla circolazione di prodotti sicuri), declinando la responsabilità civile secondo criteri c.d. oggettivi si può forse ottenere una garanzia migliore rispetto a quella offerta dal criterio della colpa; ma resta ferma l'inadeguatezza di fondo dello strumento in parola – che risulta pur sempre in una monetizzazione – a dare protezione ad interessi di carattere collettivo, generale,

²⁶⁷ Sullo scopo di controllo sociale v. ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno*, cit., c. 196.

²⁶⁸ Per approfondimenti sul punto v. SALVI C., *La responsabilità civile*, cit., p. 17 ss., spec. p. 21 e p. 257.

diffuso, mentre sono altri i mezzi cui ricorrere per realizzare controlli sociali più penetranti sulle vare attività implicate (ad es. controlli sui processi produttivi)²⁶⁹.

Queste considerazioni danno conferma di quanto già emerso in altri punti della trattazione: la necessità di trattare giuridicamente il rischio ha sconvolto la sequenza “azione-imputazione-sanzione” tipica della scienza giuridica moderna. Per essere chiamato a rispondere delle conseguenze delle proprie azioni, infatti, l’attore individuale deve poterne quantomeno prevedere l’evenienza; mentre nelle moderne società della tecnica, molti degli eventi dannosi si manifestano come il risultato di linee causali imponderabili per il “buon padre di famiglia”²⁷⁰. Da che, la necessità di abbandonare parzialmente il meccanismo tradizionale, incentrato sull’imperativo della “prudenza”, che lasciava la società scoperta di protezione rispetto a determinati rischi; e, al tempo stesso, l’esigenza di costruire un sistema nuovo, che realizzasse una migliore ripartizione dei costi in rapporto a una serie di eventi dal carattere “sociale”, ossia provocati dallo sviluppo stesso della società tecnologica. Il sistema giuridico moderno si connota, infatti, per la sua chiamata, da un lato, a prevenire i rischi e, dall’altro, a distribuire il costo sociale delle attività pericolose che impegnano l’uomo moderno.

Per realizzare l’obiettivo in parola non è bastato l’indebolimento del principio di imputabilità per colpa a favore di sistemi settoriali di responsabilità oggettiva, ma si è reso assolutamente necessario anche l’intervento (e l’efficace funzionamento) del sistema assicurativo, sinergico e complementare a quello della responsabilità²⁷¹. Il raggiungimento di un equilibrato bilanciamento tra i due modelli è fondamentale anche per evitare che si cerchi la supplenza del diritto penale per uno scopo – la compensazione del danno secondo logiche tipicamente civilistiche – che gli è estraneo.

Certo, la responsabilità civile (tanto oggettiva quanto fondata sulla colpa) non è adatta alla tutela di valori non patrimoniali, indubbiamente centrali nel campo degli incidenti (tutela della vita, dell’integrità fisica e della salute), a proteggere i quali,

²⁶⁹ Lo evidenzia RODOTÀ S., *Il ruolo della colpa*, cit., p. 6 s.

²⁷⁰ Fa queste considerazioni CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 50 ss., spec. p. 51. Sul punto anche EWALD F., *Philosophie de la précaution*, cit., 1996, p. 388 ss. spec. p. 390 s. KRIER J., *Risk and the Legal System*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 545, 1996, p. 180 s.

²⁷¹ LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, cit., p. 137, nonché CAMPESI G., *Governare il futuro*, cit., p. 51.

infatti, provvedono sia il codice penale, sia le discipline normative di settore che prescrivono misure di prevenzione e controlli amministrativi circa loro effettiva implementazione. È anche vero, però, che questi strumenti di prevenzione non vanificano l'utilità della responsabilità civile: le norme incriminatrici penali, infatti, possono (*rectius*, devono) interessare solo le “colpe” più certe, più gravi, più sintomatiche di comportamenti anti-sociali, espressivi di un totale disinteresse per la salvaguardia della sfera giuridica altrui; le prescrizioni legislative o amministrative di misure di sicurezza, invece, sono per natura limitate, perché è impensabile poter prevedere, intimare e controllare tutto il necessario, in ogni ambito dell'azione umana²⁷².

Da ciò l'occorrenza di un sistema generale, universale, com'è quello della responsabilità civile, che assicuri la compensazione, da un lato, di tutti quei danni ascrivibili alla negligenza individuale, cioè riconducibili a rischi socialmente ingiustificati perché prevedibili ed evitabili dal c.d. buon padre di famiglia, quindi in base ad un criterio di “normalità” sociale; e, dall'altro, dei danni il cui costo sia ascrivibile a determinati soggetti in base ai vigenti criteri oggettivi (ad. es. perché con le loro decisioni possono dominarli, perché ricavano un vantaggio dall'esercizio dell'attività rischiosa ecc.). Alla funzione di compensazione sociale del danno, inoltre, contribuiscono anche i sistemi di assicurazione obbligatoria, che si sono sviluppati proprio allo scopo di contemperare, nel campo di attività socialmente indispensabili ma intrinsecamente pericolose, gli interessi dei soggetti “produttori” di rischio, con quelli delle potenziali vittime ad essere risarcite.

In conclusione, la ricerca di una nuova razionalità del sistema della responsabilità civile, nel suo (a volte inscindibile) binomio con il sistema *lato sensu* assicurativo, è più che mai necessaria, in una prospettiva non solo interna al diritto privato ma che va ben oltre, fino a coinvolgere il settore pubblicistico: da questa sinergia, infatti, finiscono per dipendere anche la razionalità, la coerenza applicativa, nonché il rispetto delle peculiarità, proprie del sistema punitivo penale. L'ultima parte della ricerca ne darà ulteriore conferma.

²⁷² TRIMARCHI P., *Relazioni di sintesi*, in *Atti dell'incontro di studi su “Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile”* (Pisa, Scuola Normale Superiore, 11 marzo 1977), in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 764 s.

CAPITOLO III

RISCHIO E COLPA PENALE

SOMMARIO: 1. Rischio e illecito penale: una breve premessa. – 2. La colpa penale quale settore privilegiato di analisi. – 3. La colpa tra passato, presente e futuro. – 3.1. Dovere di diligenza e colpa del fatto tipico. – 3.2. La colpa come violazione della regola cautelare: punti fermi e sfide irrisolte. – 4. Il problema delle fonti tra genesi, giuridicizzazione e individuazione delle cautele doverose. – 5. L'alternativa tra concezione socio-prasseologica e concezione deontico-normativa della colpa generica. – 6. Le ragioni della positivizzazione: benefici e presupposti di fondo. – 7. Rischio, pericolo e regola cautelare: alcuni rilievi conclusivi.

1. RISCHIO E ILLECITO PENALE: UNA BREVE PREMESSA

L'irrompere del rischio come categoria moderna – affiancatasi, senza sostituirla, a quella tradizionale del pericolo – ha impattato considerevolmente anche l'impianto dell'illecito penale. Si tratta di una conseguenza quasi obbligata: rispecchiando i caratteri dell'ambiente sociale del quale costituisce un ineliminabile sostegno, il diritto penale di una società sempre più connotata per il rischio che crea, non poteva non trovarsi in qualche modo condizionato dal medesimo carattere¹.

La crescente attenzione prestata alla tematica del rischio sul versante penale, infatti, è anch'essa il riflesso delle profonde trasformazioni sociali che hanno valso alla società “post-moderna” la denominazione di “*Risikogesellschaft*”: una “seconda modernità”, si è detto, che prende le mosse da un contesto logico-epistemologico rinnovato; contrassegnato dallo sviluppo impressionante del progresso tecnico-scientifico ma, al tempo stesso, da un aumento dell'incertezza conoscitiva; dalla moltiplicazione di attività rischiose diffuse ben oltre le ristrette cerchie degli operatori scientifici (se non addirittura appannaggio della generalità dei consociati) – quindi da una dilatazione della sfera di rischio da dominare, in termini sia di gravità che di

¹ Per approfondimenti sul punto cfr. MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, *passim*; ID., *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova University Press, 2016, pp. 135-146.

estensione dei potenziali effetti dannosi – ma, insieme, dagli evidenti limiti della tecnica ad apprestare adeguate contromisure contenitive, soprattutto se ritagliate sulle capacità di azione del singolo.

In relazione al mutato contesto sociale, il dibattito dottrinario si è polarizzato sull'opportunità di rivisitare, “flessibilizzandole” alla luce della c.d. logica del rischio, alcune delle categorie più classiche dell'illecito penale – non a caso definite il vero e proprio «cuore dogmatico» del reato – e, in stretta connessione, sui caratteri distintivi (se esistenti) del rischio rispetto al pericolo²; in particolare, si è insinuata l'idea che, a differenza del concetto tradizionale di pericolo, il rischio vada inteso quale fattore ad esso antecedente, ancora privo di univocità rispetto alla lesione, che (opportunamente gestito) non porta immancabilmente alla medesima.

Rimandando al proseguo l'approfondimento del rapporto tra i concetti di rischio e pericolo che, lungi dall'essere una questione puramente definitoria, coinvolge valutazioni sociali complesse (v. *infra* in questo Cap., § 7), merita soffermarsi preliminarmente sulla penetrazione della nozione di rischio all'interno della struttura del reato.

Sviluppata sullo sfondo della più generale contrapposizione tra “diritto penale classico” e “moderno”, la riflessione sul ruolo del rischio all'interno dell'illecito penale copre temi potenzialmente molto ampi; ad essere chiamata in causa, infatti, non è unicamente la fisionomia di “dogmi” quali la causalità, la colpa e la condotta omissiva, ma finiscono per essere coinvolti, praticamente “in blocco”, tutti i principi/caratteri essenziali in cui si declina – per esigenze “costituzionali” e garantistiche – il paradigma criminoso: tipicità, materialità-offensività del fatto e colpevolezza.

È evidente, infatti, che di fronte ai “nuovi grandi rischi” dalle cause non univocamente decifrabili denunciati da Beck, rischi strutturalmente legati all'assetto economico-sociale assunto dalle moderne società globalizzate (più che all'azione

² Si riferisce alla causalità e alla colpa come al “cuore dogmatico del reato” Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 137. Sulla flessibilizzazione delle categorie del modello “ortodosso” di diritto penale, *ex multis*, PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1474 ss.; PERIN A., *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, pp. 1371-1409.

puntuale dell'uomo), il c.d. “*idealtipo* classico” di diritto penale si è trovato assai limitato a fornire una risposta adeguata alle crescenti istanze di tutela: non solo perché si tratta di un modello di diritto “conservativo”, che non presta una prevenzione generalizzata “a tutto campo”, ma funge da presidio agli assetti sociali consolidati, a una stabilità acquisita dalla collettività, e che reagisce, all'ultimo stadio (*extrema ratio*), ad aggressioni al “sistema delle libertà” già precedentemente astratte (tipicità *ex ante* del fatto giuridico). Non solo, quindi, perché poggiando sul principio di offensività, questa concezione è ostile ad arretramenti di tutela ulteriori rispetto alla soglia pericolo concerto; o, ancora, perché di fronte alla necessità di ricostruire i decorsi eziologici di avvenimenti complessi e (almeno in parte) ignoti, lo scientismo del metodo di spiegazione causale corrispondente al modello della “sussunzione sotto leggi scientifiche”, ha rivelato immediatamente i propri limiti; ma soprattutto (per quanto qui più interessa) perché risiede su un'elaborazione del dovere di diligenza che – mutuata dall'archetipo civilistico – è ancora essenzialmente modulata sulla dominabilità degli eventi da parte del singolo, quindi sulle capacità predittive e reattive, “ontologicamente” circoscritte, dell'individuo che intraprende una determinata attività³. Modello, questo, poco confacente al cospetto di fenomeni dannosi che spesso non sono più il portato di un unico fattore – la colpa individuale – ma il risultato culminante di una di una catena di elementi (di matrice sia naturale, sia organizzativa, sia umana), il cui anello finale consiste sì in un apporto *puntiforme* dell'uomo, che però non esprime necessariamente il coefficiente di appartenenza maggiore. Detto altrimenti, il disvalore espresso dall'azione individuale può risultare sproporzionato (in difetto) rispetto all'entità e alle caratteristiche dell'episodio complessivo. Non solo, salvo manipolare la componente deontica della colpa fino a farla scivolare in una dimensione valutativa cedevole, diventa perfino difficile imputare il fatto criminoso all'autore; in ogni caso è lecito dubitare che si tratti di un'imputazione realmente “personalistica”. D'altro canto, nemmeno è sufficiente puntare su una strategia di prevenzione basata sulla gestione individuale del rischio, parametrata sulle azioni (diligenti) dei singoli operatori.

L'inadeguatezza del modello “ortodosso” a rispondere alle istanze di solidarietà

³ In argomento, tra i tanti, PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca, Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, fasc. 4, p. 1226 ss.

sociale tipiche della società del rischio, allora, parrebbe assumere un carattere strutturale, quasi “ontologico” – legato alla vigenza di alcuni principi fondamentali che la “logica del rischio” pretenderebbe invece di “destrutturare” – suscettibile di risolversi, in ultimo, un’ “inadeguatezza-inefficacia” tanto in termini di funzionalità della pena (in ottica sia di deterrenza che di rieducazione), quanto in termini di misura della stessa; misura che potrebbe risultare in effetti sovradimensionata rispetto al contributo del soggetto sulla cui “carne” si andrebbe a riversare⁴.

Queste, tra le altre note dominanti dell’archetipo tradizionale, danno ragione dell’avvio, a partire della seconda metà del secolo scorso, di un processo di transizione profonda che, coinvolgendo (con reazioni diverse) tutti e tre i formanti culturali (legislatore, dottrina e giurisprudenza), è culminato nella “liquefazione” di alcuni dogmi basilari della concezione “classica” del diritto penale e, quindi, nella modellizzazione – tuttora in atto sotto i nostri occhi – di un contrapposto “idealtipo moderno”, una cifra dominante del quale starebbe proprio nell’aver il proprio fulcro di azione nel rischio; la sua finalità, quella di assicurare una copertura difensiva “universale”, una prevenzione “a tutto campo” dello stesso, che non di rado rischia però di tradursi in una smaterializzazione del disvalore penale, sacrificato sull’altare della (apparente) maggior sicurezza.

Considerata la centralità assunta dal concetto di rischio all’interno della suddetta dicotomia, non stupisce che la teorizzazione di una dogmatica penale “postmoderna” sia risultata nell’affermazione del controverso paradigma del “diritto penale del rischio” (a volte contrapposto a quello del “diritto penale di evento”): formula incisiva, ma euristicamente limitata nella sua ambiguità, che ambisce appunto a condensare i plurimi punti di collegamento tra i due evocati elementi (rischio e diritto penale)⁵. L’incapacità del modello a raffigurare tratti caratterizzanti univoci si radica

⁴ Mette in evidenza la possibilità che si verifichi una «macroscopica differenza di scala» tra il contributo (minimo) del singolo e il “fatto”, il disvalore del quale è considerato complessivamente dalla collettività ma valutato e retribuito rispetto alla singola persona fisica da parte del sistema penale, PERINI C., *Rischio tecnologico e responsabilità penale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2002, fasc. 3-4, p. 403.

⁵ La definisce una «formula icastica» MILITELLO V., *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in *Processo alla scienza*, cit., p. 135 ss. In argomento v., approfonditamente, PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit., *passim*; nonché, tra i tanti, HERZOG F., *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, a cura di STORTONI L.-FOFFANI L., Milano, Giuffrè, 2004, p. 357 ss., spec. p. 359 s. e, per una ricostruzione delle diverse ricostruzioni dogmatiche del paradigma in esame, PRITTWITZ C., *Società del rischio e diritto penale*, *ibidem*, p. 373 ss.

nel suo multiforme utilizzo: da un lato, per identificare un diritto penale che, aprendosi al dialogo con il rischio di cui è portatore l'ambiente sociale, accoglie le esigenze di tutela della "società del rischio"; dall'altro e parallelamente, per indicare il nuovo volto assunto dal diritto penale in risposta alla penetrazione del concetto di rischio nella struttura del reato, nel suo sforzo di adeguamento alle istanze del nuovo panorama sociologico: in questo senso il termine rischio contenuto nell'etichetta si spoglia della propria connotazione (originariamente) sociologica per assumere una valenza prettamente giuridica⁶. Questa duplicità di prospettive si riduce, in ultima analisi, nell'interrogativo se il "diritto penale del rischio" mantenga, o meno, uno statuto identitario analogo a quello precedente: ovvero se, nonostante le sue eccentricità, si ponga come sviluppo fisiologico della disciplina penale al cospetto del contesto macrosociologico attuale, o se non esprima piuttosto una (più o meno) radicale discontinuità nell'evoluzione della stessa.

La questione, che già è delle più complesse, viene ulteriormente complicata, da un lato, a causa dell'ambiguità del termine rischio – l'analisi svolta lo ha infatti dimostrato privo di tratti caratterizzanti univoci – dall'altro e soprattutto, per la pluralità di prospettive da cui la dottrina ha affrontato la questione.

È in parte già emerso, infatti, che le analisi attorno alla valorizzazione in chiave penalistica del *topos* della "società del rischio" – pur partendo dalla comune constatazione delle distorsioni indotte nel diritto penale dall'essersi tramutato *nel* sistema addetto alla minimizzazione dei rischi tipici di tale ambientazione – abbiano affrontato il tema da una duplicità di prospettive: in una c.d. ermeneutica (rilevanza anche detta "dogmatica" del rischio) e in una c.d. incriminatrice (o rilevanza "politico-criminale" del rischio)⁷.

In entrambi i casi il rischio è studiato come nozione propria del diritto penale, tuttavia, mentre la chiave di lettura c.d. ermeneutica lo tratta come un fattore

⁶ PERINI C., *La legislazione penale tra diritto penale dell'evento e diritto penale del rischio*, in *La legislazione penale*, 2012, fasc. 1, p. 117 ss., spec. p. 121; ID., *Adattamento e differenziazione*, cit., p. 455 ss., nonché ORSINA A., *Rischio da incertezza scientifica*, cit., p. 4 ss., spec. p. 5 nota n. 11.

⁷ Per approfondimenti sul tema v. PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit. p. 45 ss., ID., *La legislazione penale*, cit. p. 117 ss.; ID., *Adattamento e differenziazione*, cit., p. 469 ss. Introduce la biforcazione tra rilevanza dogmatica e politico-criminale MILITELLO V., *Diritto penale del rischio*, cit., p. 135 s., chiavi di lettura, queste, alle quali vengono abbinate due distinte formule identificative, "riassuntive" della filosofia di fondo: rispettivamente, il motto del "rischio *nel* diritto penale" per la prima e quello del "diritto penale *del* rischio" propriamente detto per la seconda.

d'interpretazione della disposizione, in prospettiva c.d. incriminatrice opera come *ratio* di una legislazione marcatamente preventiva e, in taluni casi, come elemento costitutivo della fattispecie penale.

Evidenti, allora, sono riflessi della contrapposizione sul versante dei modelli di incriminazione: in veste di criterio ermeneutico, il rischio assume rilievo nel quadro dei reati d'evento, di danno o, tutt'al più, di pericolo concreto (tipi propri del c.d. diritto penale di evento). In chiave politico-criminale, tanto come criterio di politica legislativa quanto in veste elemento essenziale della fattispecie, viene invece associato al reato di pericolo astratto (o meglio "non concreto", espressione atta a ricomprendere la totalità modelli di "tutela anticipata" teorizzati in dottrina: astratto, presunto ecc.). Detto altrimenti, gli approcci politico-criminali di questo tipo analizzano il ruolo giocato dal rischio quale fondamento della responsabilità penale secondo un modello che si dissocia dall'illecito costruito su una offesa di lesione (sia essa di danno o di pericolo concreto) rispetto a singoli beni dominabili da un unico individuo per mezzo di rapporti causa-effetto⁸.

A ben vedere, però, nonostante l'antinomia "radicale" tra le due prospettive, non sembra possibile analizzare l'una senza l'altra: non a caso, la dottrina ha da tempo rilevato anche la correlazione – tanto stretta da divenire *complementarietà* – tra la valorizzazione del rischio quale fattore interpretativo "destrutturante", "flessibilizzante" o perfino "fluidificante" (come "liquida" è la società che lo produce) e la sua rilevanza (desiderabile per taluno) quale asse portante di una disciplina volta a realizzare una complessiva anticipazione di tutela.

A complicare il quadro è stata inoltre enucleata, in parallelo alla summenzionata duplicità di prospettive, una ulteriore linea di demarcazione: quella tra indirizzo interpretativo c.d. endosistemico e indirizzo c.d. esosistemico⁹.

Guardando allo sviluppo (anche dal punto di vista storico) della riflessione in parola, infatti, essa si è inizialmente polarizzata su un'accezione del rischio come "tema interno" al diritto penale, il cui chiaro obiettivo consiste nell'assegnare a questo costruito dogmatico una sistemazione specifica all'interno della teoria del reato (c.d.

⁸ Così MILITELLO V., *Diritto penale del rischio*, cit., p. 135 ss.

⁹ Sulla distinzione v. PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit., p. 5 ss., *passim*. ID., *La legislazione penale*, cit. p. 119 ss.

ottica endosistemica); evidenti, allora, sono i nessi di questo indirizzo con la chiave di lettura definita “ermeneutica” e con il modello d’incriminazione da essa prediletto (reato di evento forma libera).

In questa prospettiva “dogmatica”, i punti di emersione del rischio sono molteplici: dapprima, il concetto si è insinuato (nelle vesti della c.d. teoria dell’aumento del rischio e del c.d. rischio socialmente adeguato) all’interno dei paradigmi consolidati della causalità, i cui modelli nomologici dominanti si proponeva non solo di integrare, ma perfino di sostituire (facendo subentrare, al posto della “certezza” nomologico-deduttiva dell’evento ridescritto, una “verosimiglianza” meramente congetturale della condotta quale causa di un “rischio di lesione”)¹⁰; esso deve tuttavia la sua notorietà all’elaborazione dogmatica della *objektive Zurechnungslehre* (teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento) della quale costituisce il cardine ermeneutico fondamentale¹¹; da criterio normativo volto a restringere la causalità naturalistica allo scopo di impedire l’ascrizione di decorsi c.d. atipici o eccezionali, il rischio viene ora elevato a criterio generale di imputazione della responsabilità, ed è funzionale alla “riduzione teleologica” della previsione incriminatrice¹²: l’obiettivo è assicurare che venga ascritto alla condotta solo quell’evento che, a posteriori, rappresenta la consona evoluzione del rischio illecito da essa creato (posto che rientra nello “scopo della norma” violata).

L’intendimento di fondo rimane il medesimo: garantire che la responsabilità venga riconosciuta solo in relazione ad eventi che sono “davvero *opera dell’agente*”,

¹⁰ Per questa ricostruzione v. PALIERO C. E., *L’autunno del patriarca*, cit., p. 1229 s. La tesi dell’aumento del rischio deve la sua notorietà ad un lavoro di Claus Roxin incentrato sui reati colposi, in particolare sul nesso normativo tra comportamento antidoveroso ed evento offensivo (ROXIN K., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, p. 411 ss., p. 431 ss.). Sul punto, PERIN A., *L’imputazione oggettiva dell’evento per omissione impropria. Argomenti a favore della “diminuzione di chances”*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2018, fasc. 2, p. 1 ss.

¹¹ PALIERO C. E., *L’autunno del patriarca*, cit., p. 1229 s. Sulla teoria dell’imputazione oggettiva, i contributi sono sterminati, tra i tanti, nella nostra dottrina v. già MARINUCCI G., *Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’imputazione oggettiva dell’evento e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.; DONINI M., *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006, *passim.*, spec. p. 19 ss. e p. 37 ss., e che tuttavia colloca la categoria dell’imputazione oggettiva “al di là” del dolo e della colpa, ritenendola afferente al principio di responsabilità per “fatto proprio”, prima ancora che doloso o colposo.

¹² Non a caso, l’elemento fondante della teoria dell’imputazione oggettiva è che dolo e colpa siano legati da un’univoca base di rischio v. FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 378 ss.; DONINI M., *Imputazione oggettiva dell’evento*, cit., p. 55 ss., p. 93 ss.; GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 255 ss.

non mera conseguenza causale della sua azione; da che, oltre al nesso causale tra condotta ed evento, la suddetta teoria richiede che l'agente abbia creato un pericolo "giuridicamente riprovato" (*id est*, un rischio illecito, *non* consentito dall'ordinamento e riconoscibile dall'agente), che si sia poi "realizzato" nell'evento tipico; privilegiata dal filone di analisi "endosistemico" resta, appunto, la struttura del reato di evento, in particolare colposo.

Non a caso, nella letteratura penalistica italiana – buona parte della quale si è mostrata critica nei confronti dell'impostazione seguita Oltralpe – l'esame del criterio normativo di imputazione viene preferibilmente inquadrato all'interno della questione della "concretizzazione del rischio" nei reati colposi di evento (c.d. nesso di rischio o "criterio di copertura del rischio tipico) e nell'ambito della problematica della "causalità della colpa" (afferente all'accertamento del "comportamento alternativo lecito")¹³.

Per altro verso, sempre sul terreno dell'illecito colposo (in particolare della tipicità) insiste un'altra delle principali accezioni del termine rischio declinate in prospettiva "endosistemica": il riferimento va alla nozione di "rischio consentito", formula afferente al gruppo delle attività "pericolose, ma socialmente utili", che raccoglie in sé tutte quelle ipotesi in cui la responsabilità penale viene esclusa nonostante la presenza di condotte lesive; in quest'ottica, il criterio del "rischio consentito" serve a esprimere un insieme di condotte da considerare "lecite" perché permesse in via generale dall'ordinamento a seguito di un complesso bilanciamento di interessi, e quindi a indicare che la "diligenza doverosa è stata rispettata"¹⁴.

In questo senso, è possibile parlare di una "duplicità" di ruoli rivestiti dal rischio all'intero della dogmatica della colpa: nel primo, il rischio rileva per esprimere la necessità che la realizzazione delle potenzialità offensive di un'attività sia

¹³ Tra i tanti v. GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 207 ss., in partic. p. 240 ss.; VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, p. 20 ss.; ID., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E.-PALIERO C. E., Milano, Giuffrè, 2006, p. 1970 ss., spec. p. 1973. Ritiene che la teoria dell'imputazione oggettiva sia un "mero duplicato" del nesso tra colpa e evento rischio nel nostro ordinamento, MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 65 ss.

¹⁴ Così PERINI C., *La legislazione penale*, cit. p. 120.

penalmente rimproverata solo a partire da un certo livello di rischio; infatti, posto che l'agire è in se stesso circondato da pericoli che, per quanto, ci si sforzi restano ineliminabili, un ordinamento che si spingesse a vitare in generale ogni attività che sia possibile fonte di offesa a beni meritevoli di tutela condannerebbe l'uomo all'immobilismo più radicale; in altri termini, ammesso che è la vita stessa a richiedere un certo rischio, in questa prospettiva il concetto manifesta la necessità di un bilanciamento tra prevenzione e libertà di azione; dal secondo punto di vista, invece, il rischio rileva una volta che l'evento lesivo si sia già verificato e manifesta la necessità che una condotta non sia "marchiata" come "illecita" per il solo fatto che ha cagionato l'evento tipico, ma unicamente quando l'evento concretizza *proprio* il rischio illecito creato dalla stessa¹⁵.

La più moderna impostazione "esosistemica" invece – da abbinare, questa, alla prospettiva "incriminatrice" – smette di concepire il rischio come costruzione dogmatica per intenderlo, invece, quale "fattore *pre- ed extra-giuridico*" di "adattamento" della disciplina penale, tratto dal conteso sociale di riferimento. Un fattore, con il quale deve necessariamente confrontarsi un diritto penale che accolga le "sfide della contemporaneità"¹⁶: guardato da questa prospettiva, il rilievo da accordare al rischio cesserebbe di essere "originario" (dunque sostanzialmente sovrapponibile al "pericolo") ma sarebbe piuttosto il risultato di una dialettica politico-criminale che opera al fine di adattare il sistema alle funzioni di controllo e garanzia peculiari del nuovo sfondo sociale; di talché, rispetto al pericolo, il rischio esprimerebbe una forma di intervento penale ulteriormente anticipata, venendo così a costituire la frontiera più esterna della copertura difensiva da esso apprestata.

La riflessione svolta costituisce la riprova di un elemento di fondamentale importanza: che il rischio – quindi anche il principio di *alterum non laedere* che ne rappresenta il contraltare— se per un verso dà la vita all'illecito, per altro verso si trova condizionato dalle forme degli istituti nei quali di volta in volta affiora; e, tra questi, a dispetto delle assonanze lessicali, corre una distanza talvolta profonda. Nel settore civile, infatti, la moderna nozione si è trovata a fare i conti con la struttura morbida e

¹⁵ MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 14 s.

¹⁶ Così PERINI C., *La legislazione penale*, cit. p. 119, nonché ORSINA A., *Rischio da incertezza scientifica*, cit., p. 7, nota n. 14.

flessibile (“*flow*”) dell’illecito aquiliano – ove ha trovato ospitalità tanto nella clausola generale *atipica* della diligenza, quanto all’interno delle ipotesi di responsabilità senza colpa delle quali è venuta a costituire la *ratio* fondamentale – ben diverso, invece, è il panorama che si dischiude sul versante dell’illecito penale.

Lo scenario, a dir poco antitetico, dà ragione delle ostilità dichiarate contro gli impulsi “disgreganti” del rischio: abbandonato il campo delle libertà, infatti, si entra in un regno di divieti e di precetti strutturalmente rigidi; la veste è quella più articolata del reato che, organizzato attorno alle due componenti essenziali dell’illecito e della colpevolezza, si confà a un sistema che nasce come “eccezionale” – chiamato ad operare solo sussidiariamente, come *extrema ratio* – e che tale deve rimanere. La sostanza del tipo di illecito (penale) non soltanto necessita di una forma capace di esprimerla – che sia tale da comunicare ai consociati i giudizi di valore sul rilievo dei beni giuridici¹⁷ – ma nel c.d. *Tatbestand* formale trova anche un limite dalla *ratio* intimamente garantistica. Lampanti, quindi, le differenze rispetto alla forma di responsabilità per danno ingiusto che, animata da ragioni essenzialmente reintegrative, sfugge alle strette maglie del principio di tipicità-frammentarietà, né postula l’accertamento di una colpevolezza soggettiva ai fini dell’ascrizione del danno¹⁸.

Con ciò non si intende suggerire un’ideale ritirata del diritto penale dai territori più soggetti alle sfide poste dalla società del rischio, contesti per lo più associati all’esercizio attività “fisiologiche” sulle quali si regge la stessa organizzazione della collettività, ma insieme capaci di mettere a repentaglio beni giuridici di rilevanza primaria (quali la vita e l’incolumità). Al contrario: l’odierna società del rischio ne reclama la partecipazione alla disciplina delle attività pericolose, non solo (e non tanto) sotto il profilo economico (per il quale potrebbe in effetti bastare il civile), ma anche e soprattutto sotto il profilo della sicurezza sociale e della tranquillità psicologica che non può fare a meno della “componente simbolica” caratteristica della repressione penale. Perciò, anche lo strumento punitivo penale è chiamato a fare la sua parte all’interno del sistema complessivo e – quale pezzo finale (nel senso di sussidiario,

¹⁷ Così GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit. p. 157, nonché GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit. p. 33 ss. Sulla struttura dell’illecito penale, in particolare colposo v. *infra*.

¹⁸ Contrappone la tecnica di individuazione dell’illecito penale, che avviene per “tipi criminosi”, al principio di atipicità dell’illecito civile PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ediz., Torino, Giappichelli, 2018, p. 79 s.

come “*ultima ratio*”) di un *puzzle* complesso – a contribuire a quella “copertura assicurativa” che lo Stato è chiamato a fornire a vario livello in un ambiente sempre più caratterizzato dall’insicurezza e dal rischio¹⁹.

Deve però trattarsi di un utilizzo conforme alla natura (comunque conservativa) e alle funzioni dell'ordinamento penale, tale da non ne disarticolarne la struttura di fondo: che è quella di un diritto chiamato a intervenire *ex post* (mentre gli strumenti di protezione devono essere *in primis* preventivi) certamente animato da una funzione general-preventiva insostituibile, ma senza alcuna pretesa di educare attraverso la minaccia della pena²⁰. Un diritto, inoltre, che di fronte a fenomeni di portata “sistemica”, contrassegnati da incertezza scientifica, da relazioni causali cumulative e multifattoriali, è una pistola scarica: perché interessato a imputare responsabilità individuali, personali, sulla base di relazioni causali “lineari”²¹.

Dall’altra parte, anche se le categorie dogmatiche del diritto penale sono spesso riluttanti ad adattarsi alle nuove esigenze di tutela, nemmeno pare possibile restare ancorati a un diritto penale chiamato a regolare una realtà sociale ben diversa da quella che si è delineata negli ultimi decenni. L’irrompere della scienza e della tecnologia, con i relativi costi e benefici, non può essere fronteggiato con gli stessi strumenti che operavano nel passato e le categorie penalistiche devono essere adattate al nuovo panorama sociale per il semplice fatto che la dogmatica penale non è mai (e nemmeno dovrebbe esserlo) indipendente dalla realtà sociale. Le sue categorie – sebbene abbiano per definizione l’ambizione di fornire schemi stabili, metastorici, che oppongono resistenza al nuovo sociale – sono però necessariamente “funzionali” alle esigenze di disciplina penale delle attività umane svolte nella società²². Non solo, accanto a (o al posto di) adattamenti c.d. intrasistemici (*interni* al sistema penale, che incidono sulle sue categorie dogmatiche) può essere opportuno adottare soluzioni c.d.

¹⁹ Così PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 137.

²⁰ Lo evidenzia BLAIOTTA R., *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse, Intervento all'incontro “Chi valuta, chi decide, chi giudica”*, organizzato presso il Dipartimento della Protezione civile a Roma il 14 ottobre 2011, 20 gennaio 2012.

²¹ Sul punto v. ASTORINA MARINO P., *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, a cura di FORTI G., Milano, Vita e Pensiero, 2020, p. 114 ss., spec. p. 122.

²² Così PALAZZO F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche e evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 3, p. 1229 ss.

extrasistematiche (volte a soddisfare le esigenze poste dai mutamenti sociali *fuori* dal diritto penale).

Indipendentemente dalla posizione che si ritenga assumere nel dibattito sulla configurabilità (o meno) di una dogmatica propriamente “postmoderna” (di rottura), ma posto che il confronto con la complessità tipica del nostro tempo ha già innescato un processo espansivo, di diversificazione e di articolazione maggiore delle categorie del diritto penale, l’attenzione verrà focalizzata sui rapporti intessuti dal rischio con il concetto di colpa penale, in particolare sul versante del disvalore di azione. Se è vero, infatti, che quella di rischio è una nozione “frammentata” – che rileva, con una pluralità di ruoli e significati, in vari “luoghi” della teoria del reato, e ben oltre la più risalente accezione di *erlaubtes Risiko* – il settore della responsabilità per colpa resta il fulcro di maggiore interesse.

La digressione, necessariamente schematica, sugli studi relativi alla funzione del rischio nel diritto penale lo ha reso evidente riconfermando lo stretto legame tra la crescente attenzione rivolta al concetto e il contesto macrosociologico di riferimento, ovvero il *topos* della “società del rischio”; tra le tante caratteristiche della stessa, quella che più delle altre entra in tensione con le categorie penalistiche tradizionali si è nuovamente dimostrata essere la presenza di attività *rischiose* per i beni più fondamentali della persona (vita, incolumità fisica, salute), ma al contempo *utili o indispensabili socialmente*; attività che per l’appunto costituiscono il terreno elettivo vero e proprio della responsabilità penale colposa e che, negli anni più recenti, ne hanno reso la fisionomia dogmatica molto più complessa.

Non solo, proprio la c.d. insicurezza collettiva che ne caratterizza l’ambientazione, la espone (più delle altre) al rischio di perniciose manipolazioni: detta insicurezza, infatti, determina un fortissimo bisogno (anche “emotivo”) di protezione e, generando atteggiamenti psicologici di negazione, si risolve spesso nella spasmodica ricerca di un capro espiatorio al fine esorcizzare tanto la paura dell’ignoto, quanto quella di un rischio che appare incontenibile. Va tenuto ben presente, infatti, che l’elaborazione stessa della categoria della responsabilità – quale meccanismo atto a imputare il “male” temuto a un soggetto “responsabile” – nasconde in effetti un irresistibile rito sacrificale, di espiazione. È vero che la civiltà giuridica si assume, da sempre, il compito porre un freno al bisogno inconscio del “capro espiatorio”,

proponendosi di modulare la responsabilità sul potere *reale* dell'uomo di governare ed evitare il male; tuttavia, il radicamento della responsabilità colposa al rischio insito nelle c.d. attività sociali ne fa una categoria “eletta” a nutrire l'illusione che l'uomo possa “tenere a bada” ogni pericolo, rendendola perciò più facilmente preda delle logiche “sacrificali”.

In effetti – mantenendo una prospettiva dogmatica (c.d. esosistemica) e guardando al modo in cui il moderno concetto di rischio ha “dialogato” con la teoria della colpa penale – si ha come l'impressione che il penalista abbia continuato a leggere il rischio secondo l'approccio sociologico c.d. realista-razionalista sviluppatosi nel clima di fiducia caratteristico della prima industrializzazione. Questo, lo si è visto, tendeva a ricondurre sotto il dominio del raziocinio e della scienza umane ciò che prima si avvertiva essere il prodotto inspiegabile del fato e, conseguentemente, anche a leggere le conseguenze avverse come risultati di azioni o decisioni interamente controllabili dall'uomo “calcolatore”.

Trattasi di una visione d'impronta “quantitativa” che, considerandolo un “costo calcolabile” di ciascuna “azione pianificata”, riduce il rischio a un fenomeno puramente fisico-naturalistico. Ritenendo che ogni decisione umana – ciascuna delle quali comporta appunto un determinato coefficiente di rischio – sia sempre “matematicamente” soppesabile in maniera tale da individuare la “scelta migliore”, ripoggia anche su un tipo di attore-modello irrealistico nella sua infallibilità. Da che, l'utopia di un controllo dell'imprevisto che si assolutizza e la tendenza a strumentalizzare il concetto ai fini della colpevolizzazione individuale: tutto diventa astrattamente prevedibile e fronteggiabile dall'uomo previdente e prudente, che fa buon uso dei ritrovati cautelari a lui resi disponibili del progresso.

Detto altrimenti, a un concetto di rischio si inteso fa da *pendant* un modello di diligenza “predittivo”, che ricava il dovere di evitare l'evento dalla prevedibilità (e dalla dominabilità) del rischio (naturalistico) secondo l'agente modello: un prototipo di uomo detentore della totale maestria del rischio, che mantiene sempre il pieno controllo dell'ambiente circostante.

Va da sé che la realizzazione stessa del rischio in evento dannoso venga, quasi meccanicamente, ricondotta al malgoverno individuare del coefficiente in parola, ovvero a un condotta, per qualche aspetto scarsamente diligente, del singolo soggetto

variamente implicato: o perché abbia contribuito ad attivarlo, mentre doveva comportarsi in maniera più accorta e meno pericolosa (altrimenti era meglio che si astenesse dal tenere la condotta stessa), o perché gli era richiesto di dominarne lo sviluppo e, evidentemente, non è stato sufficientemente abile a scorgerne l'insorgenza o ad impedirne la successiva degenerazione.

Nonostante l'approccio in parola abbia mostrato chiari limiti al cospetto delle fenomenologie di rischio caratteristiche del tempo moderno – rischi immanenti alla società, quale prodotto ineliminabile, sistemico, di attività altrimenti vantaggiose o indispensabili – gli esiti spesso drammatici della loro dirompenza si sono tradotti in atteggiamenti emotivi “negazionisti”, che li vorrebbero sempre riconducibili alla colpa (*id est* alla insufficiente diligenza) di qualcuno.

Trasferendo questa visione delle cose in ambito penale, non si fatica a scorgerne le implicazioni sul versante del dovere di diligenza individuale: parametrato al modello di condotta impersonificato dal suddetto attore razionale, intriso di psicologismo predittivo, questo viene inevitabilmente innalzato a dismisura e chiamato a perseguire obiettivi salvifici. Un approccio unicamente “scientista” al concetto di rischio, infatti, riducendolo a un coefficiente “naturalistico” di offensività calcolabile (dunque qualitativamente indistinguibile dal “pericolo”), lascia invece nell'ombra l'aspetto politico-valutativo da esso implicato e finisce per dar vita a un modello di responsabilità colposa dalla funzione essenzialmente retributiva, che strumentalizza il singolo nella prospettiva della assicurazione collettiva. L'idea di fondo è che, con l'ausilio della scienza, il singolo possa sempre rinvenire una qualche cautela atta dominare il pericolo e, correlativamente, che le conseguenze non volute siano sempre accollabili a qualcuno.

All'opposto, le teorie sociologiche successive (c.d. costruttivistiche) hanno svelato l'infertilità di una visione basata sull'alternativa rischio/sicurezza assoluta, questa intesa come una situazione a rischio “zero” perseguibile attraverso comportamenti cautelativi (precauzionali finanche astensionistici). Lungi dal ridursi a una formula puramente probabilistica, queste hanno ritenuto che il rischio possa essere letto, conosciuto, gestito solo in relazione a un certo sistema di valori.

Quello del rischio si tramuta in un problema anzitutto socio-istituzionale, che rimanda alla rispetta “socialmente strutturata” che la società dà al pericolo:

smascherandone la fonte sociale, anche “sistemica”, questi diversi approcci hanno, da un lato, confermato la non assoluta neutralizzabilità del rischio da parte del singolo individuo, quindi i limiti dell’approccio “sacrificale” proprio della “*blame culture*”; e, dall’altro, hanno manifestato la necessità di soppesarne le conseguenze, di mettere in campo valutazioni sociali e delicati bilanciamenti di interessi onde stabilire quale sia la “misura del pericolo” che, come società, si accetta di correre e quale, invece, non sia più negoziabile con la libertà di azione, ma debba soccombere a favore delle esigenze tutela.

In pratica, queste analisi hanno svelato l’esistenza di un dovere di diligenza, non solo individuale, ma anche istituzionale; ciò a dire che a farsi carico del “rischio moderno” sia anzitutto l’organo pubblico: trattasi di rischi, infatti, non più semplicemente estirpabili prescrivendo al singolo di astenersi dal porre in essere l’azione pericolosa; non essendo più solamente legati al gesto individuale, questi evidenziano l’esistenza di una quota di rischio che non è mai del tutto eliminabile, se non “riavvolgendo” il nastro della storia e tornando a una realtà precedente all’avvento del macchinismo e dello sviluppo tecnologico. Nell’impossibilità di predicare l’astensione dall’attività medica, di impresa, dalla circolazione stradale o aeronautica, e trattandosi di un coefficiente di rischio insuscettibile di rimanere giuridicamente indifferente (perché foriero di conseguenza anche devastanti), questo reclama, invece, l’elaborazione di complesse strategie di gestione, comprensive di una fase di analisi e di stima del rischio, nonché di una fase di trattamento deputata alla formulazione delle cautele “normative”, espressive del coefficiente di rischio ritenuto socialmente accettabile. In breve: una presa in carico del rischio compartecipata e collettiva che lo faccia coesistere, bilanciandolo, con le pressanti esigenze di tutela e con gli altri interessi in gioco.

Da che – l’analisi che segue ne darà compiuta conferma – l’impellenza a trattare normativamente il rischio, quindi ad approfondire i rapporti intessuti dallo stesso con il suo contraltare più “tipico” sul versante della colpa penale: la regola cautelare, atta (ove possibile) a disinnescarlo o quantomeno ad arginarne il successivo sviluppo; spartiacque tra coefficienti “consentiti” in virtù dell’utilità dell’attività retrostante e coefficienti “vietati”, incontrattabili con il bene della sicurezza collettiva. Da queste premesse si comprende che, nell’ambito della dogmatica colposa, a dare

rilevanza giuridica a un certo tipo di rischio non è il suo essere in quanto tale, ciò a dire l'esistenza di un coefficiente di offesa qualsiasi poi sfociato in danno; diversamente, esso deriva il proprio statuto dalla regola (preventivo-cautelare) e con questa instaura un nesso che si proietta sul versante del disvalore di condotta e ne modula i contenuti.

2. LA COLPA PENALE QUALE SETTORE PRIVILEGIATO DI ANALISI

Al pari della storia del rischio, anche quella della colpa penale è una storia “moderna”; la circostanza, affatto casuale, non è nemmeno sorprendente se si considera che la vera “essenza” di questa categoria concettuale consiste nella pericolosità di una condotta finalisticamente orientata a un risultato – reputato indifferente, totalmente lecito o addirittura socialmente utile dall'ordinamento – diverso da quello realizzatosi “a causa” di *negligenza, imprudenza o imperizia*. Detto altrimenti, a differenza della pericolosità insita nella condotta dolosa, che è cercata dall'agente e da questi sapientemente orientata in vista della realizzazione di un risultato offensivo, quella colposa è una rischiosità “non” contenuta dall'osservanza di un comportamento prudenziale, in vista però della realizzazione di un risultato di per sé non riprovato dall'ordinamento. (es. il trasporto delle persone, la cura di un paziente, la produzione di un alimento ecc.)²³.

Va da sé che la necessità di imputare i fatti criminosi (anche) per colpa sia stata avvertita dalla società in un momento storico successivo rispetto all'esigenza di punire i fatti commessi volontariamente; è evidente, infatti, che rispetto all'elemento soggettivo “più primitivo” del dolo, il disvalore espresso dal fatto colposo, mancando d'intenzionalità, è indubbiamente più “fine” e impalpabile; la *ratio* della punibilità in questi casi, di minor immediatezza. Se infatti, nel caso del fatto doloso, la giustificazione della pena è lampante anche alle società giuridiche più rudimentali, essendo legata alla presenza di un nesso psichico fortissimo tra soggetto attivo ed evento realizzato, la ricostruzione dogmatica della colpa è complicata dalla

²³ Definisce in questi termini la vera “essenza” della colpa PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit. p. 273 ss., spec. 275 e 313.

combinazione tra una condotta certamente lesiva da un lato, e la mancanza di volontà del risultato complessivamente realizzato dall'altro. Perciò, l'imputazione dell'evento per colpa ha avuto bisogno di giustificazioni ulteriori per poter essere ospitata nel terreno del diritto penale, ovvero di una precisazione del proprio fondamento di legittimità, e mai senza sollevare acuti dibattiti.

Non solo, la colpa penale può dirsi una categoria “moderna” anche (e soprattutto) in virtù di un'altra circostanza: quella per cui il suo più dirompente sviluppo – in termini sia quantitativi che qualitativi – è avvenuto in parallelo all'evoluzione dell'attuale società c.d. della tecnica, ovvero, all'unisono con l'allargamento sempre più pervasivo della dimensione di pericolo che la caratterizza²⁴. In questo senso, si potrebbe perfino dire che la colpa – almeno per come la conosciamo oggi – costituisce uno degli *effetti collaterali* innescati dal processo d'industrializzazione economica, divenuti ancor più imponenti a seguito della svolta tecnologizzante assunta dallo stesso²⁵.

L'aspetto quantitativo del rilievo è da porre in relazione al costante aumento, da cinquant'anni a questa parte, della curva della criminalità colposa, mentre quella dolosa è rimasta pressoché invariata: di eccezionalità della colpa si è ormai soliti parlare solo in riferimento al dato normativo – ovvero alla tecnica legislativa prevista nel codice all'art. 42, comma, 2 per l'identificazione legale dell'elemento soggettivo – non certo per indicarne una marginalità rispetto al dolo.

Questo dato empirico si è poi riverberato sul novero delle fattispecie penali punite (anche) a titolo di colpa: guardando alle fattispecie “tradizionali” contenute nel codice, quelle colpose rappresentano la netta minoranza, che si tramuta però in assoluta maggioranza prendendo in considerazione le leggi complementari (c.d. *extra codicem*) di successiva emanazione, non a caso introduttive di fattispecie incriminatrici più connesse allo sviluppo tecnico-scientifico della società.

È evidente infatti, che nella realtà sociale precedente all'avvento del macchinismo e della motorizzazione di massa, il reato colposo poteva vantare di essere una «felice rarità» perché i pericoli connessi allo svolgimento delle attività “triviali”, quotidiane e per lo più coincidenti con l'esercizio di diritti di libertà, erano facilmente

²⁴ Parla di “modernità” della colpa PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit. p. 310 s.

²⁵ Così PIERGALLINI C., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2017, p. 222 ss.

riconoscibili, così come ben reperibili – all’interno del patrimonio di esperienza comune – erano gli accorgimenti da adottare per neutralizzarli. Il modello teorico di riferimento era dunque quello della colpa c.d. generica, che rimanda a un bacino di comportamenti prudenziali elaborati spontaneamente dal corpo sociale. Non solo, finché la colpa era deputata a regolare attività che vedevano l’impiego di “forze umane”, le conseguenze di piccole imprudenze, nella loro insignificanza, restavano penalmente irrilevanti²⁶. Il diritto penale, invece, si scomodava ad intervenire solo quando la (allora spesso macroscopica) negligenza si traduceva in un evento di lesione per beni fondamentali (vita, incolumità fisica).

Le cose cambiano radicalmente quando si passa a considerare lo scenario attuale: il combinarsi di forze umane con forze tecniche e naturali scatena una serie di pericoli “nuovi”, a fronte dai quali anche piccole disattenzioni possono provocare conseguenze drammatiche. Diversamente dalle attività c.d. comuni, poi, in questi contesti gli eventi dannosi sono almeno in astratto maggiormente prevedibili, ma sono spesso evitabili in misura minore, perché la tecnica può non avere ancora sviluppato efficaci strumenti preventivi. Inoltre, il tecnicismo di fondo che caratterizza le attività pericolose moderne ostacola la formazione di consuetudini cautelari, perché presuppone un bagaglio di conoscenze nomologiche e di saperi tecnici di cui il singolo e la stessa comunità non dispongono; peraltro, molti rischi restano in gran parte ignoti quanto a confini e fattori causali atti a causarne l’insorgenza. Infine, la casistica di riferimento coinvolge attività per la maggior parte molto utili alla società che sarebbe impensabile pensare di vietare in radice, mentre per contenerne la connaturale pericolosità si rende indispensabile l’intervento dell’autorità pubblica, che stabilisca una soglia di accettazione del rischio adeguata agli scopi di tutela. L’esigenza di fondo, quindi, è quella far ponderatamente coesistere la componente di rischio e l’agire utile: la ricerca di questo equilibrio è il principale scopo del dovere di diligenza al quale deve uniformarsi ciascun cittadino che decidere di intraprendere una data attività²⁷.

²⁶ Sul punto v. MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., p. 47 ss. Parla di «felice rarità dei retri colposi» ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 476.

²⁷ GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 152 s.

Del tutto comprensibile, allora, è l'aumento esponenziale degli illeciti colposi nella prassi: essendo una «forma di responsabilità per il non voluto, causato dal malgoverno del rischio», quella colposa nasce e si lega ad attività a base lecita. Per cui, la dirimpiente diffusione di attività di questo tipo, combinata all'elevato (insopprimibile) tasso di rischio che è loro connaturale e all'accresciuta complessità dei contesti di riferimento, non poteva che comportare l'aumento delle possibilità di rendersi autori di illeciti di questo tipo.

Sul versante qualitativo, invece, il riferimento al notevole sviluppo della responsabilità colposa sta a indicare il *revival* di interesse per l'istituto, che ha visto mutare il proprio volto tradizionale. Si tratta, in fondo, del naturale risvolto dell'aspetto quantitativo del fenomeno, quindi dei mutamenti macrosociologici di cui si è detto: lo stesso filone di studi attinenti al *topos* della “società del rischio” – al “tipo” di diritto penale di cui questa abbisogna e che ad essa sia associa – prende infatti le mosse da un bisogno di sicurezza (c.d. insicurezza collettiva) *peculiare* della suddetta ambientazione, che emerge soprattutto nei campi di tutela insistenti sull'area del c.d. “rischio consentito” e, quindi, ha una matrice criminologica fundamentalmente colposa²⁸.

In breve: se da «“Cenerentola”» che era, la colpa è diventata una “regina” indiscussa del diritto penale – un paradigma teorico tanto pervasivo da condizionare l'intera analisi del reato, nonché un importante strumento sia della pratica applicativa che della politica criminale – lo deve indubbiamente all'irruzione del rischio, qui inteso come contraltare di una serie di attività lecite, più o meno utili socialmente; quindi come potenziale di offesa in parte “auto-prodotto” dalla organizzazione sociale medesima nelle attività che quotidianamente (e ormai inevitabilmente) svolge²⁹. Da che, la necessità via via crescente delle società giuridiche di confezionare fattispecie colpose adeguate a controllare normativamente i nuovi fenomeni.

²⁸ PERINI C., *Adattamento e differenziazione*, cit., p. 457 ss., spec. p. 460.

²⁹ Ritiengono che «da “Cenerentola” del diritto penale», il reato colposo oggi offra un «magazzino di argomenti, categorie, modelli ermeneutici (...) comunque pervasi», che gli fanno assumere una «dimensione paradigmatica e un “peso” economico, culturale e sociale, molto consistenti», DONINI M.-ORLANDI R., *La parabola della colpa – Documento introduttivo*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bononia University Press, 2012, p. 11 ss., spec. p. 12 e 14.

Il passaggio, però, non è stato dei più facili: quella della colpa, infatti, è una storia dogmatica complessa, puntellata da incessanti dibattiti e da nodi mai risolti. Ripercorrerne schematicamente le tappe principali servirà a cogliere la distanza tra il paradigma della colpa ancora circolante negli anni '60-'70 e il volto “nuovo” impresso dall'irruzione del rischio, quindi a lumeggiare le perduranti criticità del paradigma “moderno”, distinguendo le “sfide della contemporaneità” che non hanno ancora trovato un'adeguata soluzione³⁰. La questione non è di poco conto: sono lontani i tempi in cui il diritto penale della colpa poteva dirsi mite e le sue sanzioni solo “simboliche” (susceptibili di sospensione condizionale), ed è importante che questa forma di responsabilità acquisti la fermezza che le è richiesta nel contesto sociale contemporaneo; all'aumento di severità, però, dovrebbe accompagnarsi anche un accrescimento in termini di stabilità e chiarezza regolativa.

Invece, nonostante gli sforzi e gli innegabili passi avanti compiuti, l'“iniezione di complessità” nella dogmatica della colpa non è stata in grado di eliminare tutta l'incertezza di questa nozione, di neutralizzarne fino in fondo la duttilità, quindi di risolverne le problematiche applicative; da che, con le parole di un magistrato autorevole, l'impressione di trovarsi al cospetto di un diritto penale “*appoggiato sulle sabbie mobili*”, piuttosto che sui consueti principi³¹.

3. LA COLPA TRA PASSATO, PRESENTE E FUTURO

L'inizio del processo di metamorfosi della colpa è segnato da una svolta epocale: l'abbandono delle concezioni psicologiche e la contestuale proclamazione della sua essenza normativa. In realtà, il dissidio tra queste due impostazioni di fondo (volontaristico-psicologica e normativa) – apparentemente sopito alla fine degli anni '60 – continua ancora oggi a caratterizzarne la storia, pur se in forme e con scopi

³⁰ Per una sintetica esposizione delle principali problematiche in campo v. STORTONI L., *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *L'Indice pen.*, 2016, fasc. 1, p. 9 ss. e in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova, Padua University Press, 2016, p. 51 ss. con il titolo “*Che ne è della colpa penale?*”.

³¹ BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 44.

diversi dal passato³². È la stessa definizione di colpa, infatti, a ruotare attorno a questi due elementi essenziali: la non volontà e la difformità dalle pretese dell'ordinamento. È certo, però, che agli albori della sua storia dogmatica l'attenzione veniva polarizzata interamente sul primo, l'involontarietà: cifra che segna il confine con la forma di colpevolezza dolosa, all'epoca prevalente e "superiore" in gravità.

Si tratta di un esito del tutto coerente con le premesse di partenza: la colpa penale, infatti, è nata sotto il cono d'ombra del dolo. Sono dunque comprensibili i tentativi di plasmare i contenuti della prima sulla struttura del secondo, in modo da inserirla coerentemente all'interno della dogmatica del reato, quale elemento di una categoria di colpevolezza unitaria a natura psichica. Si aggiunga che, essendo la colpa un elemento *soggettivo* del reato, si è "istintivamente" portati a fondare il rimprovero per il fatto (anche) colposo in un qualche atteggiamento psichico soggettivo, sia pure diverso dalla piena volizione. Da che, l'iniziale ricerca di legittimazione sul versante "personalistico" dell'illecito, quindi la costruzione della colpa come forma di colpevolezza.

Sullo sfondo, la pretesa di individuare un concetto superiore di azione, anch'esso "unitario" – un *Oberbegriff* della sistematica del reato – che riuscisse ad abbracciare sia il gesto doloso che quello colposo, tanto in forma attiva quanto omissiva. Sotto questo aspetto, risulta evidente il condizionamento delle pregiudiziali c.d. ontologiche – letture del concetto di azione in chiave pre-giuridica – *in primis* la definizione hegeliana dell'agire umano come realizzazione della volontà, da cui poi la formula "*alle Schuld ist Willensschuld*". Da questa accezione comune si sono però diramate una serie di interpretazioni diverse: vi è chi ha scorto la volontarietà dell'azione nella signoria sul proprio corpo e chi, invece, ha preferito ravvisare l'essenza del modello unitario nella "finalità", ovvero nel mancato governo finalistico della volontà prescritto allo scopo di evitare un'offesa³³.

³² Per una più approfondita ricostruzione, tra i tanti, PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 222 ss.

³³ La prima formula (la «signoria sul proprio corpo») risale a BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 18; la seconda accezione, invece, fa da base a tutte le teorie finalistiche e ha come precursore WELZEL H. (cfr. *Strafrecht*, Berlin, 1956, p. 30), entrambi citati da PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 224, nota n. 12. Per approfondimenti sulla dottrina finalistica dell'azione v., *ex multis*, WELZEL H., *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 ss.; SANTAMARIA D., *Prospettiva nel concetto finalistico di azione*, Napoli, Jovene editore, 1955; GALLAS W., *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *La scuola positiva*, 1963, p. 3 ss.; FIORE C., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1 ss.; LATAGLIATA A.F., *La*

Sebbene non sia riuscita a cogliere fino in fondo le peculiarità proprie di ciascuna tipologia di illecito, la chiave di lettura “finalistica” ha avuto l’indubbio merito di far emergere l’appartenenza dell’elemento soggettivo al fatto tipico³⁴; e, con essa, la natura normativa della colpa, scolpita dal contrasto tra la condotta tenuta e la diligenza dovuta, previamente stabilita. Inizia dunque a diffondersi l’idea che la configurabilità della responsabilità colposa non dipenda dall’esistenza di una qualche venatura di tipo psicologico ma, anzitutto, dalla presenza di una base deontica predeterminata su cui saggiare la conformità o meno dell’agire. Detto altrimenti, che l’elemento fondante (sebbene non esclusivo) della responsabilità colposa sia costituito da una peculiare connotazione di antidoverosità della condotta³⁵.

Dopo essersi protratta infruttuosamente lungo tutto l’arco del XIX secolo, la ricerca di un sostrato volontaristico (anche) nell’illecito colposo era prossima al capolinea. Nessuna delle teorie psicologiche è infatti riuscita a sopravvivere alle critiche: né quelle incentrate sulla condotta, che rinvenivano l’essenza dell’illecito in una difettosità psichica interiore – la mancata “diligenza interna” (c.d. *Innere Sorgfalt*) – evocativa di una serie di atteggiamenti (di debita prudenza, concentrazione, accuratezza), tutti da intendere in chiave appunto psicologica; né tanto meno quelle (anche dette “intellettivistiche”) incentrate sui rapporti tra colpa ed errore, che poggiavano su interpretazioni equivoche di un fattore – l’ignoranza o la falsa rappresentazione di un elemento del reato (c.d. *Ignorantiamoment*) – certamente appartenente alla struttura della colpa, ma incapace di qualificarne in positivo l’essenza; questo ne costituisce infatti un presupposto negativo, e si risolve, in fondo, nella semplice negazione del dolo³⁶.

situazione attuale della dottrina finalistica dell’azione, in *L’Indice penale*, n. 2, 1991, p. 281 ss. e, più di recente PADOVANI T., *La concezione finalistica dell’azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 395 ss., nonché CORNACCHIA L., *Ein unausrottbares verstandnis? L’eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, p. 575 ss.

³⁴ Nella nostra dottrina, sul processo di attrazione della colpevolezza nella tipicità, v. per tutti GARGANI A., *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997, *passim*. Nella manualistica v. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ediz., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 223 ss.

³⁵ Così GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 16.

³⁶ Per una dettagliata critica v., tra i tanti, GALLO M., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 629 s.; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 36 ss., nonché MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, XI ediz., Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, p. 355 ss.

Parimenti infruttuose si sono dimostrate anche le teorie incentrate sulla presenza di nessi psichici con l'evento, in particolare quello della prevedibilità, qui intesa come presupposto di un generico dovere di evitare l'evento o, in una diversa versione, come criterio di accertamento della colpa. L'osmosi con la responsabilità oggettiva è evidente: sebbene la prevedibilità di eventi lesivi sia connaturata allo svolgimento di molte delle attività pericolose moderne (es. circolazione stradale, attività medico-chirurgica ecc.) – quindi una certa probabilità di offesa sia, *ab origine* e quasi per definizione, prevedibile da chiunque – detti eventi non sono tutti, per ciò stesso, addebitabili per colpa a colui che abbia contribuito materialmente a realizzarli.

Il vizio di fondo sta nella totale assenza di riferimento ai contenuti modali della condotta doverosa disattesa: intesa come presupposto di un indistinto dovere di attenzione, la prevedibilità giustifica addebiti “per non aver fatto quanto necessario a evitare l'evento”, ovvero per aver disatteso una (insussistente) cautela dal contenuto proibitivo, coincidente con il divieto radicale di cagionare risultati lesivi; per questa via, finisce per legittimare l'ascrizione della responsabilità sulla base del semplice fatto che l'agente abbia agito: il “necessario per evitare l'evento”, infatti, non conosce argini e tende naturalmente a trasfigurare nell'astensione radicale dall'esercizio dell'attività.

Nonostante gli evidenti limiti delle teorie psicologico-naturalistiche, la proclamazione della natura normativa della colpa ha dovuto attendere il completamento di una metamorfosi più ampia. Il riconoscimento alla colpa di una dignità sua propria, quale elemento soggettivo “altro” dal dolo, presupponeva infatti un coraggioso ripensamento della stessa categoria di colpevolezza, da intendere anche questa in chiave non più psicologica, ma normativa: non come relazione soggettiva, di natura psichica, tra il soggetto agente e il fatto antiggiuridico (quindi come processo psicologico in sé), ma come giudizio di rimproverabilità per non essersi motivato ad agire altrimenti, in modo conforme al diritto, nonostante vi fosse la possibilità soggettiva di uniformare il proprio comportamento alla norma d'obbligo. Così intesa, la colpevolezza si sostanzia nella divergenza del processo psicologico-motivazionale reale del soggetto, rispetto al processo motivazionale ipotetico, conforme alla volontà espressa dal precetto giuridico.

In virtù di questa acquisizione si è potuto perfezionare anche il processo di affrancamento della colpa dal dolo: pur essendo risultata “vuota” dal punto di vista psicologico, ma dotata di un cuore tutto normativo (la violazione del dovere oggettivo di diligenza, o meglio, di una regola preventiva doverosa), anche questa ha finalmente ottenuto una sua autonoma legittimazione all’interno del sistema, non più (solo) sul piano della colpevolezza, ma (anche) sul versante oggettivo della tipicità. Di più: alla progressiva normativizzazione della colpa si è accompagnato un processo di autonomizzazione dell’illecito colposo, da intendere appunto come illecito caratterizzato da una sua peculiare tipicità e un altrettanto peculiare colpevolezza³⁷.

Con una precisazione: una cosa è il riconoscere l’essenza ipotetico-normativa della colpa, altra cosa è esaurirne il rilievo sul versante oggettivo. Possono infatti ritenersi tramontate anche le teorie oggettivistiche che ravvisavano il profilo identitario della colpa nella violazione di un generale dovere di attenzione o nell’inosservanza di generiche regole di comportamento (coincidenti, in fondo, con l’ampio comando di *neminem laedere*), dimostratesi del tutto incapaci di identificare l’insieme delle condizioni alle quali l’ordinamento ritiene doverosa l’esplicazione di un’attenzione che l’agente non ha avuto o pretendibile l’osservanza (in realtà mancata) della regola generica. Senza nemmeno dire, poi, del loro evidente limite nel descrivere il contenuto della condotta doverosa omessa³⁸. In ultima analisi, nessuna di queste riesce a liberare la colpa penale dall’“assonanza” esiziale con la colpa civile: privata del “crisma” della penalità, la prima si atteggia a “duplicato” del criterio aquiliano di imputazione del danno (qui però si tratta di una pena); una colpa sì obiettivizzata (per il contrasto con la clausola oggettiva di diligenza) ma né tipica, né (conseguentemente) colpevole.

Ugualmente inappagante, è la tesi che faceva coincidere l’essenza della colpa con la pericolosità della condotta: quale “riedizione” della teoria della prevedibilità, infatti, questa presta il fianco alle medesime critiche, oltre a scontrarsi con l’esistenza di numerose ipotesi nelle quali l’ordinamento giuridico autorizza espressamente

³⁷ In argomento v. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 578.

³⁸ Danno conto dell’avvicinarsi di teorie interamente “soggettive” e “oggettive”, sottolineandone le rispettive insufficienze GALLO M., voce *Colpa penale*, cit., p. 624 ss.; MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, UTET, 1988, p. 302 s.; FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 294 ss., GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 36 ss.

attività rischiose. Peraltro, in tutte quelle non (espressamente) vietate – anche in quelle tipiche delle società pre-industriali – esiste una soglia di pericolosità tollerata dall’ordinamento, un rischio lecito “residuale”, sia pure di estensione variabile a seconda dei casi: è sempre teorizzabile, infatti, l’esistenza di un generale interesse alla libertà di azione del soggetto, a una certa “normalità della sua vita”, in base al quale lo svolgimento di tale attività non può essere vietato fintanto che il rischio di cagionare l’evento lesivo non divenga eccessivo³⁹.

La novità più autentica della concezione normativa, allora, non sta tanto nell’aver scoperto la formula generica della “violazione del dovere di diligenza” – ben conosciuta anche alle concezioni psicologiche, seppure in funzione di criterio di imputazione (quale “*Innere Sorgfalt*”) – bensì nell’attrazione della colpa sul piano del fatto tipico e nella contestuale valorizzazione delle regole cautelari, nella cui violazione scorgere la vera essenza del reato colposo. Le due cose sono fortemente interconnesse, al punto che, senza la seconda, la prima assume un significato “meramente” sistematico, che ne tradisce l’intima portata garantistica. Il passaggio alla c.d. *äubere Sorgfalt* (c.d. diligenza esteriore) comporta infatti un processo di oggettivizzazione della colpa: non più atteggiamento psicologico interno, ma contrasto tra condotta tenuta e diligenza dovuta (incarnata da una regola cautelare oggettiva), essa diventa un problema soprattutto di tipicità e sempre meno di colpevolezza.

3.1. Dovere di diligenza e colpa del fatto tipico

Non è certo possibile ripercorrere nel dettaglio *l’iter* che ha condotto all’emersione della tipicità dell’illecito quale principio fondamentale del diritto penale moderno. Si tratta di un processo complesso, ma relativamente recente, che ha investito l’intera teoria del reato: iniziato con la teorizzazione del concetto di illecito in contrapposizione a quello di imputazione, si è poi snodato sullo sfondo del passaggio da uno approccio metodologico c.d. naturalistico (teoria bipartita) a uno teleologico (concezione tripartita del reato), per culminare nella definitiva emersione dell’antigiuridicità oggettiva quale elemento autonomo del reato, nell’affrancamento della colpevolezza da uno psicologismo esageratamente naturalistico e nel

³⁹ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ediz., Milano, Giuffrè, 2003, p. 301.

perfezionamento del concetto di fatto “tipico”. Ciò su cui interessa soffermare l’attenzione, invece, è il significato profondo del principio di tipicità, quindi la funzioni da esso assolta nel nostro ordinamento.

Per come attualmente consolidatasi la tipicità designa un particolare aspetto del principio di legalità e consiste nell’esigenza che nel diritto penale gli illeciti siano individuati legislativamente per “tipi” criminosi: descrizioni normative di fatti umani, ciascuno dei quali è contrassegnato da un contenuto di disvalore suo proprio specifico e omogeneo. In questa materia, tipo significa quindi “figura, ideale o astratta” nonché legale, espressa e provvista di caratteri determinati (seppure talvolta in misura maggiore che in altra). Infatti, sebbene tipicità e legalità di per sé non siano sinonimi, nel diritto penale – almeno in quello della maggior parte degli ordinamenti continentali moderni – il loro collegamento è un dato necessario⁴⁰: la tipizzazione in fattispecie di reato è rimessa al legislatore e, come tale, preesiste rispetto al momento imputativo del giudizio, che compete al giudice e guarda, invece, a una c.d. fattispecie o accadimento concreto (del quale ci si chiede anzitutto se corrisponda o meno al “tipo”).

Quale strumento di realizzazione della legalità, la previsione del reato per tipi (o c.d. tipizzazione legislativa) ha dunque uno scopo insieme conoscitivo e garantistico⁴¹: ponendosi a metà strada tra una tecnica esasperatamente casistica e una totalmente valutativa, si propone di fare da argine ai rischi di irrazionalità e arbitrio applicativo insiti in entrambi dei suddetti estremi. Di qui anche la frequente associazione tra il concetto di tipicità e i caratteri della tassatività-determinatezza⁴². È chiaro, infatti, che nella sua dimensione precettiva, la norma incriminatrice (tipica) aspira a influenzare le condotte dei consociati trattenendoli dal porli in essere quei fatti che l’ordinamento reputa indesiderati perché assistiti di un certo disvalore sociale, e, come tale, deve essere formulata in modo da favorirne la comunicazione, quindi la conoscenza *ex ante*. La qual cosa si può ottenere solo se le condotte che formano

⁴⁰ VASSALLI L., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 536, nonché AMBROSETTI E. M., *Il rapporto fra legalità e giustizia: l’eterno ritorno della formula di Radbruch*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di AMBROSETTI E. M., Torino, Giappichelli, 2017, p. 6 s.

⁴¹ Sul punto v. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 80 s. e più ampiamente, già prima, ID., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, p. 3 ss. e p. 51 ss.

⁴² Sui nessi tra determinatezza e tipicità v. già RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979, spec. p. 119 ss., nonché VASSALLI L., voce *Tipicità*, cit., p. 535 ss.

l'oggetto del precetto sono provviste di una certa chiarezza descrittivo-concettuale e solo se la fattispecie riesce a evocare contenuti specifici di disvalore.

La tipizzazione legislativa ha, inoltre, uno scopo fortemente garantista, laddove, concretizzando programmaticamente la frammentarietà dell'illecito, contribuisce all'esigenza contenitiva dell'intervento penale (*extrema ratio*) e fa da argine a derive autoritarie contrarie al *favor libertatis*. In ciò, si è visto, sta la profonda differenza tra reato e illecito civile: il primo (almeno come regola) è più esattamente tipizzato e si configura come illecito "a modalità di lesione"; ciò a dire che la tutela da esso fornita non dovrebbe mai essere incentrata sull'offesa in quanto tale, ma limita a specifiche modalità aggressive, appunto selezionate "per tipi". Il secondo, invece – fondato sul danno ingiusto e ispirato a istanze riparatorie – ambisce a fornire una tutela totalitaria, "da tutti i lati", ovvero contro qualsiasi modalità aggressiva e, coerentemente, è provvisto di presupposti di imputazione (tanto oggettivi che soggettivi) più sfumati⁴³.

Quanto detto offre lo spunto per un'ultima considerazione. La duplicità strutturale del reato – modernamente declinato nelle due componenti essenziali dell'illecito (*Unrecht*) e della colpevolezza (*Shuld*) – si traduce in una duplicità funzionale: il ruolo svolto dal momento oggettivo, pertinente alla tipicità (quindi all'illecito inteso come fatto tipico) consiste nel fornire indicazioni su ciò che è considerato contrario al diritto penale, ovverosia penalmente rilevante. Quello soggettivo-individuale della colpevolezza, invece, assicura attraverso una serie di criteri che il soggetto concreto sia effettivamente rimproverabile per il fatto tipico cagionato materialmente. Detto altrimenti, il concetto *Unrecht*, indicativo della contrarietà di un certo accadimento al diritto, consiste in una valutazione impersonale (è regola di condotta *ex ante*) e ha natura oggettiva; al contrario, l'anima soggettiva del concetto di *Shuld*, che è giudizio di valore, è ben manifesta nei criteri che vi sono sintetizzati, tutti funzionali ad esprimere la rimproverabilità (*ex post*) dell'agente *hic et nunc*. Il primo consiste in una categoria descrittiva che nel nostro sistema è appannaggio del legislatore, il secondo in una ascrittiva – è regola di giudizio espressiva della rimproverabilità personale per il fatto – appannaggio dell'interprete.

⁴³ Lo rileva PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 79 ss., spec. p. 80, nonché FIORELLA A., voce *Reato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 ss.

Può comprendersi a questo punto cosa significa rivalutare la componente deontica della colpa. Parlare normatività della colpa – di una sua inerenza al fatto tipico, quindi al contenuto disvalore che esso specificamente incarna, prima ancora che alla colpevolezza – non si traduce nella ricerca di un parametro di imputazione, ma risponde a un bisogno di completamento della fattispecie nella descrizione del fatto, ovvero nella tipizzazione della condotta criminosa⁴⁴: significa assumere la negligenza come criterio indicativo dell'azione tipica (regola di condotta), non più come parametro di qualificazione soggettiva di una condotta illecita già individuata altrimenti (*id est*, in base alla sua efficienza causale). Significa far sottostare la componente oggettiva della colpa alla logica *ex ante* della tipicità; significa farla partecipare alla funzione garantista della fattispecie incriminatrice.

In breve, una volta spostata sul piano oggettivo dell'illecito, la negligenza (o, se si preferisce, la violazione della diligenza doverosa) necessita di essere declinata in modo coerente con la funzione svolta in questa nuova dimensione: quella di selezione *ex ante* delle specifiche modalità di condotta da elevare a illecito (in quanto portatrici di un medesimo contenuto di disvalore che si ritiene meritevole di stigmatizzare penalmente). Ciò non significa negarne la successiva individualizzazione: una cosa è dire che la colpa sia strutturalmente diversa dal dolo già sul versante del fatto materiale tipico – nel senso l'illecito colposo è dotato di una tipicità sua propria, strutturalmente diversa da quella dolosa – altra cosa è dire che la rilevanza della colposa si esaurisca sul versante oggettivo; è vero infatti il contrario: come quello doloso anche il reato colposo è tale a tutti gli effetti, quindi, oltre che tipico, è anche un fatto antigiuridico e colpevole⁴⁵.

Il germe rivoluzionario contenuto nella teoria normativa – o meglio, nella teoria della c.d. doppia misura della colpa (o c.d. doppia funzione, prima sul versante della tipicità, poi declinata sul versante della colpevolezza) che ne rappresenta la derivazione ormai prevalente – non è stato inizialmente compreso; mentre lo sviluppo della tipicità colposa, è stato minato essenzialmente da due fattori condizionanti: entrambi derivanti dal passato, ma di matrice diversa.

⁴⁴ Sul punto, ampiamente, GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 1999, p. 86 ss.

⁴⁵ Così GIUNTA F., *Culpa, culpae*, in *www.discrimen.it*, 4 giugno 2019, p. 13.

Il primo è da ricollegare all'originaria fisionomia della colpa come forma di colpevolezza: per lungo tempo, infatti, nonostante l'affermata normatività della stessa, ma in coerenza con la sua veste "psicologico-soggettivistica" iniziale, la negligenza ha continuato a essere trattata come parametro di imputazione, come giudizio di fatto rimesso al giudice. Ciò a discapito dell'implementazione della tipicità, che essendo regola di condotta astratta, "orientativa" e conformativa, deve preesistere rispetto al momento imputativo in maniera tale da essere riconoscibile *ex ante* dall'agente.

Vale anche la pena ricordare che, prima dell'avvento del macchinismo, la colpa interessava principalmente lo svolgimento di attività comuni, spesso esplicazione di diritti soggettivi di libertà, e come tale assumeva una rilevanza pratica limitata: coerentemente, la tendenza era quella di privatizzare il rischio addossandone la gestione all'agente, mentre l'intervento pubblicistico riguardava unicamente i reati di pericolo astratto. Lo confermano la scarsità delle cautele di fonte scritta (in particolare statale) ed il rilievo centrale assunto dalla colpa c.d. generica, incardinata sul criterio della prevedibilità. Fino all'inizio del secolo scorso, dunque, la tipicità della colpa era ancora sostanzialmente fondata sull'apporto causale: negligente era la condotta causatrice di un evento evitabile, in quanto prevedibile; detto altrimenti, la condotta diligente da tenere, la cui inosservanza fondava in positivo la responsabilità, era individuata ricorrendo al criterio della (mera) prevedibilità-evitabilità in concreto dell'evento secondo il metro dell'agente modello.

Tutto ciò, si è detto, in coerenza con la sua origine: i suindicati parametri infatti erano stati ideati per diagnosticare una colpa "psicologica", allo scopo di conciliare una forma di responsabilità per il "non voluto" con la colpevolezza; nell'assenza, per definizione, di componenti volontaristiche-intellettivistiche effettive, si era dunque trovato ripiego in una "sorella minore", la prevedibilità.

In queste, come nelle prime elaborazioni della teoria normativa, la prevedibilità era quindi chiamata a svolgere due funzioni, una delle quali però non le si addice: richiamando l'attenzione dell'agente sui fattori di pericolo intrinseci all'attività svolta, infatti, la prevedibilità individuale è certamente capace di servire da monito, di operare come un campanello di allarme che rende attuale la pretesa di comportamento diligente; per contro, dopo aver consentito il riconoscimento del pericolo, resta muta quanto all'indicazione del *come* comportarsi; nella sua intrinseca relatività, si trova

impossibilitata a fornire un orientamento comportamentale univoco, quindi a descrivere contenutisticamente la specifica condotta diligente richiesta⁴⁶. Il che la rende del tutto inadatta a servire le esigenze conformative della tipicità-frammentarietà della colpa, che è descrizione di specifiche condotte preventive. Pensare di fondarla, invece, su regole di dimensione valutativa collocate *ex post factum* è dunque una vera e propria contraddizione in termini.

L'infertilità di un approccio ricostruttivo della tipicità basato su descrizioni puramente naturalistico-causali della condotta (seppur corrette da criteri di imputazione, *in primis* la prevedibilità *hic et nunc*) si era già palesata ai teorici dell'azione finalistica, cui si deve peraltro l'elaborazione di una "colpa già del fatto tipico". Scoperta l'insostituibile funzione esplicata dal dolo sul terreno della tipicità, simmetria volle che si affermasse lo stesso anche per la colpa, con specifico riguardo alla sua componente normativa (la violazione del dovere di diligenza). Bastò poco, però, per accorgersi che si trattava di "tipicità" profondamente diverse dal punto di vista strutturale.

Nel dolo, infatti, è l'elemento intenzionale a fungere da elemento costitutivo dell'azione (quindi del fatto tipico): è l'intenzione di cui è pregna la condotta che, precisandone la dimensione finalistica, le attribuisce anche una maggiore idoneità lesiva nei confronti del bene. Ragion per cui, nel reato doloso a forma libera il c.d. disvalore di condotta assume in fondo scarso rilievo: proprio per il peso preponderante, quasi assorbente, del disvalore di intenzione, quello di condotta può esser tutto costruito sull'efficacia tipizzante del nesso causale. Nella colpa, invece, vale il contrario: assente del disvalore di intenzione, a marcarla è anzitutto quello di condotta; muovendo da un contesto di rischio lecito e spesso socialmente utile, infatti, il fatto colposo esige un disvalore di condotta particolarmente tipicizzato, che non può esaurirsi in descrizioni causali, ma deve risolversi nella violazione di regole comportamentali preventive tipiche, orientate a ridurre i fattori di rischio di cui è

⁴⁶ Sui limiti delle teorie della prevedibilità, per tutti: GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, fasc. 10, p. 1295 ss.; ID., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 90 ss., spec. p. 94 s. ID., *Maxima culpa*, in *Giust. pen.*, 2016, II, c. 635 e, da ultimo, ID., *Culpa, culpae*, cit., p. 11 ss.

pregno il contesto base⁴⁷. Detto altrimenti, l'azione colposa non è riducibile a un concetto naturalistico (ovvero alla condotta che ha causato l'evento), ma si tratta di un concetto normativo, per cui è colposa solo la condotta contraria a una regola di diligenza.

Il condizionamento della pregiudiziale ontologica impedì al finalismo di risolvere in modo soddisfacente l'antinomia tra tipicità colposa e dolosa: scoperta la necessità di completare la descrizione del fatto tipico colposo attraverso parametri normativi preesistenti – quello colposo, si diceva, è un tipo “aperto” – l'approccio in parola si è poi risolto nell'affidare detto complemento a valutazioni giudiziali in concreto⁴⁸.

Queste considerazioni consentono di mettere a fuoco il secondo fattore – stavolta di matrice civilistica – che ha influenzato in negativo lo sviluppo della tipicità colposa. La scarsa forza precettiva del “dovere di diligenza”, la sua incapacità a distillare precetti di comportamento abbastanza determinati da orientare l'azione, è già emersa chiaramente dalla riflessione della dottrina civilistica sulle clausole generali. Nel settore civile, però, l'elaborazione di questa come clausola “aperta”, quindi “atipica”, è parsa meno problematica; anzi, nella sua duttilità applicativa è stata perfino accolta, perché funzionale a realizzare una tutela “omnicomprensiva” com'è quella aquiliana.

Inappagante, invece, è trasporla senza adattamenti nel settore penale dove vigono ben altri principi: in particolare, l'indeterminatezza della formula si scontra con l'esigenza di pre-determinazione del tipo e di conseguenza anche con la colpevolezza, posto che, in assenza di conoscibilità *ex ante* della condotta diligente doverosa, non è possibile fondare un giudizio di rimproverabilità soggettiva per non essersi motivato in modo conforme al diritto. Parlare di “negligenza”, quale contraltare di un generico “dovere di diligenza”, infatti, non dice ancora nulla circa le condotte da considerare

⁴⁷ Definisce iper-tipicizzato il disvalore di condotta colposa PIERGALLINI C., voce voce *Colpa*, cit. p. 227. Negli stessi termini anche ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria): il “tipo colposo” nel crogiolo dell'accertamento giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 4, p. 1571 ss.

⁴⁸ Sul punto v. WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, fasc. 1, p. 43 ss., che dopo aver sostenuto la pertinenza alla «fattispecie» della «violazione della diligenza oggettiva» (p. 42), finisce per identificare la diligenza richiesta con quella che permette di evitare eventi dannosi del tipo di quelli contemplati dalla legge, che rientrano nella sfera della umana prevedibilità secondo il metro dell'«uomo avveduto».

come tali ma richiede che di attingere altrove i criteri specificativi. In breve: sia che la si ritenga affiorare sul piano della colpevolezza, sia che la si voglia fortemente radicata nella tipicità, sia infine che si abbracci la visione “intermedia” del suo “doppio ruolo” (oggettivo prima e soggettivo poi), la clausola civilistica della “diligenza del buon padre di famiglia” si trova a fare i conti con un illecito ben più strutturato e mosso da logiche propriamente preventive. Lo conferma il fatto che la necessaria diversificazione, nella architettura dell’illecito, tra “regole di condotta” e “regole di giudizio” è mantenuta salda anche nella dottrina che accoglie una misura unica e più personalizzata di colpa, ritenendo che quella oggettiva sia solamente un «indizio di tipicità soggettiva e di colpevolezza»⁴⁹.

Nonostante questo, le prime teorie normative si sono limitate a spostare il “dovere di diligenza” sul versante del fatto tipico, senza accorgersi della sua insufficienza a tipizzare effettivamente la condotta. O meglio, l’insufficienza è stata risolta rimettendone il completamento alle valutazioni giudiziali in concreto: come accade nel diritto civile, l’interprete era dunque chiamato riempire di contenuto la “diligenza” applicando il parametro dell’agente modello, alter-ego penalistico del *buon pater familias*. A differenza del secondo, però, al primo non può certo essere mossa l’accusa di tendere “al ribasso”, di incarnare uno *standard* di “mediatezza” comportamentale: “modello” per definizione, esso tende piuttosto a servire le istanze di tutela, a tutto discapito della libertà azione⁵⁰.

Sul versante normativo della contrarietà a diligenza, era dunque necessario emancipare la colpa penale dalle logiche di quella civile. Quest’ultima, infatti, sebbene abbia conosciuto – al pari della prima – un processo di graduale obiettivizzazione e di astrazione, non è mai diventata “tipica”: l’oggettività della diligenza civilisticamente intesa sta nel suo essere parametrata all’archetipo astratto di uomo (il *buon pater familias*) – la cui natura oscilla tra una empirico-statistica e una propriamente deontica

⁴⁹ Così DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*; ID. *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss., spec. p. 137 e p.146 ss.

⁵⁰ Parla di «virtualità colpevoliste» dell’agente modello GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1295 ss. Per approfondimenti sul punto v. anche ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, II, fasc. 11, c. 580 e in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 69 ss.

– piuttosto che sulle caratteristiche dell’agente concreto, ma si tratta pur sempre di una categoria ascrittiva che opera al momento della imputazione, quindi una regola di giudizio che non partecipa alla descrizione della condotta illecita “tipica”; anche perché, lo si è visto di “illecito” vero e proprio nemmeno può parlarsi. La condotta rilevante sul versante della responsabilità per danni ingiusti, infatti, non rileva come forma di illecito, ma come presupposto del risarcimento.

3.2. La colpa come violazione della regola cautelare: punti fermi e sfide irrisolte

L’*iter* evolutivo successivo, indubbiamente fecondo, ha fatto fare grandi passi avanti alla dogmatica della colpa penale: grazie alla valorizzazione delle regole cautelari ha permesso di spersonalizzare maggiormente la pretesa dell’ordinamento e, al tempo stesso, di svelare, portandola a perfezionamento, la funzione tipizzante della componente normativa della colpa. Sono queste regole – oltre ovviamente ai correttivi, necessari ma non sufficienti, dell’imputazione dell’evento e della c.d. misura soggettiva – il vero e proprio tratto caratterizzante della colpa penale rispetto a quella civile, che non “imputa” ma “attribuisce” una responsabilità a fini risarcitori.

La regola cautelare, infatti, si pone come modello tanto di previsione quanto di prevenzione: seleziona determinate cornici di rischio dalle quali, in base alle cognizioni disponibili, è possibile preventivare la verificazione di eventi lesivi; seleziona, altresì, le condotte atte a minimizzare o (raramente) eliminare detti rischi; in questo modo assicura al reato colposo quella “forma vincolata”, quella “iper-tipicizzazione” del disvalore di condotta, ritenuta indispensabile a compensare la mancanza di intenzione⁵¹. Pertanto, a differenza dell’accertamento della negligenza (che resta *questio facti*) la verifica della regola cautelare, quale tappa necessaria a esprimere il giudizio di conformità (o meno) al tipo, diventa *questio iuris*; libera la colpa dalla vaghezza dei criteri di prevedibilità/evitabilità dell’evento, quindi dal rischio di addebiti fondati sulla dominabilità dello stesso da parte del c.d. *homo eiusdem*⁵². Trasformazione dogmatica, questa, che si è resa tanto più necessaria nel

⁵¹ GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1297.

⁵² Così GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 580. Sul punto v anche PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 146 s.

mutato retroterra sociologico, trovando altresì conferma e alimento nella crescente opera legislativa di positivizzazione cautelare.

L'introduzione di una "componente di anti giuridicità" nel comportamento colposo, infatti, non ha solo permesso di portare a maggior chiarimento l'essenza del relativo illecito, ma ha risposto perfettamente ai bisogni, tanto di sicurezza che di certezza giuridica, caratteristici delle moderne società industrializzate. Di fronte all'irruzione delle attività di massa intrinsecamente pericolose ma utili, l'ordinamento non poteva più disinteressarsi della gestione del rischio addossandone il contenimento ai privati, ma gli era richiesto di intervenire in ottemperanza al proprio dovere primario di bilanciare gli interessi in gioco, sì da permettere alla società di non soccombere sotto il peso di pericoli dalla stessa alimentati, ma garantendo al tempo stesso l'interesse allo svolgimento dell'agire utile. In altre parole: la standardizzazione della pretesa comportamentale non serviva soltanto a garantire *standard* di tutela sufficientemente elevati per i beni esposti ai nuovi rischi, ma si rivelava indispensabile anche per assicurare la stabilità e la certezza giuridica richieste nello svolgimento dei traffici moderni; in una parola, per garantire la libertà di azione individuale⁵³.

Nei contesti più caratteristici dell'epoca post-industriale (industria, circolazione stradale ecc.) infatti, per gli operatori diventa prioritario conoscere *ex ante* il c.d. rischio penale a cui si espongono, ovvero poter fare affidamento su regole e saperi certi, sottratti alla variabilità soggettiva del giudizio di prevedibilità. Non solo: trattandosi di attività nelle quali è insito un coefficiente di rischio ineliminabile, e tuttavia tollerato in ragione dell'utilità dell'agire, si avverte l'esigenza che questa soglia di accettazione del rischio sia fissata dall'ordinamento *una tantum*.

Queste considerazioni trovano indirettamente conferma anche nella teoria sociologica c.d. della "società del rischio": l'orientamento in parola, infatti, ha reso evidenti tutti i limiti del precedente approccio "predittivo", naturalistico e quantitativo al rischio (in particolare se rapportato ai coefficienti c.d. moderni dello stesso) che osservava il concetto dal punto di vista fisico, della sua maggiore o minore probabilità di concretizzazione, della gravità delle sue conseguenze o del suo essere più o meno

⁵³ Ritiene che le regole cautelari svolgano una funzione estremamente garantista che condividono con il principio di tipicità penale GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 90. Analogamente, PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 228.

“prodromico” rispetto all’offesa. Guardare alle probabilità di offesa come a fenomeni naturalistici, da sottoporre a misurazioni che si vorrebbero infallibili e sempre oggettive, si è dimostrato un approccio infecondo anche sul versante giuridico della distinzione tra rischio e pericolo che, da un punto di vista ontologico, sono concetti perfettamente sovrapponibili. Dal punto di vista dogmatico, infatti, interessa piuttosto sapere dove sia collocato il discrimine tra le forme illecite e le forme lecite di esposizione al rischio, a chi e in che modo competa (pre)fissarle: tutte domande le cui risposte non dipendono dal rischio “in quanto tale”, naturalisticamente inteso.

In relazione ai “nuovi” rischi invece – sempre più spesso “*manufactured risks*”, contraltare insopprimibile di attività sociali fisiologiche e vantaggiose – più denso di risultati euristici è l’approccio che ne valorizza l’aspetto tipicamente moderno: rispetto ai pericoli delle società ottocentesche, infatti, i rischi della modernità non si differenzerebbero tanto per il loro (maggior) potenziale distruttivo, quanto per la diversità di fonte che, sul versante normativo, si riflette nella necessità di una differente politica di gestione.

Rispetto ai primi, i rischi tardo-moderni si connoterebbero per essere il frutto di decisioni umane complesse, dal respiro “sociale” e difficilmente riconducibili a un singolo; decisioni che riguardano lo svolgimento di attività centrali del vivere moderno, volta a coglierne le opportunità, calcolando al tempo stesso i possibili effetti collaterali delle stesse. A differenza dei pericoli di tipo ottocentesco – la cui gestione era “privatizzata”, rimessa alle spontanee valutazioni del corpo sociale – si tratterebbe dunque di minacce alla cui definizione è insita anche una pretesa “istituzionale” di controllo: rischi il cui governo necessita una mediazione giuridico-normativa da parte delle istituzioni, non ultimo allo scopo di stabilire, standardizzandola, la soglia oltre la quale la libertà di agire (rischioso), per quanto produttiva di risultati benefici, non può più entrare in bilanciamento con il valore della sicurezza (dei terzi coinvolti). Il precipitato, tipicamente “penale”, di questo intervento di mediazione è la regola cautelare, espressione della pretesa istituzionale di evitabilità impersonale del rischio.

In pratica, la comparsa, tutta moderna, di una nuova possibile fonte di rischio – una fonte a-specifica, “sistemica”, complessa, perché legata alla forma assunta dallo svolgimento di attività diffuse, socialmente utili – ha mostrato chiaramente l’ineliminabilità dello stesso, salvo, forse, che attraverso una sorta di inazione

“collettiva” (ma si tratta ovviamente di un scenario paradossale), acuendo al contempo la necessità di sgravare il singolo individuo dal compito di sciogliere l’ancestrale tensione tra libertà e sicurezza sociale.

Si comprende meglio, allora, anche l’aspirazione della moderna dottrina a mettere al centro della teoria della colpa proprio le regole cautelari: queste, infatti, fanno realisticamente dipendere la rilevanza penale della condotta da operazioni complesse di bilanciamento (tra pericolosità dell’azione e sua utilità), attraverso l’idea di un “rischio consentito” inteso come area di «franchigia penale» (tipizzata dall’ordinamento appunto mediante le regole cautelari) per gli eventi realizzati in presenza di cautele capaci di ridurre, senza però riuscire a neutralizzarli, i coefficienti di rischio⁵⁴.

Imperniata sulla violazione di puntuali regole prudenziali, la colpa cambia finalmente volto, caratterizzandosi, altresì, per essere sempre più “specificata”: il rimprovero colposo non è più esclusivamente subordinato alla possibilità psicofisica di dominare la produzione dell’evento dannoso, ma viene (soprattutto) a dipendere dalla violazione delle regole cautelari teologicamente dirette al prevenire, al di là del c.d. rischio consentito, la verifica di *quell’*evento; all’origine dell’illecito, quindi, non più un “difetto psichico” o una negligenza genericamente intesa (in termini di mancato impedimento di un evento prevedibile, quindi come violazione del contegno diligente necessario a impedirne il verificarsi), ma l’attivazione – attraverso la violazione delle cautele indicate come doverose – di un rischio non consentito dall’ordinamento⁵⁵.

È dalla valorizzazione delle suddette regole di condotta, allora, che passa la definitiva emancipazione della colpa penale, da un lato, dallo psicologismo che la voleva legata al reato doloso e, dall’altro, dalla veste generalizzante impressa dalla derivazione civilistica del dovere di diligenza; una clausola di giudizio in sé atipica, indeterminata e priva di natura modale.

Quello appena tratteggiato, però, è un quadro ancora incompleto: la fisionomia della colpa per come la consociamo oggi appare ancora più complessa. La proliferazione dei corpi normativi cautelari che ha accompagnato

⁵⁴ L’espressione citata è di GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 153.

⁵⁵ Così PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 147.

l'industrializzazione, infatti, si fondava sulla presunzione di poter controllare i rischi per la salute e la vita inoculati dallo sviluppo economico, in forza delle capacità predittive e preventive della scienza; pretesa che si è visto essersi immediatamente infranta con l'avvento della postmodernità.

Da un lato, infatti, la comparsa di rischi in gran parte ignoti quanto a confini e fattori atti a causarne l'insorgenza ha rinforzato la preoccupazione, già diffusa in dottrina, che una eccessiva valorizzazione della c.d. misura oggettiva della colpa potesse veicolare forme di responsabilità oggettiva occulta. Detto altrimenti, la diffusione di eventi c.d. multifattoriali, dai decorsi causali complessi, e l'accresciuta relazionalità dell'agire, palesavano l'insufficienza (da più parti già denunciata) di un rimprovero colposo fondato sulla (sola) violazione obiettiva delle regole cautelari. Su questo versante, la dottrina dell'imputazione oggettiva che si è sviluppata negli ultimi cinquant'anni è riuscita, grazie all'approfondimento del c.d. disvalore di evento – ossia lo studio del nesso tra il rischio e la sua concretizzazione – ad avvicinare l'evento alla condotta colposa, scongiurando il regresso verso forme di *versari in re illicita*⁵⁶. Da più parti, invece, è ritenuto ancora troppo marginale il ruolo riservato alla c.d. misura soggettiva della-rimproverabilità individuale dell'inosservanza cautelare⁵⁷.

Dall'altro lato e soprattutto, i c.d. nuovi rischi hanno immediatamente svelato la problematica rigidità delle regole scritte e l'evidente improponibilità di un modello colposo fatto di cautele "tutte nella legge": quelle di fonte statale sono infatti una minoranza, ancora meno sono quelle veramente determinate. In pratica, la violazione della regola oggettiva non è stata capace di fungere (sempre) da strumento di delimitazione della pretesa di diligenza e quindi della responsabilità; mentre è parsa inarrestabile la tendenza a rincorrere situazioni di pericolo sempre nuove attraverso il recupero dei criteri di prevedibilità/evitabilità, anche in presenza di regole cristallizzate.

⁵⁶ Nella nostra dottrina, l'approfondimento sul c.d. disvalore di evento si deve, in particolare, allo studio condotto da MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983, spec. p. 241 ss. e p. 286 ss., dove si conduce una rivalutazione del disvalore di evento, ritenendo il collegamento tra quest'ultimo e la condotta inosservante un indispensabile criterio di definizione del disvalore sostanziale dell'illecito colposo, nonché ID., voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, UTET, 1990, p. 445 ss.

⁵⁷ Tra i tanti v. CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim* e spec. p. 462 ss.

Queste, infatti, non esauriscono quasi mai le possibilità imputative dell'evento, ma sono affiancate dall'operare di una colpa generica c.d. residuale fagocitante che, riproponendo le incertezze del modello precedente, si traduce in pratica nell'innalzamento dello *standard* di diligenza doverosa; sembra in effetti fondato il sospetto che, in risposta alle sempre più pressanti istanze di tutela, dietro all'assunzione del parametro ormai noto del c.d. *homo eiusdem*, si celi sempre più spesso quello della miglior scienza ed esperienza del momento⁵⁸. Tendenza, questa, destinata ad inasprirsi con l'affiorare di rischi nuovi, ignoti e sempre più incontrollabili, i quali, proprio per la loro indomabilità, alimentano paradossalmente atteggiamenti psicologici di rifiuto: rifiuto del rischio, dell'esservi irrimediabilmente esposti e della morte⁵⁹.

In ultimo, ad accrescere la complessità del sistema sono anche gli aspetti "interazionali" di molte delle regole cautelari moderne, che altro non sono se non il riflesso dell'aumentata relazionalità dell'agire: oggi, la colpa è anzitutto conseguenza per rischi che dipendono anche da condotte altrui, condotte che sono oggetto di affidamenti, ma anche di sorveglianza e controlli⁶⁰.

L'accresciuta relazionalità può infatti apprezzarsi sia in termini di contestuale svolgimento "in massa" di una medesima attività pericolosa, si pensi alla circolazione stradale, posto che l'interdipendenza costituisce in sé un fattore di maggior rischio (tant'è che esistono appositi codici convenzionali, regole c.d. relazionali o ordinatorie, che coordinando lo svolgimento dell'attività assumono in ci stesso funzione preventiva)⁶¹; sia in termini di svolgimento in forma strutturalmente organizzata dell'attività rischiosa, secondo il modello della divisione del lavoro e, talvolta, con la presenza di soggetti gravati da posizioni di garanzia (si pensi all'attività d'impresa e

⁵⁸ Sul punto v. PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 148. Nonché, per un'analisi accurata in tema di colpa medica, MICHELETTI D., *La colpa del medico. Prima lettura di una ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 171 ss. e in www.discrimen.it, 28 novembre 2018, e più di recente ID., *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, p. 705 ss. e in www.discrimen.it, 8 maggio 2019.

⁵⁹ Per una riflessione sul punto v. PALAZZO F., *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2020.

⁶⁰ Già FORTI G., *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 100 ss. e 105 ss.

⁶¹ Sul punto v. *infra* Cap. IV, § 3.

a quella sanitaria); l'agire moderno, infatti, oltre che complesso si connota sempre più spesso per essere altamente specialistico, tale da richiedere l'integrazione dei saperi e l'intervento coordinato di più soggetti, ciascuno dei quali è chiamato a svolgere (in modo sincronico o diacronico rispetto agli altri) una frazione dell'attività complessiva; da che, anche la gestione del rischio insito in detto ambiti tende a organizzarsi tramite una suddivisione di ruoli e competenze.

Evidenti sono le ripercussioni sul versante della responsabilità, da suddividere anch'essa alla luce del c.d. principio di affidamento: in sostanza, a contrassegnare il comportamento dovuto da ciascun soggetto sono i doveri di diligenza oggettiva che gli vengono normativamente addossati e che, per effetto dell'affidamento, risultano circoscritti per la parte dei doveri che si possono dare per adempiuti da altri. Vero questo, non è sempre facile ricostruire la diligenza dovuta da ognuno, come dimostrano le molteplici criticità registrabili in questo campo: sia per via della frequente affermazione di forme di responsabilità c.d. da mera posizione (spesso per omissa vigilanza o controllo), quindi dell'abrogazione di fatto del principio di affidamento; sia per la tendenza a configurare obblighi di diligenza "aggiuntivi" – a volte perfino sostitutivi o c.d. derogatori rispetto agli obblighi cautelari astrattamente imposti al soggetto – attraverso lo svolgimento di un giudizio di prevedibilità ed evitabilità in concreto dei rischi "relazionali". In pratica, si ritiene che i rischi (perciò relazionali) che sorgono dallo svolgere l'attività in forma plurisoggettiva (*rectius*, dall'inoperatività del principio di affidamento) siano tali far scattare un *surplus* di obblighi cautelari "interazionali", la cui violazione determina una forma di colpa generica anch'essa "relazionale".

In breve: come molte rivoluzioni – che dopo gli entusiasmi iniziali ridimensionano il loro programma frustrando le aspettative attese – anche il processo di strutturazione del reato colposo come illecito dotato di una sua peculiare tipicità e altrettanto peculiare colpevolezza sembra essersi risolto in una bozza incompiuta, poi soggetta ad inverso processo di destrutturazione⁶².

L'incedere del rischio, infatti, ha contribuito a destrutturare la componente deontica della colpa, privandola della forza predicativa necessaria a scongiurarne la

⁶² Lo rileva GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 578.

manipolazione in sede applicativa: ha reso “intrinsecamente mobili”, labili e fumosi, i confini del c.d. rischio consentito e, con essi, il punto di equilibrio che segna il passaggio dal lecito all'illecito; smarrita la propria funzione precettivo-conformativa – che la pone “prima e sopra il fatto” – la regola cautelare è allora inevitabilmente attratta in una dimensione valutativa, quella del giudizio, dove è più esposta a interpolazioni in vista della soddisfazione di interessi a volte pre-compresi. Da che, il tradimento dell'intento programmatico di cui si era fatta portatrice la concezione normativa nel postulare l'esistenza di un “tipicità della colpa”: categoria, per sua natura laica in quanto descrittiva, dunque avalutativa, appunto creata per anticipare i contenuti della colpevolezza e della prova individuali, ponendoli al livello impersonale del fatto; tutto ciò, evidentemente, con l'intenzione ultima di frenare il giudizio valutativo di colpevolezza rimesso al giudice. Per contro, intesa come forma di imputazione, la violazione della diligenza non può essere preventivabile, perché è valutazione condizionata dalla mutevolezza del concreto⁶³. A dimostrarlo compiutamente bastano i risultati dell'analisi condotta in ordine alla clausola ascrittiva di diligenza in ambito civilistico, il cui apprezzamento è sostanzialmente rimesso al giudice e costituisce una “*quaestio facti*”.

La fisionomia della colpa “moderna” risulta dunque segnata da un aspetto di grande criticità, esprimibile nella contrapposizione tra regola “tipica”, impersonale e orientativa e regola “valutativa” indirizzata al caso concreto. In primo piano, la solidità e la predicibilità del parametro commisurativo della pretesa cautelare, sullo sfondo di una costante tensione tra le istanze securitarie – incrementate dalla paura che il rischio ha instillato nell'opinione pubblica – e le esigenze di libertà, tanto dei diritti fondamentali che della iniziativa economica⁶⁴.

L'*excursus* svolto dimostra che il settore della responsabilità colposa sia stato da sempre teatro di confronto tra esigenze contrapposte, ospite di tensioni mai risolte. Alla luce di quanto detto, è possibile enuclearne due fondamentali che, pur muovendo

⁶³ Così GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 577.

⁶⁴ DIAMANTI D. F.-MESSORI L., *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal science*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*, cit., p. 313 ss., spec. p. 318.

su binari diversi, tendono a intersecarsi: la contrapposizione tra oggettivo/soggettivo e quella tra astratto/concreto.

Quanto alla prima, la polemica tra oggettivisti e soggettivisti è stata modernamente risolta adottando la soluzione compromissoria della doppia misura della colpa⁶⁵. Schematizzando, oggettività si lega a tipicità, a regola “impersonale”. Alla normativizzazione del dovere di diligenza si è affiancato un processo di oggettivizzazione tale per cui, sul versante della tipicità, la colpa è contrasto tra comportamento concreto e regola di condotta, appunto obiettiva, doverosa in quella situazione di pericolo per prevenire lesioni (involontarie) ai beni giuridici altrui. Soggettività, invece, si lega a colpevolezza, a giudizio normativo di rimproverabilità personale, quindi (in senso lato) ad “esigibilità” di una condotta conforme alla regola modale da parte del soggetto *hic et nunc*; exigibilità tanto del riconoscimento della situazione di pericolo, quanto della conformazione del proprio comportamento a quello richiesto dall’ordinamento. Le cose però si complicano considerando che, sebbene connessi, questi concetti non sono pienamente sovrapponibili: se infatti la colpevolezza richiede necessariamente un’attenzione al soggetto della cui responsabilità si tratta (in questo senso è valutazione personale/soggettiva), riferirsi al soggetto (e, *a fortiori*, a un parametro individualizzato) per svolgere le valutazioni di prevedibilità/evitabilità dell’evento non basta ad assicurare le ragioni della colpevolezza.

Il quadro si complica ulteriormente inserendovi anche la seconda tensione, che attiene al “punto di vista”, quindi al parametro, da usare per individuare la condotta richiesta. Per capire in che senso le due indicate antinomie si intrecciano basta riflettere che per preordinare un sistema di regole cautelari doverose è opportuno compiere delle operazioni di generalizzazione, quindi muovere da una certa astrazione della realtà. Solo la standardizzazione permette di ottenere regole valide *erga omnes* e disponibili *ante factum*. La tensione tra principio di tipicità e principio di colpevolezza si riflette quindi in quella tra regola cautelare *astratta* di condotta e regola più *concreta* di

⁶⁵ Quella della c.d. doppia misura della colpa è una acquisizione ormai ampiamente condivisa in materia, tanto da essere data quasi per scontata dalla maggior parte dei contributi sull’argomento: per tutti, v. CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 73 ss. e in *L’Indice penale*, 2012, fasc. 1, pp. 21-30.

giudizio, e finisce per ripercuotersi sulla progettazione stessa delle regole cautelari. Il rischio, infatti, è che si vada a sostituire il comando impersonale con una regola cucita sul caso concreto (elaborata “con il senno di poi”), pensando che individualizzare la valutazione basti a confezionare imputazioni in linea con la colpevolezza. Con il paradosso che, invece di considerare il “concreto” per saggiare l’esigibilità della condotta conforme, la valutazione *in concreto* (della prevedibilità) serve ad innalzare la diligenza richiesta, facendola sostanzialmente coincidere con quanto necessario – se occorre anche la rinuncia dell’agire rischioso – a evitare l’evento. Il che diventa ancor più contraddittorio laddove il soggetto abbia un vero e proprio dovere giuridico di eseguire l’attività rischiosa (basti pensare al medico, al poliziotto, al guidatore di bus o all’operatore della Protezione civile).

Non solo, oltre a patire l’irrisolvibile contrapposizione tra standardizzazione – necessaria alle ragioni della tipicità – e attenzione al caso concreto (comprensivo delle caratteristiche soggettive dell’agente) – invece indispensabile ad assicurare una piena colpevolezza colposa – la ricostruzione delle regole cautelari è attraversata da un’altra tensione, in un certo senso “interna” alle stesse; questa interessa l’ormai riconosciuta funzione tipizzante, quindi orientativa, delle norme (in quanto solo una regola predefinita *ex ante* e non creata dallo stesso cittadino può guidare la sua condotta) e la loro natura preventivo-cautelare, collegata al valore della tutela dei beni giuridici coinvolti. La qual cosa accade, anzitutto, perché esaltando la funzione di prevenzione delle regole si è portati ad abbandonare il piano dell’astrattezza e della generalizzazione: per realizzare la massima efficacia impeditiva, nessuna regola può darsi *ante factum*, ma la regola “migliore” è quella che nasce ed è cucita sul caso concreto.

Nella realtà dei fatti, i pericoli si materializzano sempre in modo irripetibile: qualsiasi situazione di pericolo avrà caratteristiche proprie che la distinguono da tutte le altre verificatesi in passato, per cui la regola più adeguata a fronteggiare un determinato contesto di pericolosità, non può che essere ritagliata sulle particolarità del singolo caso. Questa si muove su un piano di massima concretezza e che avrà ben poco di immutabile. Guardato dal punto di vista della responsabilità colposa, questo “scivolamento” verso una concretizzazione forte comporta un elevato tasso di incertezza sul versante accertativo e, di regola, un innalzamento dello *standard* di

diligenza richiesto⁶⁶. In sostanza, realizzatosi l'evento, si è tentati di ricostruire la regola idonea ad impedirne la verifica tenendo conto di tutte le caratteristiche della situazione concreta (comprese le conoscenze e le abilità dell'agente reale). Per contro, ragionando di tipicità, è necessario descrivere in anticipo le regole cautelari doverose, efficaci e dotate di efficacia liberatoria se rispettate; il che richiede di svolgere il giudizio di evitabilità in termini standardizzanti. Da che, esaltando la funzione preventiva della regola cautelare e il valore della tutela dei beni giuridici, si finisce per perdere la possibilità stessa di una tipizzazione.

A ciò si aggiunga che, sul versante dell'efficacia preventiva, le regole propriamente modali la cui adozione assicura l'azzeramento del rischio sono una rarità (per non dire una chimera), mentre l'opzione più efficiente si conferma quella dell'inazione; questa, però, consistendo appunto nella negazione dell'agire rischioso, è logicamente incompatibile con l'ammissibilità dello stesso, sia pure condizionata al rispetto di determinati accorgimenti cautelari, quindi al governo del rischio secondo diligenza; va da sé che l'alternativa dell'astensione non sia ammessa a dar corpo al "dovere di diligenza" sul versante della tipicità, pena una contraddizione in termini. Detto altrimenti, vietare l'attività pericolosa e permetterla, discriminando tra *modus operandi* leciti e illeciti (perché troppo rischiosi), sono operazioni antitetiche. Anche da questo punto di vista, allora, si realizza una tensione tra l'obiettivo della massima precauzione (fino all'estremo dell'inazione) e la descrizione selettiva delle modalità di condotta "diligenti" (quindi lecite) sul versante della tipicità.

In ultimo, sempre riguardo al binomio tipicità/prevenzione, vale la pena anticipare anche una terza riflessione: nei contesti di rapida evoluzione tecnico-scientifica, è lo stesso concetto di "fatto tipico colposo" elaborato nel primo Novecento e incardinato su una "legalità scientifica" ad aver mostrato gravi debolezze. Non solo, è già emersa anche la tendenza "moderna" di ricostruire la regola cautelare doverosa sul modello della miglior scienza ed esperienza del momento; mentre un'impostazione corretta della questione richiederebbe di partire dalla considerazione che le regole cautelari, sebbene abbiano conoscenze scientifiche a loro fondamento, non si identificano con esse: la miglior scienza causale non diventa regola cautelare finché

⁶⁶ Lo rileva PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 323 s. Per approfondimenti sull'argomento v. *infra* Cap. IV, § 5.

rimane sprovvista di una componente “applicativa e deontica”. Da questa prospettiva, può delinearci una tensione tra tipicità, intesa come concetto deontico-normativo (attinente al dover essere) e ricorso alla migliore scienza ed esperienza del momento (in sé attinente al piano dell’essere), in vista del conseguimento della massima prevenzione possibile⁶⁷; in particolare, l’impiego del parametro è spesso servito per argomentare l’esigibilità, in capo al soggetto *hic et nunc*, di un dovere di approfondimento scientifico e aggiornamento cautelare dallo spettro amplissimo.

È quantomeno dubbio, però, che l’obiettivo della prevenzione del rischio in contesti di incertezza possa realizzarsi al meglio addossandone la gestione strategica al singolo individuo. Peraltro, lo si è visto, l’enucleazione delle regole cautelari oggettivamente doverose è un’operazione dotata di una preponderante “dimensione ideologica”, politico-valutativa; ben più opportuno, allora, sarebbe garantire che alla formazione delle regole cautelari doverose nei contesti di rischio incerto e in rapido sviluppo, vi fosse una partecipazione sociale massima.

L’utopia di una sicurezza generalizzata, invece, sembra aver impedito all’illecito colposo di dotarsi fino in fondo di statuto garantistico suo proprio: questo, la dottrina lo riconosce più o meno apertamente, sembra non essersi mai compiutamente affrancato dal modello civilistico di diligenza al pari del quale viene chiamato a fornire – quale regola di giudizio – una tutela atipica e universale contro ogni potenziale di offesa suscettibile di sfociare in un danno.

A rimanere nell’ombra, invece, è il ruolo conformativo e orientativo della regola cautelare di diligenza, la quale, di fronte alla (maggiore o minore) prevedibilità che da una certa attività discendano conseguenze dannose per i terzi coinvolti, ha anzitutto la funzione “normativa” di fare da guida alla condotta individuale, modellandola in maniera che non travalichi l’area di rischio lecito: lecito in quanto allo stato ineliminabile – perché connaturale all’esistenza stessa su questa terra, perché giuridicamente indifferente data la sua minorità, perché ancora ignoto – ovvero in quanto tollerato stante i benefici connessi all’attività dal cui svolgimento è “ontologicamente” prodotto. Benefici altrimenti vanificati, perché per eliminare anche

⁶⁷ GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 589.

questa quota di pericolosità “residua” occorrerebbe rendere illecito l’esercizio stesso dell’attività socialmente utile.

Il concetto di prevedibilità di un rischio, invece, essendo relativo e quantitativo, è una pistola scarica sul versante deontologico-normativo, dell’indicazione dei rischi che è consentito correre (sebbene suscettibili di andare a ledere l’altrui sfera giuridica) e di quelli che, viceversa, l’ordinamento penale non accetta.

In considerazione delle molteplici e irrisolte incertezze in questo campo, si rende anzitutto opportuna una indagine sulla genesi “pre-giuridica” delle regole cautelari, sulla loro giuridicizzazione (attraverso fonti legittimate dall’ordinamento a porle) e, poi, sull’accertamento della loro violazione da parte del giudice; anche allo scopo di ridare alla c.d. colpa specifica una disciplina coerente con i caratteri che la differenziano dalla colpa c.d. generica e con le varie *rationes* sottese all’avvenuta opera di positivizzazione.

4. IL PROBLEMA DELLE FONTI TRA GENESI, GIURIDICIZZAZIONE E INDIVIDUAZIONE DELLE CAUTELE DOVEROSE

Alla luce dell’analisi svolta, è possibile scorgere l’essenza profonda della responsabilità penale colposa in un atteggiamento di complessiva indifferenza del soggetto per i beni giuridici altrui. A ben guardare, ciò che in fondo si rimprovera all’agente negligente è di aver intrapreso un’attività pericolosa, con modalità che sottintendono un atteggiamento di incuranza e trascuratezza per l’incolumità di quanti lo circondano. Pertanto, sebbene si possa sostenere che ogni azione umana in fondo comporti una qualche rischiosità per i beni giuridici “circostanti”, il contesto che caratterizza le condotte colpose si presenta come un contesto di pericolosità “accentuata” rispetto alla misura più o meno esplicitamente accettata dall’ordinamento: pericolosità, originata o acuita dalla noncuranza dell’agente, che gli si richiedeva invece di contenere seguendo determinati accorgimenti, appunto volti ad eliminare o quantomeno a ridurre la probabilità di lesione a interessi altrui.

All’interno dell’ordinamento sono infatti rinvenibili una serie di regole c.d. cautelari, scritte e non scritte, che hanno precisamente la funzione di dettare direttive comportamentali al fine di neutralizzare o arginare entro certi limiti i pericoli insiti nei

diversi settori di attività. Le regole in parola sono appunto espressive della soglia di rischio “lecito”, ovvero del confine entro il quale l’ordinamento è disposto ad accettare la pericolosità della condotta in ragione dell’utilità dei risultati ai quali essa tende e che è capace di produrre⁶⁸.

È bene ricordare, però, che questi accorgimenti comportamentali nascono su piano pre-giuridico, nel senso che hanno un rilievo “socio-esprienziale” appunto “precedente” alla rilevanza che assumono sul versante penale ai fini della responsabilità colposa. In via generale, infatti, le regole cautelari hanno natura di direttive di comportamento (o c.d. norme direttive) il cui fondamento sta nella graduale consolidazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità di particolari tipi di eventi lesivi (per i beni giuridici e, in generale, per la società), che vengono elaborati e diffusi dalla scienza e l’esperienza di una società, e poi rinforzati (o falsificati) nel tempo alla luce delle conferme (o smentite) empirico-applicative ricevute⁶⁹.

Trattasi, dunque, di “consigli tecnici, istruzioni per l’uso”, teleologicamente direzionate ad assicurare che l’esercizio di alcune attività avvenga innanzitutto senza danni a terzi. A questo livello, le regole hanno sicuramente la funzione di orientare le condotte umane, ma non sono ancora in sé “precettive” e obbligatorie. Si tratta, appunto, di mezzi nati per uno scopo cautelare, che è consigliabile seguire per portare a buon fine lo svolgimento delle attività più svariate⁷⁰. Quale portato di una esperienza individuale e collettiva sedimentata nel tempo, la regola preventiva esiste prima e a prescindere dal suo essere cogente e penalmente rilevante: la sua origine è infatti intimamente connessa con la rischiosità insita in un certo contesto, non con la liceità (o meno) dell’attività di cui si tratta.

⁶⁸ Sul punto v. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 313 ss.

⁶⁹ Tra i tanti: GALLO M., voce *Colpa penale*, cit., p. 637 ss.; MANTOVANI F., voce *Colpa*, cit., p. 306; MARINI G., voce *Colpa II) diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, p. 5 ss.; FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 136 s. e p. 516 ss.; GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 87 ss.; VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 15 ss.; DE VERO G. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C. E., Torino, Giappichelli, 2010, p. 213 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, III ed., sub art. 43, Milano, Giuffrè, 2014, p. 458; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 313 ss.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, IX ediz., Torino, Giappichelli, 2021, p. 283 ss.

⁷⁰ Approfondisce questo aspetto GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 87 s.

Quanto detto consente di tracciare la seguente distinzione: da un lato, la questione dell'identificazione dei giudizi che stanno alla base del confezionamento di qualsiasi regola cautelare; dall'altro, quella dei procedimenti che conferiscono (e sono legittimati conferire alla luce del principio di legalità penale) "giuridicità" alle regole, nel senso che indicano in quelle le modalità comportamentali il cui rispetto è obbligatorio (e la cui violazione integra il tipo colposo). Si tratta quindi di esaminare, per un verso, i meccanismi che consentono di individuare il possibile contenuto delle regole cautelari, ovvero i fattori che ne condizionano la conformazione e la messa a disposizione da parte della società; per altro verso, di indicare i processi, stavolta propriamente normativi, che le traducono in vere e proprie prescrizioni (si potrebbe perciò parlare di "genesi giuridica"): che le fanno penetrare nell'ordinamento in veste di obblighi giuridici, attraverso fonti a ciò autorizzate⁷¹. In altre parole, un conto sono le valutazioni che stanno alla base delle regole (il giudizio di prevedibilità del pericolo, bilanciamenti di interessi ecc.) un conto è richiedere che il contenuto della regola venga tracciato secondo modalità consone con il principio di legalità, tali da legittimarne l'innesto nella fattispecie colposa a completamento del "dovere di diligenza".

Una volta che la scienza e l'esperienza umana, grazie all'acquisizione di saperi e di "saper fare", abbiano reso disponibili una serie di strumenti "tecnici" atti a fronteggiare alcune situazioni pericolose, sorge il problema di capire cosa rende "obbligatoria" una precauzione che sia possibile (nel senso che è stata messa a punto dalla scienza e dall'esperienza di un data collettività).

L'importanza della distinzione appena tracciata risulta evidente considerando che, se al momento dell'azione un certo accorgimento cautelare non era ancora "cogente" (alla luce delle fonti ammesse a renderlo tale), la sua inosservanza non può servire *ex post* per addebitare l'evento alla responsabilità dell'agente; si pensi ai tanti accorgimenti tecnici particolarmente efficaci ad arginare i rischi di incidenti stradali la cui adozione era, fino a poco fa, rimessa alla libera scelta (e alla disponibilità economica) dei singoli (ad es. l'uso del sistema di frenata ABS che consente di ridurre gli spazi di arresto del veicolo, diventato un equipaggiamento obbligatorio per tutti gli

⁷¹ PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 316.

autoveicoli nel 2004 e, dal 2016, su tutti i mezzi di cilindrata superiore a 125 cm³; oppure, i sistemi di controllo elettronico della tenuta sella strada quali l'ESP, obbligatorio in Europa dal novembre del 2014 ecc.); ciò vale, *a fortiori*, se al momento del fatto la cautela non era nemmeno venuta ad esistenza, perché le limitate conoscenze tecnico-scientifiche dell'epoca non ne avevano ancora consentita l'elaborazione; o se, teorizzata in via sperimentale, non si era ancora consolidata, né era stata adeguatamente divulgata.

In breve, al momento del giudizio, la regola cautelare la cui violazione è ammessa a veicolare l'ascrizione del fatto deve idealmente coincidere con quella che, già in anticipo, incarnava il *modus agendi* richiesto dall'ordinamento in termini impersonali. Da che l'ormai nota formula per cui tanto il cittadino quanto il giudice sono fruitori e non creatori di regole cautelari: a patto, ovviamente, di abbracciare – portandola a coerente sviluppo – la concezione normativa della colpa, che nelle anzidette regole scorge dei criteri descrittivi del fatto tipico; non dei meri “indizi di colpa” rilevanti soprattutto ai fini del giudizio, i cui contorni rischiano pertanto di essere sfumati agli occhi del cittadino che si trova ad agire, emergendo con chiarezza solo a conclusione del ragionamento ascrittivo⁷². Ammessane la funzione tipizzante, invece, diventa prioritario assicurare che la posizione delle regole cautelari avvenga nel rispetto della legalità penale, come declinata in tutti i suoi corollari (*in primis*, riserva di legge e determinatezza)⁷³. Questa non può essere rimessa al giudicante ma deve preesistere, in modo da essere riconoscibile a chi agisce come regola di comportamento astratta. Prima di valutare se l'imputato è stato negligente (giudizio di

⁷² Sul punto, diffusamente, GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., spec. p. 150 ss.

⁷³ Così MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 2 ss. e, già prima, ID., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADEVANI T., Pisa, ETS, 2009, p. 247 ss. Similmente, da ultimo, MATTHEUDAKIS M. L., *L'imputazione colpevole differenziata Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, spec. p. 56 ss.

Per una diversa impostazione v. DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 124 ss. e in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 231 ss.; DE FRANCESCO G., *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 665 s. e, da ultimo, ID., *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 febbraio 2021.

fatto), il giudice, e ancora prima di lui il Pubblico ministero, è chiamato a precisare l'esistenza della norma cautelare doverosa richiamandone la fonte.

La qual cosa, si è visto, è imposta dalla particolare struttura dell'illecito colposo, dalla "vuotezza" dello schema legale (o, se si vuole, dalla "apertura" determinata dalla clausola del dovere di diligenza), il cui processo di tipicizzazione è esterno al sistema penale: in questo senso, vi è chi ha parlato di una "doppia frammentarietà" dell'illecito colposo per indicare l'operatività, accanto all'abituale principio di frammentarietà della fattispecie penale astratta, di una frammentarietà "ulteriore", connessa al carattere, per così dire, discontinuo del dovere di diligenza, che non impone ai consociati un "omnicomprensivo" obbligo di prevenire la realizzazione di qualsiasi evento di danno, ma che si concretizza, invece, in puntuali regole cautelari di condotta⁷⁴. Questo non fa altro che confermare la necessità che, a garanzia dell'individuo e della sua libertà di autodeterminazione, (anche) le regole cautelari siano a numero chiuso.

Un'ultima precisazione. A venire in considerazione sono ovviamente le attività consentite a dispetto della loro pericolosità, perché solo in queste il dovere di diligenza rileva in termini di precetto comportamentale: come non si mancherà di approfondire più avanti, l'ordinamento in questi casi decide di non vietare l'attività ma di subordinarne l'esercizio alle regole cautelari (rendendole appunto obbligatorie), nel presupposto che la prevenzione da esse assicurata sia sufficiente ai fini di una adeguata tutela sociale; è in questi contesti, allora, che le "tecniche" cautelari acquistano valore prescrittivo, suggerendo il modo diligente di svolgimento dell'attività e rendendo illeciti modi di procedere diversi. Non invece nel caso di attività vietate in ragione della loro (eccessiva) pericolosità residuale: in queste, l'ordinamento predilige la tutela dei beni optando per la regola che assicura la prevenzione massima, quella ostativa, che appunto non conforma, non modula, ma proibisce.

Nel proseguo, inoltre, l'attenzione verrà focalizzata sul rilievo delle regole cautelari in seno alle fattispecie colpose di evento causalmente orientate (in particolare l'omicidio e le lesioni colpose), ovvero sui casi in cui l'evento prodotto

⁷⁴ Parla di «doppia frammentarietà» dell'illecito colposo GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 161. Similmente CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit. p. 287 s., dove chiarisce che il canone di *neminem laedere* diventa obbligo di diligenza penalmente rilevante solo una volta "tipicizzato" da una norma di legge e che quello colposo è un illecito «doppiamente tipico».

dall'inosservanza di una cautela sia tanto rilevante da richiedere l'introduzione una fattispecie penale *ad hoc* (v. art 589 c.c.) di cui la regola viene a costituire una parte integrante (anzitutto ai fini della tipicità). Ciò non toglie che l'inosservanza della regola possa essere sanzionata in sé e per sé, indipendentemente dalla produzione di un evento dannoso. Si aggiunga che, una volta ottenuto il “crisma” della doverosità attraverso gli anzidetti processi normativi, la regola cautelare resta obbligatoria a prescindere dal verificarsi dell'evento: ciò a dire che l'attività rischiosa si mantiene lecita solo se svolta nel rispetto delle regole doverose, mentre diventa illecita se intrapresa in violazione delle stesse (perché la valutazione dell'ordinamento è stata nel senso dell'“inadeguatezza” o, se si vuole, dell'intollerabilità sociale del potenziale di offesa attivato); da questo punto di vista, l'irrilevanza penale del tentativo colposo – sicuramente opportuna e giustificata da condivisibili ragioni di politica criminale – non assume alcuna incidenza⁷⁵.

Fatte queste premesse, si può passare ad esaminare i fattori che condizionano, logicamente prima che giuridicamente, la produzione e quindi l'individuazione di qualsivoglia regola cautelare: metterli a fuoco aiuterà a comprendere la sensibile differenza che corre tra colpa specifica e generica sul versante funzionale. Essi si riducono essenzialmente a tre⁷⁶.

In primis, il fattore “situazionale” della pericolosità della situazione concreta: la cautela, nasce in stretta connessione determinati contesti di pericolo e quindi varia col variare di questi. Basti pensare alle tecniche cautelari edilizie volte a contenere il pericolo di crollo delle costruzioni, che variano in base al tipo di terreno, a seconda della sismicità o meno della zona ecc.; oppure, volendo concretizzare ancor più la regola in rapporto alle peculiarità della situazione concreta, si può fare l'esempio delle cautele da osservare nella guida, che si diversificano a seconda delle condizioni sia atmosferiche (nebbia, neve, temporali), che della strada (accidentata, cosparsa di sostanza oleose e così via). Ogni cautela ha dunque alle spalle una specifica “piattaforma situazionale” di rischio che ne impone l'attuazione e ne condiziona il contenuto.

⁷⁵ Così GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 587.

⁷⁶ In argomento PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 315 s.

In secondo luogo, da quanto già detto dovrebbe apparire del tutto evidente che la formulazione della regola cautelare presuppone tanto la riconoscibilità (o se si preferisce la prevedibilità), quanto la evitabilità del pericolo. In un dato momento storico, la scienza o l'esperienza potrebbero non avere ancora acquisito conoscenze in merito a certe connessioni causa-effetto: quarant'anni fa si faceva uso dei rivestimenti in fibra di amianto

nell'ignoranza della relazione causale esistente tra questa sostanza e la spesso letale patologia dell'asbestosi; da che, non erano nemmeno identificabili le regole cautelari volte ad attenuare il rischio di quella malattia polmonare, che appunto non era riconoscibile quale pericolo insito nell'attività di utilizzazione. Inoltre, una volta riconosciuto il pericolo, la scienza e l'esperienza tecnica dell'uomo devono aver messo a punto adeguate tecnologie preventive, ovvero mezzi idonei a fronteggiare la riconosciuta pericolosità.

A questi fattori logico-conoscitivi se ne aggiunge uno di natura normativo-valutativa. In relazione a una data situazione di pericolosità da contenere, infatti, la gamma delle norme cautelari congetturabili può essere anche molto ampia ed è proprio questo aspetto a fare da cerniera con l'ottica assunta dall'ordinamento al cospetto del fenomeno. Individuare il *quomodo* della diligenza in una certa prescrizione cautelare, piuttosto che in un'altra, è frutto di una scelta anche valutativa, espressiva del gioco di equilibri tra le esigenze di tutela – che richiedono di contenere la pericolosità dell'attività – e libertà dell'agire avvantaggiandosi dell'utilità che ne consegue. Ad esempio, fissare il limite di velocità sulle autostrade a 90, 100 o 130 km/h ha evidenti ripercussioni sulla vantaggiosità e speditezza dei trasporti, ma anche sul tasso di pericolo "residuo" cui si espone la pubblica incolumità.

Passando a esaminare la rilevanza giuridico-penale delle regole cautelari ai fini della descrizione del tipo colposo, si tratta di precisare i processi normativi attraverso i quali quegli accorgimenti "tecnici" assumono valore prescrittivo, ovvero di indicare le fonti legittime di produzione che dovrebbero idealmente guidare la ricostruzione della "colpa del fatto tipico", nonché le caratteristiche che le regole cautelari stesse dovrebbero possedere.

Fondamentale è darne una ricostruzione coerente con l'istanza di legalità, anzitutto *sub specie* di tassatività-determinatezza della fattispecie penale⁷⁷: la norma cautelare ammessa a innestarsi nella fattispecie incriminatrice deve porsi come modello comportamentale orientativo dell'agire, in modo da evitare di scaricare sul cittadino la responsabilità della perimetrazione dell'illiceità penale.

Nell'odierna società tecnologica il problema non è più eludibile: nella grande maggioranza (per non dire in tutte) le attività umane è inerente un pericolo di lesione; il precetto penale, però, non si traduce in un obbligo di evitare qualsiasi pericoloso prevedibile, bensì nello svolgere l'attività conformandosi a determinate modalità cautelari; sarebbe profondamente ingiusto gravare del rischio penale chiunque compia un'azione potenzialmente fortiera di eventi lesivi, chiedendogli di dedurre da solo (dalle sole circostanze *hic et nunc*) i confini di liceità del proprio agire, in totale assenza di chiari modelli comportamentali. Il tutto, con ovvie ripercussioni (negative) sul versante *ex post* dell'imputazione: in assenza di un potenziale normativo afferrabile, il giudice è libero di fissare come meglio crede il punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco, se del caso anche attraverso applicazioni analogiche del dovere di diligenza. In uno scenario del genere, la coincidenza tra regola di condotta e regola di giudizio diventa una evenienza quantomai rara: pare alquanto inverosimile, infatti, che *ex ante* il cittadino riesca ad "azzeccare" la combinazione (delle tante variabili da considerare nel bilanciamento) che il giudice giudicherà ottimale *ex post*.

A fronte di un modello che attribuisce al cittadino il governo del rischio negli stessi termini in cui lo responsabilizza con il divieto doloso – come il danno/rischio prodotto volontariamente si può sempre evitare non volendo, l'evento non voluto si potrebbe sempre impedire non agendo – deve opporsi che la volontà, a differenza dell'evitabilità, è un problema che resta tutto inerente al singolo individuo; il volere stigmatizzato è il suo e solamente il suo (ovviamente partendo dal presupposto del libero arbitrio e del dominio dell'individuo sulla propria volontà). Per contro, il giudizio di evitabilità del rischio è compartecipato: coinvolge conoscenze e un'assunzione pubblica di responsabilità.

⁷⁷ Di questo avviso MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 2, per cui le regole cautelari dovrebbero sottostare a «tutte le condizioni costituzionali richieste per la delimitazione della fattispecie oggettiva di reato».

Nel nostro ordinamento, invece, si è affermata la finzione per cui la gestione del rischio va tutta a carico del cittadino al quale, in fondo, si rimprovera di aver agito in un contesto rischioso, mentre ancora scarsa è la rilevanza riservata all'approfondimento del disvalore di azione inteso in senso propriamente normativo, ovvero al "tipo" di rischio associato alla sua condotta. Il che, come si diceva, è un vero e proprio controsenso posto che: alla colpa fa da sfondo un contesto-base in sé lecito; in certi casi, poi, in capo all'operatore è persino configurabile un dovere di agire che si combina, precedendolo logicamente, al dovere di agire con diligenza, per cui l'inserimento del soggetto in un campo di attività già pregno di un certo tasso di rischio (rischio perciò definibile esogeno) non è nemmeno frutto di una libera scelta⁷⁸.

Un simile ragionamento, infatti, se poteva reggere al cospetto delle fenomenologie di colpa "del passato" – principalmente collocate nel momento esecutivo dell'attività e associate a un rischio "endogeno", dovuto al malgoverno di un potenziale di offesa che il singolo ha deciso di correre esponendovi gli altri – mostra tutti i propri limiti in relazione alle fattispecie concrete oggi più problematiche: quelle legate a rischi di cui è già pregna la situazione-base (inculcati dall'interazione con l'agire pericoloso altrui, della natura, ovvero rischi *lato sensu* sistemici, stuturalmente connessi all'attività organizzata degli uomini) nelle quali la colpa si radica nel momento diagnostico-estimativo ed è manifestazione di una condotta ritenuta inadeguata sul versante della valutazione del rischio, del suo riconoscimento. Questi casi, infatti, evidenziano l'impossibilità di fare a meno di una mediazione socio-istituzionale che qualifichi normativamente l'evitabilità rilevante per il diritto, ovvero che indispensabile una mediazione socio-istituzionale, ovvero che la soglia di accettabilità sociale del rischio non può farsi dipendere dalla variabilità del giudizio di prevedibilità.

Trattando il rischio come un concetto indifferenziato e ubiquitario, la teoria della colpa penale si è sviluppata intorno a un dovere di diligenza anch'esso generalizzato e aspecifico, sulle orme del sistema aquiliano di "distribuzione del rischio": come ogni danno ingiusto cagionato con colpa fa scattare l'obbligo del

⁷⁸ Distingue tra pericolo c.d. esogeno e pericolo c.d. endogeno già GIUNTA F., *Quale colpa per la Protezione civile?*, in *Giust. pen.*, 2016, c. 125 ss., spec. c. 126.

risarcimento, dal principio del *neminem laedere* discenderebbe che ogni evento dannoso prevedibile ed evitabile dall'agente modello integrerebbe l'illecito penale colposo. In pratica, la colpa penale non si è mai affrancata fino in fondo dalla tradizionale impostazione psicologizzante, fondata sulla prevedibilità individuale, che rimette irrealisticamente al singolo anche la formazione delle regole che incarnano il principio di evitabilità. La prevedibilità, lo si vedrà, è un'attività di natura valutativa, soggettiva: è una regola di giudizio dalla quale non è possibile trarre indicazioni circa le regole di condotta rilevanti per il diritto. Pertanto, ricostruito sulla scorta del principio di prevedibilità, il dovere di diligenza resta criterio di imputazione: una clausola per niente dissimile da quella civilistica che ascrive, ma non modula la condotta. L'analisi della concezione ancora prevalente della colpa c.d. generica (e, data la sua tendenza fagocitante, della colpa come tale) ne darà compiuta conferma.

5. L'ALTERNATIVA TRA CONCEZIONE SOCIO-PRASSEOLOGICA E CONCEZIONE DEONTICO-NORMATIVA DELLA COLPA GENERICA

Alla luce dell'interpretazione dell'art. 43 c.p. qui accolta, si desume che le regole preventive possono trarre l'attributo della loro "obbligatorietà" attraverso due processi formativi, attraverso due tipologie di fonti di produzione.

In primo luogo, un processo di giuridicizzazione "formale", che avviene attraverso la positivizzazione delle regole in testi scritti («leggi, regolamenti, ordini o discipline»: fonti c.d. giuridiche) promananti da autorità a cui l'ordinamento riconosce la potestà di elaborare norme cautelari; la loro inosservanza dà luogo alla colpa c.d. specifica.

In secondo luogo, ed è qui che si annidano i maggiori problemi interpretativi, un processo di giuridicizzazione "non istituzionalizzato" che il codice descrive attraverso la formula della «negligenza, imprudenza o imperizia». Dandone una lettura coerente con la concezione normativa della colpa, trattasi di fonti c.d. sociali, *extra-giuridiche*, da cui promanano regole esperienziali volte a orientare le condotte secondo criteri di normazione spontanea, che acquistano rilievo giuridico in virtù della loro

affermazione nella prassi⁷⁹; perché si formi un uso cautelare è dunque necessario che le conoscenze che ne stanno a fondamento si siano cristallizzate come patrimonio consolidato e diffuso all'interno del gruppo sociale di riferimento. La loro violazione dà luogo alla forma di colpa c.d. generica.

Nella convinzione che le principali criticità del modello di illecito colposo invalso tanto in dottrina che giurisprudenza (soprattutto in termini di previa afferrabilità del tipo) abbiano alla radice un certo modo di intendere la colpa generica – in quanto tale e nei suoi rapporti con la colpa specifica – è da questa che è necessario prendere le mosse: tanto la ragion d'essere quanto i potenziali benefici della positivizzazione cautelare, infatti, rischiano di essere altrimenti vanificati dalla presenza cumulativa e opprimente di una colpa generica “senza regole”, stabilita con il *senno di poi*⁸⁰.

Per onestà intellettuale deve subito ammettersi che la ricostruzione della colpa generica attraverso i c.d. usi cautelari (orientamento c.d. socio-esperienziale) sia ancora minoritaria in dottrina, mentre a dominare (quasi) incontrastata è una criteriologia diversa, ereditata da un passato pre-costituzionale⁸¹; tuttavia, la prima è l'unica strada percorribile se si vuole pervenire a regole di condotta espressive di una evitabilità dell'evento in termini impersonali, ovvero indicative di una pretesa comportamentale fatta valere in termini oggetti e predefiniti. Le regole sociali fondate sulle (migliori) consuetudini cautelari, infatti, da un lato forniscono all'agente una indicazione orientativa di condotta – quella di conformarsi al comportamento della maggioranza – sgravandolo dal compito di saggiare la validità empirica della norma comportamentale, ovvero di coniare lui stesso, sul momento, il modo più adeguato di gestire il rischio⁸²; dall'altro, fanno maturare in capo ai terzi una certa aspettativa di condotta, se non addirittura una posizione di legittimo affidamento⁸³. Garantendo una

⁷⁹ Per una disamina di questa e delle diverse chiavi di lettura della colpa generica v. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 229 ss.

⁸⁰ La definisce «senza regole», PALAZZO F., *Pandemia e responsabilità colposa*, cit.

⁸¹ MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 3.

⁸² Sul punto v. GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 99.

⁸³ Precursore di questo indirizzo è GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 173 s. e p. 243 ss.; ID., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 97 ss. e, da ultimo, ID., *Culpa, culpae*, cit., p. 19 s. Dello stesso avviso è anche MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 633 ss. e, da ultimo, ID., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 16 ss. Sulla fonte

maggior predeterminatezza della regola *modale* doverosa, l'opzione in parola fa quindi da argine a pericolosi arbitri soggettivi, perché maggiormente capace di vincolare l'interprete al momento della motivazione; non solo, imponendo anche al PM di indicare, già nel capo d'imputazione, la prassi presuntivamente violata, essa osteggia il confezionamento di capi d'accusa attraverso il rinvio "tautologico" a un indistinto obbligo di diligenza, senza alcuna descrizione del comportamento umano che avrebbe infranto la regola socio-esperienziale (da che l'impressione che l'accusa sia per una colpa "generale", in funzione esplorativa, per il solo fatto di aver agito nella prevedibilità del rischio)⁸⁴.

Peraltro, ad avvalorare la ricostruzione prasseologica della colpa per "negligenza, imprudenza o imperizia" – da intendere come concetti (normativi) facenti riferimento ai comportamenti contrastanti con prassi cautelari di formazione consuetudinaria, rilevanti per il diritto – è la stessa dimensione "originaria" delle cautele, che è sociale, come sociologico è anche il concetto di "dovere di diligenza" da esse concretizzato; si aggiunga, che la rilevanza della "normalità" statistica quale criterio informatore della colpa è stata riconosciuta anche nel campo dal quale ha tratto origine l'elaborazione cardine del concetto di diligenza, quello della responsabilità civile⁸⁵.

Infine, oltre ai benefici apportati sul versante della determinatezza, questa lettura potrebbe ridimensionare il problema della caduta della legalità della fattispecie colposa anche sul versante della riserva di legge. Va premesso che l'esame di questo possibile contrasto richiederebbe riflessioni ben più approfondite, anzitutto sullo "stato di salute" di cui gode principio in parola; la sua effettività pare, in effetti, grandemente pregiudicata nel sistema penale attuale, laddove ne viene (più o meno pacificamente) ammessa la relativizzazione⁸⁶. D'altro canto, quella esposta è una conseguenza fisiologica della particolare conformazione dell'illecito colposo: assurdo sarebbe

consuetudinaria delle regole cautelari cfr. le riflessioni di PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 319 ss.

⁸⁴ Per un approfondimento in chiave anche processuale v. ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria)*, cit., p. 1571 ss., cui si deve anche la formula di «*culpa generalis*».

⁸⁵ Si veda quando detto sopra sul *buon pater familias* (Capitolo II, § 4.3).

⁸⁶ Sul processo di relativizzazione della riserva di legge v. MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 101 ss.

pretendere un modello di cautele “tutte nella legge”, quando è lo stesso art. 43 c.p. a delegare il completamento della fattispecie a fonti di produzione anche *extra-* o *sub-* legislative. Laddove poi, per operare pienamente, la fattispecie penale necessita di specificazioni tecniche, la natura relativa della riserva di legge ha ricevuto anche l’avallo della giurisprudenza costituzionale che ne ha ammessa l’integrazione attraverso regolamenti amministrativi⁸⁷: per cui, almeno nei casi di colpa specifica, in particolare quando si positivizzano normative cautelari c.d. tecniche, non espressive di scelte di valore facenti da perno alla tipicità, la problematicità della questione non andrebbe enfatizzata. Né sembrano ipotizzabili soluzioni diverse in grado di liberare l’illecito colposo dal contributo delle fonti secondarie o sociali⁸⁸.

Nel caso della colpa generica, si diceva, il ricorso agli usi consentirebbe di collocare il processo di completamento del tipo nell’ambito della consuetudine c.d. integratrice o *secundum legem* (v. art. 1 e 8 delle c.d. preleggi al cod. civ.)⁸⁹. A questa ricostruzione potrebbe opporsi, da un lato, che le prassi cautelari non siano sempre riconducibili alla consuetudine tecnicamente intesa, condividendo con essa solo alcuni caratteri del processo genetico: si tratterebbe di mere regolarità di comportamento sociale, di casi di normazione spontanea, la cui funzione, però, non dipende tanto dal dato oggettivo della ripetizione, né da quello psicologico *dell’opinio iuris*, quanto dal rappresentare lo schema appropriato (in termini di prevenzione) nella situazione concreta (c.d. congruenza allo scopo cautelare). Dall’altro, che alla consuetudine in senso tecnico non viene pacificamente riconosciuta la natura di fonte del diritto⁹⁰.

Ad ogni modo, anche negando la riconducibilità delle regole di esperienza dal contenuto cautelare (o c.d. generalizzazioni del senso comune) alla consuetudine

⁸⁷ Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1755, con nota di CERVETTI F., *Legge n. 818 del 1984 e questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, p. 1764 ss. Cfr. in questo senso, già Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1774, con nota di PACE A., che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 650 c.p. Sulla necessità di una relativizzazione della riserva in questi casi, per tutti, PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, p. 279 s.

⁸⁸ Così PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 323.

⁸⁹ Così GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 242 ss., nonché ID., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 97 ss. e ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 167 ss., spec. p. 168 sulla consuetudine integratrice. Sulla funzione integratrice della consuetudine cfr. CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*; Bologna, Il Mulino, 2017, p. 125 s., nonché CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappicchelli, 2017, p. 99 s.

⁹⁰ Muove queste critiche, CATRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 293 ss.

propriamente detta, la concezione socio-prasseologica resta quella più in linea con il modello di illecito abbracciato dal nostro sistema costituzionale: il completamento della fattispecie attraverso regole di matrice sociale permetterebbe di contenere il maggior rischio dovuto alla indeterminatezza della norma incriminatrice integrata ad arbitrio del giudicante. Non c'è dubbio, infatti, che una fattispecie colposa determinata grazie all'eterointegrazione da parte delle prassi (regole modali predeterminabili), sia da preferire rispetto a un'eterointegrazione cautelare totalmente rimessa al giudice: nel primo caso, quantomeno, è fatta salva la garanzia della prevedibilità del diritto, del tutto retorica nel secondo.

A questa ricostruzione si oppone la lettura (maggioritaria) c.d. normativo-deontica della colpa generica, che ne individua il criterio ricostruttivo – quindi il processo da seguire per enucleare il contenuto delle regole *obbligatorie*, seppur non formalizzate in documenti scritti – non nell'*id quod plerumque accidit*, bensì in ciò che avrebbe fatto il c.d. *homo eiusdem condicionis et professionis*, oppure, secondo altri, nella migliore scienza ed esperienza del momento⁹¹. O meglio, quello dell'agente modello e della miglior scienza non sono altro che parametri in base ai quali effettuare il tradizionale giudizio di prevedibilità-evitabilità dell'evento. A questi si aggiunge un ulteriore criterio, che spesso però non figura in modo autonomo, ma in combinazione agli altri due: quello del c.d. rischio consentito.

Ad accomunare tutte le varianti di questa chiave di lettura è l'assunto che le regole cautelari diverse da quelle istituzionalizzate, non possano essere ricondotte alla dimensione prasseologica; anzitutto, perché le prassi non sono sempre virtuose in ottica preventiva: ad essere diligente, si osserva, non è “*ciò che viene usualmente fatto*”

⁹¹ Tra le tante posizioni che ricorrono al c.d. agente modello come metro per ricostruire lo *standard* oggettivo di diligenza: GALLO M., voce *Colpa penale*, cit., p. 640; MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 193 ss.; ID., voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 508; ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 31 ss.; CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 295; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 458 ss.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 331 ss. A favore del criterio della migliore scienza: MANTOVANI F., voce *Colpa*, cit., p. 306 ss.; per un'esposizione dettagliata delle argomentazioni a favore del criterio della miglior scienza, con contestuale critica al criterio dell'*homo eiusdem*, v. GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, Parte I, Cap. II-VII-VIII.

ma “*ciò che si deve fare*”⁹². In sostanza, il rischio sarebbe quello di svalutare gli aspetti “normativi”, quindi di dissolvere la funzione preventiva, delle regole cautelari.

L’obiezione, a ben vedere, è faziosa e serve unicamente ad aggirare il problema della legalità della colpa: si definisce infatti uso o prassi “cautelare”, un modello di comportamento che origina dalla sua sperimentata idoneità a prevenire determinati eventi. Detto altrimenti, ciò che rende doveroso l’uso è proprio il fatto che il comportamento spontaneamente invalso non sia stata falsificato, ma bensì corroborato dall’esperienza nella sua efficacia cautelare: si tratta di un fatto normativo che si consolida nel tempo per imitazione, proprio in virtù della sua validità preventiva, impostasi sul piano dell’esperienza⁹³. Senza potersi qui dilungare sulla c.d. componente soggettiva della consuetudine (*opinio iuris ac necessitate*), basti riflettere che proprio gli esempi più frequentemente adottati dai sostenitori della concezione deontica della colpa (quelli della violazione delle distanze di sicurezza tra veicoli o della guida a velocità elevata) dimostrano in modo lampante la fallacia dell’obiezione: nessuno di coloro che tiene quei comportamenti lo fa nella convinzione della loro efficacia cautelare, né tantomeno della loro doverosità; è vero semmai il contrario⁹⁴. Invece, sarebbero moltissimi gli esempi di vere e proprie prassi “cautelari”: l’abitudine a tenere i bambini piccoli al riparo dal sole, quella di evitare che entrino in possesso di oggetti taglienti, accendini o medicinali; quella di chiudere o bloccare le persiane in caso di bufera ecc.

⁹² Sul punto, per tutti v. già MARINUCCI G., *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell’era dello sviluppo tecnico, Relazione* presentata al Convegno “*La criminalità colposa: aspetti giuridici e medico sociali*”, Camerino, 23-24 ottobre 1971, pubblicata in Marinucci G., *La colpa, studi*, Milano, Giuffrè, 2013 e ID., *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 29 ss. Analogamente, CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 294 ss. Sull’accusa di “sciatteria” in ambito medico v. CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 103 s.

⁹³ Sul punto v. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 17 ss. Per approfondimenti sulle dimensioni sociologica e deontologica degli *standard* cautelari cfr. CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 291 ss., spec. p. 294 ss. Per una ricostruzione del dibattito nell’ambito medico v. CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 91 ss., in particolare p. 98 ss. sull’alternativa delle prassi doverose.

⁹⁴ Per approfondimenti sul concetto di consuetudine v. ZORZETTO S., *Introduzione*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di ZORZETTO S, Pisa, ETS, 2008, p. 13 s. Ritieni che tra uso cautelare e “sciatteria” ci sia una «radicale contraddizione in termini» MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 18. Similmente, ritiene scorretto affermare che quanto si usa fare nella normalità dei casi avalli prassi scorrette BARTOLI R., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un’indagine giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2011, p. 49 ss.

Peraltro, la dottrina che fonda la colpa generica sull'inosservanza degli usi cautelari ha cura di precisare – sebbene parrebbe del tutto ovvio – che deve trattarsi delle prassi migliori e più consolidate tra quelle esistenti: solo così si garantisce un giusto equilibrio tra la necessità che la regola sia accessibile a chi agisce e le parimenti importanti istanze di tutela⁹⁵. L'aggettivo “migliore”, infatti, serve sottolineare che, tra le diverse modalità cautelari diffuse, l'operatore è chiamato a prediligere, e quindi a rispettare, quelle dotate di maggiore efficacia preventiva. Al contempo, trattandosi comunque di “prassi consolidate”, questa tesi non rischia di innalzare acriticamente la pretesa cautelare verso *standard* insormontabili (es. tecniche avanguardiste a disposizione di pochi, innovazioni elaborate a livello ancora sperimentale ecc.).

Questo aspetto è di centrale importanza della società del rischio: nella palese inadeguatezza di un modello di diligenza “unilaterale”, tutto incentrato sulla gestione privata del rischio, è necessario pensare a modelli alternativi che assicurino in ogni caso – anche laddove la legge parlamentare non riesce, per natura, ad arrivare – la democraticità delle scelte di criminalizzazione, per quanto qui interessa in relazione al rischio inerente all'esercizio di attività fisiologiche; scelte, dunque, non rimesse al singolo, chiamato a conformarsi a quanto avrebbe fatto un improbabile scienziato detentore della migliore scienza ed esperienza, e poi di fatto al giudice, lasciato libero di determinare in concreto la soglia della rilevanza penale sulla base del proprio senso di giustizia⁹⁶. Da questo punto di vista, l'origine sociale, non conflittuale, della consuetudine consente di raggiungere risultati soddisfacenti, quanto meno in relazione alle attività più comuni: essendo generalmente prive di tecnicismo, la ripetizione spontanea e costante da cui trae origine l'uso cautelare è capace di esprimere una soglia di accettazione del rischio concertata dalla collettività, sulla base dell'orientamento ai valori da essa assunto (c.d. rischio socialmente consentito)⁹⁷.

⁹⁵ GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss., spec. p. 167; ID., voce *Medico (responsabilità penale del)*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de “Il Sole 24 ore”*, vol. 9, Milano, 2007, p. 517 e in *Diritto penale*, della serie “*I dizionari sistematici*”, a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 880, nonché, da ultimo, ID., *Culpa, culpa*, cit., p. 9 s. e p. 20. Così anche MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 18, nonché PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 234.

⁹⁶ Cfr. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 584 s.

⁹⁷ Sulla genesi non conflittuale della consuetudine v. ZORZETTO S., *Introduzione*, cit. p. 13 s. In relazione alla colpa generica, v. GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 98; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 166, nonché PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 320.

In ogni caso, nulla vieterà al legislatore di innalzare ulteriormente la pretesa di diligenza attraverso la positivizzazione di normative cautelari più stringenti, se del caso imponendone il costante aggiornamento, qualora ritenga insufficiente il livello di tutela determinato dal corpo sociale in via prasseologica⁹⁸. In pratica, l'affermazione per cui la funzione del metro normativo della colpa sarebbe proprio quella di monitorare e regolare gli usi può condividersi nella misura in cui la verifica non spetti all'individuo, ma avvenga a livello istituzionale⁹⁹; fatto salvo, lo si vedrà, il caso in cui la scienza ne abbia acclarata la manifesta inutilità preventiva (prassi c.d. obsoleta o scarsamente informata)¹⁰⁰.

Infine, quanto alle “intollerabili” lacune punitive che si determinerebbero, a fronte di rischi del tutto nuovi o sporadici, laddove un modello di comportamento non abbia ancora modo di formarsi in via consuetudinaria, trattasi di un'ipotesi del tutto astratta: nel caso di fattori inerenti attività pericolose tecniche o comunque di particolare importanza socio-economica, queste sono generalmente assistite da norme positivizzate per cui il rilievo della colpa generica passa in secondo piano (per non dire che è nullo). Semmai possono assumere rilievo regole c.d. sperimentali, che però meriterebbero un discorso a parte¹⁰¹. Peraltro, si lo vedrà, nella casistica “moderna” della colpa, oltre alle regole positive “tradizionali” hanno assunto rilievo anche regole cautelari procedurali e protocollari, che contribuiscono a rendere ancora più remota la possibilità di un “vuoto” di regolamentazione.

Nel caso di attività pericolose “comuni”, invece, il solo fatto di essere svolte in modo diffuso e quotidiano rende improbabile una siffatta evenienza; senza nemmeno contare che per darne una valutazione in termini di pericolosità *ex ante*, è pur sempre

⁹⁸ GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 167, nonché anche MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 18 s.

⁹⁹ Nel senso che il criterio prasseologico contrasterebbe con la natura delle regole preventive, concepite come strumenti di regolamentazione e controllo degli usi sociali, ma non dotate, esse stesse, di natura prasseologica: PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 279 ss.

¹⁰⁰ Sulla questione, in particolare in ambito della sicurezza sul lavoro v. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 231 ss.

¹⁰¹ *Funditus* sul punto GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 102 s., nonché, con riguardo ai rapporti tra sperimentazione clinica e principio di precauzione, in particolare sotto il profilo della responsabilità colposa ID., *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.*, 2003, fasc. 1, p. 158 ss., spec. p. 178 ss.

necessario disporre di una qualche esperienza, sulla cui base si formano anche i modelli di condotta cautelare¹⁰².

Se, invece, si tratta di attività che non possano ritenersi pericolose *ex ante*, è opportuno che il diritto penale faccia un passo indietro: anzitutto, perché mancherebbe il “presupposto minimo” che rende ogni imputazione “colpevole”, ovvero una situazione di pericolo percepibile; inoltre, perché in questi casi la mancanza di regole comuni di diligenza è indicativa di comportamenti che non sono prevenibili attraverso l’adozione di accorgimenti cautelari, in quanto inerenti alla personalità o al carattere maldestro dell’autore. Basti pensare al gesto di aprire un ombrello per strada, laddove l’assenza di prassi cautelari testimonia che l’unica regola elaborabile sia il generalissimo monito di “farlo con attenzione”¹⁰³. Da che, un eventuale intervento penalistico assumerebbe le sembianze di una punizione per il modo di essere (c.d. diritto penale dell’autore) più che per il fatto commesso (c.d. diritto penale del fatto). Per contro, per assumere rilevanza ai fini della tipicità penale, la condotta del soggetto deve recare, come tale, una *oggettiva* carica di disvalore, pena l’illogicità di perseguire – solo perché ne è conseguito un evento dannoso – un comportamento che, da sé solo (scisso dall’evento), non integrerebbe nemmeno gli estremi del tentativo punibile¹⁰⁴.

In ogni caso, non deve dimenticarsi che nel settore penale – che è frammentario e sussidiario – la lacuna di tutela assume un importante valore garantistico, a difesa della libertà individuale. La moderna “bilanciabilità” di tale valore con pressanti esigenze di tutela è dunque da stigmatizzare in ragione della priorità accordata all’istanza di certezza in questo settore, anche a discapito della completezza di tutela¹⁰⁵. Il nodo, è evidente, sta nel decidere a quale potere spetti il compito di

¹⁰² In questo senso MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 638 s., nonché da ultimo ID., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19.

¹⁰³ Così GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 99 s. *Contra*, in giurisprudenza v. Cass., sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 24993, in *Guida al dir.*, 2012, n. 40, p. 60 ss., che ha condannato per lesioni colpose colui che, gesticolando sul marciapiede, aveva ferito al volto una passante (il caso è riportato e criticato da MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 6, nota n. 18).

¹⁰⁴ Così PAONESSA C., *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 645. Sul punto v., già prima, le considerazioni di GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 175, nonché, più recentemente, SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 944.

¹⁰⁵ Sul valore garantistico della lacuna MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19. Ritiene «prioritaria e assorbente» l’importanza della certezza GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit. p. 164 s.

bilanciare i valori in gioco (libertà personale di agire/tutela terzi): il nostro ordinamento ha fatto la scelta ideologica di affidarlo al legislatore e, soprattutto nel diritto penale, lo ha fatto in modo intransigente, proprio per evitare che il confine tra consentito e vietato sia relegato nell'ambito del processo e in tal modo affidato al giudice. In breve, come l'illecito doloso, anche l'incriminazione colposa deve restare "non pervasiva". Per contro, nulla esclude che possano operare strumenti diversi, segnatamente l'illecito aquiliano, capaci anch'essi di svolgere una funzione di orientamento comportamentale: stigmatizzando l'offesa in quanto tale (c.d. danno ingiusto), realizzata attraverso una qualsivoglia modalità aggressiva, la clausola civile riesce ad assicurare una tutela omnicomprensiva che nel penale sarebbe improponibile.

Così ricostruita, la polemica intorno a agli usi cautelari dovrebbe ridimensionarsi molto: nella moderna società del rischio le regole sociali sono chiamate ad operare in via "doppiamente" residuale, in relazione a fattori di rischio comuni, solo laddove manchino regole positivizzate o quando quelle esistenti siano contenutisticamente generiche (regole c.d. elastiche) o palesemente obsolete (nel presupposto ovviamente che sia disponibile una regola più efficace di fonte sociale). In sostanza, la colpa generica ha (o meglio, dovrebbe avere) un ruolo del tutto marginale, mentre una parte dei casi che tradizionalmente vi ricadevano potrebbero in effetti ricevere sufficiente tutela sul (solo) versante civilistico-risarcitorio; il riferimento va soprattutto a quelle ipotesi in cui la colpa, che per l'appunto all'epoca era ancora elemento soggettivo, si sostanziava in una generica disattenzione, avventatezza, distrazione psicologica (tutti connotati che rimandano alla personalità dell'agente), più che in un fatto oggettivamente "negligente" in ragione delle modalità di condotta tenuta¹⁰⁶. Di ciò darà conferma l'analisi dei rapporti tra colpa generica e specifica.

Per contro, ognuna delle ricostruzioni alternative a quella degli usi patisce limiti ben più consistenti: oltre ad avere implicazioni negative sul versante della legalità (e in particolare della determinatezza) della responsabilità colposa, queste finiscono per scaricare sul singolo (prima il cittadino e poi il giudice) il compito di valutare i livelli di tutela adeguati.

¹⁰⁶ Rileva questo aspetto Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 145.

Quanto al criterio del c.d. *homo eiusdem condicionis et professionis*, ne sono da tempo emersi i limiti, tuttavia, sebbene sia contestato ormai da più parti, di rado viene abbandonato¹⁰⁷. Il tentativo, semmai, è quello di darne una lettura «rivitalizzante» tale da renderlo più aderente ai «tipi ‘sperimentati e sperimentabili’»¹⁰⁸. A parere di chi scrive, il criterio dell’agente modello (o meglio della pluralità di agenti-modello modulati a seconda del contesto di riferimento) mal si presta al compito che gli è demandato: quello di realizzare una mediazione tra personalità dell’illecito e certezza del diritto. A detta dei suoi sostenitori, il suo punto di forza sarebbe proprio l’assenza di una dimensione universale: la figura, infatti, si presta a essere relativizzata, in modo da fotografare il soggetto, non accortissimo né coincidente con l’agente concreto, bensì “ragionevole e coscienzioso” appartenente a una cerchia di attività; da che, il comportamento di uno stesso operatore potrà apprezzarsi alla luce di tanti modelli, quante sono le attività (comuni o professionali) intraprese, anche occasionalmente¹⁰⁹.

In questo modo, l’espedito consentirebbe di fornire all’agente un modello deontologico (espressivo del “dover essere”, ovvero delle pretese dell’ordinamento in un dato contesto) e al giudice un criterio di accertamento tangibile e quindi suscettibile di controllo nei successivi gradi di giudizio. Senonché, passando dalla teoria alla pratica, deve ammettersi che il parametro abbia ben poco di afferrabile; al contrario,

¹⁰⁷ Tra gli oppositori, da sempre, GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 95 ss.; ID., *I tormentati rapporti*, cit., p. 1295 ss.; ID. *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 579 ss.; MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 623 ss., nonché Cfr. ATTILI V., *L’agente-modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss. e ID., voce *Colpa*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de “Il Sole 24 ore”*, vol. 3, Milano, Il Sole 24 ore, 2007, p. 300 s. e in *Diritto penale*, della serie “*I dizionari sistematici*”, a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 145 s.

¹⁰⁸ Così FORTI G., *Nuove prospettive sull’imputazione penale “per colpa”*, cit., p. 120. Nel settore medico abbraccia questa strada CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 102 ss. Milita a favore dell’agente modello anche BASILE F., *La colpa in attività illecita*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 280 s.

¹⁰⁹ PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 231 ss. Sul criterio dell’*homo eiusdem condicionis et professionis* la dottrina è sterminata a tendenzialmente uniforme nel delineare una molteplicità di “tipi” differenziati per settore di attività: tra i tanti v. VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, tomo II, *I delitti colposi*, diretto da MARINUCCI M.-DOLCINI E., Padova, Cedam, 2003, p. 173, nonché BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, a cura di BELLANTONI G.-VIGONI D., Piacenza, 2010, p. 209 ss. e in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2012.

nonostante gli sforzi compiuti, la dottrina non è riuscita a tradurlo in una figura riconoscibile, né tantomeno verificabile¹¹⁰.

Quanto al profilo della certezza, infatti, va tenuto presente che l'*homo eiusdem* è un discendente diretto del buon padre di famiglia e con questo condivide la natura elastica e valutativa; come il suo fratello civilistico, anche l'agente modello stenta a dismettere la propria veste di parametro giudizio interamente fattuale¹¹¹. Come questo, si trova stretto tra i due estremi del “massimo esperto universale” e dell’ “uomo medio”: da che, la questione, mai risolta, del punto fino al quale possa innalzarsi l'asticella del dovere di diligenza; facendogli impersonificare il punto di vista della miglior scienza, si pretenderebbe sempre la massima diligenza possibile; tendendo a ribasso, verso la “misura media”, ci si trova a confrontarsi con la questione del rilievo da accordare al mancato uso delle conoscenze e delle capacità superiori (eventualmente) possedute dall'agente reale rispetto al modello¹¹².

In effetti, più che servire da criterio a sé stante, l'*homo eiusdem* figura come parametro di misurazione della prevedibilità-evitabilità dell'evento, elaborato proprio nel tentativo di superare l'acclarata indeterminatezza e relatività di questa valutazione. Tuttavia, nel suo essere una versione raffinata della teoria della prevedibilità, il criterio in parola ne eredita l'incapacità a distillare, tipizzandoli, dei puntuali “modi” di comportamento cautelare, ovvero a confezionare la regola di condotta doverosa *ex ante* espressiva della misura di c.d. evitabilità richiesta dell'ordinamento¹¹³. Alla domanda “*come* si doveva fare?” arriva la tautologica risposta “come avrebbe fatto l'agente modello”: le semplificazioni probatorie e in punto di motivazione sono a dir poco evidenti. La ragione, lo si accennava, va ricercata nell'utilizzo della prevedibilità

¹¹⁰ Per tutti MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 623 ss., spec. p. 624.

¹¹¹ GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 164 s.

¹¹² Sull'annoso dibattito v. DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario: misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 94 ss. A favore della tesi più condivisa (c.d. tesi “intermedia”) che valorizza la distinzione tra conoscenze causali superiori e speciali capacità soggettive, riconoscendo solo alle prime la possibilità di assumere rilevanza nel giudizio di colpa: GALLO M., voce *Colpa penale*, cit., p. 640 ss.; MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 195 ss.; FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 274 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 427 ss.; DE VERO G. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, cit., p. 233 ss. *Contra*: GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 159 e p. 245 ss., per cui l'agente non possa essere costretto a usare le proprie conoscenze superiori sotto la minaccia della sanzione penale.

¹¹³ In argomento, da ultimo, GIUNTA F., *Culpa, culpa*, cit., 11 ss.

in funzione sostitutiva della legalità formale: transitando dal piano della colpevolezza a quello della tipicità, la prevedibilità si è oggettivata, ma in tema di colpa ha difficoltà a “farsi normativa”, a diventare un elemento stabile che possa fungere da argine a possibili manipolazioni. In altre parole, facendo dipendere la misura dell’evitabilità rilevante da un giudizio predittivo (rimesso prima all’agente e poi al giudice), la tipicità della colpa sarà sempre nebulosa.

Ne dà conferma il fatto che anche l’agente modello (quale misura oggettivata delle prevedibilità) – lungi da sottendere una figura sociologica di riferimento – è sostanzialmente rimesso al giudicante, che vi trova un agile strumento per motivare decisioni prese in base ai più disparati parametri, tutti comunque destinati a restare nell’ombra¹¹⁴. In pratica, l’unica certezza che sembra derivare ricorrendovi, è quella della condanna dell’imputato per non essersi conformato all’ipotetico comportamento del tipo ideale: a differenza del suo antenato civilistico, il succedaneo penalistico non rischia di tendere al “ribasso” incarnando una “mediatezza” biasimevole, quanto di puntare troppo in altro, portando agli estremi il solidarismo insito nell’imputazione per colpa¹¹⁵. In effetti, guardando alle applicazioni pratiche del criterio, si ha l’impressione che l’imputazione per colpa persegua obiettivi salvifici: ancor più quando al vuoto psicologico della colpa si unisce il vuoto naturalistico dell’omissione; in detti casi, infatti, il giudizio di colpa viene quasi sistematicamente sovrapposto all’accertamento della causalità omissiva e sbrigativamente concluso in termini positivi, senza domandarsi se l’agente avesse il dovere di evitare un certo evento e, soprattutto, se avesse i poteri impeditivi necessari¹¹⁶.

Tacciato di incarnare un “superuomo” pronto a tutto, l’agente modello ha infatti dimostrato più volte la sua attitudine a estendere a dismisura l’area di rilevanza penale del dovere di diligenza¹¹⁷. Da ultimo, veicolando all’interno dell’istituto della

¹¹⁴ Pur ammettendo che il “modello” sia in fin dei conti messo in mano al giudice, lo ritiene un espediente non facilmente rinunciabile, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 322 s.

¹¹⁵ Lo notava già GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., p. 1296. Contro la supposta funzione educativa delle regole cautelari v. anche DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 88 ss., spec. p. 90.

¹¹⁶ Sulle problematiche connesse alla colpa nei reati omissivi impropri v. già SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, Cedam, 1975 e, più di recente, tra i tanti, MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne Editrice, 2011.

¹¹⁷ Per tutti GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 579 s. Per una delle (rare) sentenze in cui il parametro dell’agente modello è stato impiegato per giungere a esiti non colpevolisti v. SALE

colpa una logica c.d. precauzionale dei rischi (al posto della tradizionale logica c.d. preventiva dei pericoli) deformando il giudizio di prevedibilità¹¹⁸. Il tutto dispetto della retorica affermazione per cui la responsabilità penale non avrebbe scopi educativi o migliorativi della società, ma tenderebbe unicamente a ripristinare l'ordine sociale violato. La protezione sociale, invece, dovrebbe essere costruita in maniera diametralmente opposta, cioè *ex ante*: non può assicurarla il giudice con lo strumento repressivo della pena, agendo ai danni del singolo che viene trasformato in capro espiatorio, strumentalizzato per placare l'angoscia collettiva¹¹⁹. La vittima del processo penale deve essere tutelata fuori dal processo, in ottica civilistica, in chiave di prevenzione o di assistenza dopo il fatto, ma non certo colorando il processo di spinte valoriali delle quali dovrebbe rimanere privo. Certo, in questo modo si sceglie una strada più breve e meno impervia, ma inefficace ad accrescere i livelli di sicurezza sociale, per cui servirebbe un intervento complesso, anzitutto di educazione culturale.

In ultimo, oltre a non consentire una adeguata demarcazione della condotta tipica sul versante oggettivo, il riutilizzo del parametro dell'*homo eiusdem* (in veste "personalizzata") sul piano della misura c.d. soggettiva, trattandosi pur sempre di un "punto di vista" oggettivato, non è stato capace di appagare fino in fondo nemmeno le istanze della colpevolezza. In pratica, cercando un compromesso tra predeterminabilità del rischio penale e personalizzazione dell'addebito, il criterio non ha soddisfatto nessuno dei due obiettivi¹²⁰.

A fronte delle difficoltà patite dalla figura modello e con l'intento di fornire un metro realmente oggettivo, suscettibile di rilevare sul versante dell'illecito, altri hanno preferito incarnare il punto di vista esterno della prevedibilità ricorrendo al criterio

C., *Il versante innocentista dell'agente modello: una sentenza in materia di responsabilità dei responsabili di una casa di riposo per omesso impedimento del suicidio di una paziente affetta da depressione*, nota a Trib. Sassari, ud. 14 dicembre 2012 (dep. 9 gennaio 2013), Giud. Altieri, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2013.

¹¹⁸ Il riferimento è alla c.d. vicenda di Porto Marghera (Cass.pen., 17 maggio 2006, n. 4675, in *ItalggiureWeb*, www.italgiure.giustizia.it, p. 283.) nella quale l'agente modello creato dal giudice personificava un superuomo-scienziato dal quale pretendere un aggiornamento portato all'estremo, fino alle conoscenze possedute da isolati centri di ricerca, e l'eliminazione del rischio ad ogni costo (c.d. livello di rischio zero). Per approfondimenti sulla vicenda, tra i tanti, PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684 ss.

¹¹⁹ Mette bene in luce questi rischi MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19 s.

¹²⁰ Rileva i limiti sul versante soggettivo, tra i tanti, GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 107 ss.

della “miglior scienza ed esperienza del momento”, ovvero pretendendo sempre da tutti il massimo della diligenza, quindi un costante dovere di aggiornamento; anche questo, però, si è dimostrato un metro altrettanto inconcludente¹²¹.

Trattandosi di un criterio puramente *naturalistico*, risulta inadatto a fondare una pretesa comportamentale che possa dirsi *assiologico-normativa*, frutto cioè di una ponderazione valutativa tra esigenze contrapposte (segnatamente, la garanzia della libertà di azione individuale e la tutela di beni giuridici rilevanti, primo tra tutti quello dell’incolumità pubblica e privata)¹²². Infatti, esigendo da tutti il massimo di accortezza, prudenza e diligenza possibili e immaginabili in un certo momento storico, il criterio frustra eccessivamente la libertà di azione individuale, optando, invece, per una tutela incondizionata dei beni giuridici coinvolti. In pratica, l’idea che la regola cautelare debba individuarsi sulla scorta delle migliori acquisizioni scientifiche del momento (anche se non ancora calate nella comunità di riferimento) ne offusca la funzione “tipizzante”, perché la priva di qualsiasi efficacia orientativa. Il rischio, allora, è quello del regresso a un modello di colpa come mera colpevolezza: essendo costruita su saperi (per lo più) indisponibili all’agente concreto, la regola cautelare smarrisce la propria valenza conformativa all’interno del tipo colposo, il quale viene conseguentemente assorbito nella sfera della colpevolezza; è infatti ai criteri “soggettivi” ad essa pertinenti che viene interamente riemessa la modulazione della responsabilità¹²³.

Ma non è tutto. Anche a tacer d’altro, *in primis* la sostenibilità economica di un dovere di sicurezza siffatto, la tesi sembra muovere da un concetto di scienza seicentesco, astorico e utopico: guardando al panorama scientifico moderno, infatti, balza agli occhi che “scienza” non sia sinonimo di soluzioni chiare, univoche o obiettive, tali da poter essere seguite avalutativamente; a causa della sua crescente

¹²¹ Per approfondimenti v. GROTTA M., *Principio di colpevolezza*, cit., *passim*. che ne abbraccia l’adozione.

¹²² Sottolinea la natura naturalistica del parametro PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 323. Per l’opinione contraria, che sostiene il ricorso al parametro della migliore scienza per la perimetrazione della c.d. misura oggettiva di diligenza v. per tutti GROTTA M., *Principio di colpevolezza*, cit., spec., p. 165 ss.

¹²³ È nel contesto dell’accertamento della colpevolezza, infatti, che i sostenitori della ricostruzione in esame propongono di far operare il criterio dell’agente modello; per tutti v. GROTTA M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 423 ss. Per una critica v. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 578 ss. e, più di recente, PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 235 s., spec. nota n. 89.

professionalizzazione, ne deriva una grande mole di teorie scientifiche diverse, più o meno accreditate, dunque di saperi contraddittori. Sul mercato, inoltre, pullulano congegni cautelari “progressivi” in termini di intensità preventiva, soggetti a costante sviluppo e rapidi aggiornamenti tanto che, a volte, la reale portata innovativa dell’ultimo “reperto” cautelare può risultare dubbia, oscurata dalle logiche di mercato¹²⁴.

Pertanto, a differenza di ciò che danno a intendere i suoi sostenitori, il punto di vista della “migliore scienza” non si traduce in una direttiva comportamentale unica, dal significato ben determinato, dunque tale da poter essere interpretato in un solo modo¹²⁵. In definitiva, oltre a porsi in contrasto con la valutatività sottesa all’opzione attinente alla tipicità, la soluzione fallisce anche nell’intento di dare maggiore obiettività al dovere c.d. oggettivo di diligenza. In generale, infatti, perché la miglior scienza possa produrre regole di condotta in capo agli operatori di un settore, deve aver superato il livello della “sperimentazione”, ovverosia, deve essersi “diffusa” in modo da rendere fruibile la cautela al resto dell’umanità¹²⁶.

Infine, criticità non minori posso muoversi al criterio di c.d. rischio consentito¹²⁷. Nella pratica, la dottrina vi ha fatto spesso ricorso in combinazione con il criterio dell’agente modello, in modo tale da “sanarne”, integrandolo, le insufficienze sul versante della determinatezza¹²⁸: l’intento è quello di evitare che il giudizio di prevedibilità, modulato secondo il prototipo di agente, renda di fatto illecita

¹²⁴ Per approfondimenti v. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 234, nonché ATTILI V., *L’agente-modello ‘nell’era della complessità’*, cit., p. 1255.

¹²⁵ Sul punto v. CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 97 ss.; DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 170; PERIN A., *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 1402 ss. Per una panoramica dei parametri utilizzati in riferimento all’ambito sanitario v. CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 58 ss.

¹²⁶ GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., p. 589, per cui «la legge causale scoperta dallo scienziato, che opera isolato nel suo laboratorio, non crea obblighi di allineamento cautelare in capo all’intera umanità».

¹²⁷ Sul problema del rischio consentito, cfr. MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 55 s.; FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 249 ss., 453 ss.; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 205 ss.; MARINI G., “*Rischio consentito*” e tipicità della condotta, *Riflessioni in Scritti in memoria di Renato dell’Andro*, vol. II, Bari, Cacucci, 1994, p. 539 ss.; CASTALDO A.R., *La concretizzazione del “rischio giuridicamente rilevante”*, cit., p. 1096 ss.; PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit., p. 59 ss. e, più di recente, ID., *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*, cit., p. 120 ss.; BRUSCO C., *Rischio e pericolo*, cit., p. 383 ss.

¹²⁸ Lo ritiene riconducibile all’agente modello Militello V., *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 142 s.; FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 250 ss.

qualsiasi offesa conseguente all'esercizio di attività lecite. Da che, l'ingresso dell'*Erlaubtes risiko* a riassumere il potenziale di offesa connaturato allo svolgimento di queste attività, il quale, sebbene prevedibile, non avrebbe spinto l'*homo eiusdem* all'astensione¹²⁹. Anche questo criterio, allora, non è altro che un raffinato aggiustamento, un correttivo del giudizio di prevedibilità: a differenza dell'agente modello, che ne fornisce il metro, questo ne costituisce invece una limitazione, perché consente di escludere dal suo ambito tutte quelle lesioni, certo possibili, che l'ordinamento accetta in virtù dell'utilità sociale dell'attività.

Nonostante il merito di aver saputo evidenziare i nessi intercorrenti tra condotta illecita ed evento, anche di questa teoria sono da tempo emerse tanto le insufficienze sul versante della determinatezza, quanto la scarsa valenza euristica¹³⁰. Muovendosi in contesti sorretti da regole cautelari positivizzate in testi scritti o caratterizzati dalla presenza di prassi cautelari diffuse o da *best practices* procedimentalizzate, il criterio del rischio consentito è privo di utilità dal punto di vista euristico; quale espressione dell'effetto liberatorio del rispetto delle cautele doverose (definite tali in base ad altri espedienti), la sua valenza è solo descrittiva.

Laddove, invece, le suddette regole di diligenza manchino – ma l'ipotesi sembra quasi del tutto teorica – la formula in parola non consente, da sé sola, di realizzare l'*actio finium regundorum* richiesta sul versante della tipicità, mentre l'esatta delimitazione dell'area di “rischio consentito” risulta difficile anche agli occhi di chi se ne avvale¹³¹. Inteso come categoria “autonoma”, infatti, il “rischio consentito” serve da serbatoio per una pluralità di criteri che, mediante un bilanciamento di

¹²⁹ MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 207 ss.

¹³⁰ Tra i tanti che hanno dubitato della precisa delimitazione operativa del criterio, v. GALLO M., *Colpa penale*, cit., p. 640; MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 209 s.; RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1356 ss., in partic. p. 1375 s. Più di recente v. MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 626 ss.

¹³¹ Riconosce che la delimitazione operativa del criterio sia una questione ancora «incerta» e «sfumata» CASTALDO A.R., *La concretizzazione del “rischio giuridicamente rilevante”*, cit., p. 1096. Sul punto cfr. FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 252, che parla di un «alone di incertezza» che circonda la figura; COLOMBI CIACCHI A., *Alla ricerca della determinatezza della fattispecie colposa*, in *L'Indice penale*, 2005, fasc. 2, p. 761 ss., in partic. p. 763 sui confini poco netti del rischio consentito, nonché BLAIOTTA R., *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, cit., che ritiene difficile stabilirne «il punto di equilibrio, la linea di confine che segna il passaggio dal lecito all'illecito». Più di recente GIUNTA F., *Culpa, culpa, culpa*, cit., p. 4 per cui il concetto di rischio (consentito) non aiuta a individuare la regola cautelare.

interessi discrezionale per natura, permettano all'interprete di perimetrare *ex post* l'area di accettabilità dell'evento causato dalla condotta pericolosa¹³². Lo sforzo, quindi, è quello di fornire al giudice una griglia di strumenti orientativi per diagnosticare la colpa al momento dell'imputazione; lo scopo, invece, quello di guidarlo e vincolarlo al tempo stesso.

In assenza di regole di diligenza precise, questo modo di ragionare difficilmente potrà soddisfare l'esigenza di una tipicità colposa "forte", ovvero aumentare la determinatezza della responsabilità quanto al profilo della regola cautelare da osservare. In ogni caso, il limite maggiore di questa teorizzazione resta l'affidamento al giudice del prudente apprezzamento tra gli interessi contrapposti¹³³: egli dovrebbe sancire il discrimine tra azione tipica e atipica dopo aver saggiamente ponderato, da un lato, il grado di probabilità della lesione, la gravità della stessa nonché l'importanza dei beni giuridici in gioco; dall'altro, la meritevolezza dell'obiettivo perseguito dall'agente, l'utilità sociale dell'attività svolta per l'ordinamento, la tipologia dei mezzi impiegati per ridurre la pericolosità della condotta e via discorrendo. Mancando di dati realmente obiettivi, l'interprete dovrebbe idealmente rifarsi ai valori e ai principi dell'ordinamento, senza cadere in facili precomprensioni o cedere senz'altro alle pressanti istanze di tutela. Tutto ciò, con l'unico limite dell'obbligo di motivazione, da adempiere attraverso un'argomentazione "normativa"¹³⁴.

La discrezionalità, per non dire l'arbitrio che ne deriva, è ormai riconosciuta dalla stessa magistratura: «l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra il lecito e

¹³² Sul punto v. GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 167. Sul bilanciamento di interessi cfr. MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 152 ss. e 169 ss.; CASTALDO A.R., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, cit., p. 1096 ss.; COLOMBI CIACCHI A., *Alla ricerca della determinatezza della fattispecie colposa*, cit., p. 763 ss.; BRUSCO C., *Rischio e pericolo*, cit., p. 391 ss., nonché PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 239 ss., dove distingue un profilo "formale" e uno "politico" del rischio consentito. Nella dottrina tedesca cfr. ROXIN K., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I: *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, III ediz., München, 1997, § 34 n. 37 s.

¹³³ Osservano che la categoria implichi «valutazioni e bilanciamenti che sarebbe opportuno non affidare al solo giudice penale» FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 584. Parimenti critico è MARINI G., *"Rischio consentito" e tipicità della condotta*, cit., p. 562. Analogamente PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 240. Più in generale, critica il riconoscimento, tanto in dottrina che nella pratica giudiziaria, di ambiti sempre maggiori di discrezionalità in capo al giudice v. STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 499.

¹³⁴ WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 45, ove rileva che la definizione del limite di rischio "socialmente adeguato" sia uno dei compiti più difficili del giudice. Sul punto cfr. MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit., p. 629.

l'illecito è proprio il giudice», che assume una funzione «*equilibratrice*», «*di regolatore*»¹³⁵. Queste affermazioni dovrebbero indurre una riflessione profonda sull'opportunità di un simile esito, anzitutto perché nel nostro ordinamento il giudice si presenta nella veste di “tecnico”, ingaggiato per concorso, privo di legittimazione democratica e quindi di responsabilità “politica”. Con ciò, non si intende disconoscere l'esistenza di un certo margine di discrezionalità giudiziale nell'accertamento della responsabilità colposa; altra cosa, però, è che tale potere concerna la portata dell'incriminazione, il confine astratto dell'illecito, che è rimesso al legislatore, non ultimo per evidenti esigenze di uniformità e uguaglianza. Ragionare diversamente vorrebbe dire rinunciare alla tipicità intesa come categoria laica: che riveste il “fatto” incriminato di una accezione “descrittiva”, “depoliticizza” il giudizio dell'interprete e preclude il rischio di una sua deriva “eticizzante”¹³⁶.

In conclusione, intorno alla divaricazione tra queste due impostazioni di fondo (socio-esperienziale o deontica) si gioca la tenuta della tipicità della colpa: dal modo in cui si ricostruisce la colpa generica dipende la predeterminatezza della regola cautelare sul piano giuridico. Dietro all'opzione seguita, allora, si cela una presa di posizione a favore o contro una certa libertà valutativa del giudice. Muoversi contro una tale apertura alla creatività giurisprudenziale non è solamente una scelta del singolo studioso, ma è, prima di tutto, la scelta operata dal nostro ordinamento.

Il processo storico che ha interessato la responsabilità per colpa ha infatti smentito, sul piano normativo, la profezia di autorevole dottrina, secondo cui – in ragione dei limiti patiti da quella specifica – il modello normativo egemone sarebbe stato quello della colpa generica¹³⁷: la tendenza successiva è stata invece nel senso di una crescente e continua positivizzazione (più modernamente, anche procedimentalizzazione e “protocollizzazione”) delle regole cautelari come elemento di certezza. La storia della colpa, infatti, ha visto l'affermarsi della regola cautelare come un qualcosa di diverso e di realmente normativo: la *regola* preventiva vuole

¹³⁵ Così BLAIOTTA R., *Colpa e gestione del rischio*, cit. (corsivo nostro).

¹³⁶ Cfr. GIUNTA F., *Culpa, culpae*, cit., p., che nell'accezione “descrittiva” in parola scorge il vantaggio di mettere al riparo la decisione del giudice da una «valutazione diretta del corpo sociale». Mette in luce il rischio di una siffatta deriva, MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p.19 s.

¹³⁷ MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 163 s.

essere diritto, in ciò distinguendosi dal generico *dovere* di diligenza che era, ed è tuttora, mero fatto.

Per cui, se in passato – quando la positivizzazione era un fenomeno ancora secondario – era del tutto comprensibile che la dottrina si sforzasse di conformare l’“essenza” della colpa specifica a quella della colpa generica (*id est*, la prevedibilità/evitabilità), onde evitare che la prima si risolvesse in una malcelata forma di responsabilità oggettiva; oggi, nel predominio teorico della colpa “per inosservanza”, è necessario intraprendere il percorso contrario¹³⁸.

All’approfondimento dogmatico svolto nell’ultimo cinquantennio va indubbiamente riconosciuto il merito, da un lato, di aver messo al riparo la colpa specifica dalla logica del “*versari*”; dall’altro e soprattutto, di averne messo in luce le profonde differenze *funzionali* rispetto alla colpa generica. Tuttavia, nonostante gli sforzi, si deve ammettere che quest’ultima forma di colpa – il cui nome non viene a caso – ancora fatica a lasciare la sua “vecchia” veste di “fatto-colpevolezza” per assumere quella di “fatto-tipicità-colpevolezza”¹³⁹. La sua natura “flessibile” ne costituisce al tempo stesso il punto di forza e di debolezza: più capace di adattarsi alle svariate situazioni in cui è svolta una certa attività, essa tende però a diventare uno strumento facilmente maneggiabile dal giudice *ex post*. Anche in ragione dell’argomento per cui la varietà delle situazioni di rischio impedirebbe di prevedere in astratto ed *esaustivamente* le regole cautelari da rispettare, la duttilità della colpa generica rischia di risolversi – come di fatto è avvenuto – in un affidamento dell’intera valutazione alla “saggezza” del giudice penale, psicologicamente incline, per la natura del suo ruolo, a sentire più forti le istanze di tutela rispetto a quelle di garanzia¹⁴⁰.

Più difficile, quindi, che l’opera concretizzatrice del dovere di diligenza da parte della giurisprudenza si traduca (come dovrebbe) in un accertamento articolato “in due tempi”: quello antecedente, che consiste nella ricostruzione della condotta colposa tipica mediante l’identificazione delle regole cautelari preesistenti, idonee a

¹³⁸ Per questo rilievo v. GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 163 s.; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 579

¹³⁹ GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, Edizioni ETS, 2019, p. 27 per cui «*nomina sunt consequentia rerum*».

¹⁴⁰ Cfr. GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 150 s. Sulle “precomprensioni” che condizionano fisiologicamente l’interprete v. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, fasc. 12, p. 1545 ss.

fronteggiare l'evento lesivo prodottosi, che l'agente era specificamente tenuto a osservare; a seguire, l'accertamento della negligenza del fatto storico (c.d. in concreto), quindi la valutazione della rimproverabilità soggettiva del soggetto *hic et nunc*.

Il tutto, con ripercussioni negative anche nei settori colonizzati da una colpa "istituzionalizzata", non ultimo per via di infiltrazioni costanti da parte della colpa generica, anche ma non solo nella sua veste c.d. residuale: non riuscendo a *specificare* quest'ultima sì da raggiungere *standard* di tipicità adeguati, è inevitabile che si finisca per *generalizzare* quella specifica, con ciò vanificando ogni sorta di distinzione concettuale.

Come si diceva, questa compenetrazione ha implicazioni non indifferenti con riguardo alla strutturazione dell'illecito colposo perché vanifica la centralità assunta dalla regola cautelare quale realtà "normativo-conformativa" e rilascia un'immagine di colpa (penale) costruita sul calco di quella civile: una sorta di fattispecie atipica di responsabilità "per il rischio", in cui la "negligenza" opera come criterio ascrittivo *ex post*, grazie alla quale soddisfare in maniera "generalizzata" l'esigenza, certo esistente, di garantire la "riparazione" di danni spesso particolarmente gravi¹⁴¹.

Ciò che si trascura è appunto la funzione svolta dal principio di tipicità nel diritto penale. Una funzione sicuramente di certezza, ma anche e soprattutto di garanzia: non solo perché assicura al cittadino la conoscibilità *ex ante* dell'area dell'illecito ma, in generale, perché volta a impedire il rischio (particolarmente elevato nella colpa) di una deriva di "eticizzazione" del diritto penale.

Infatti, seppur risultante da complessi bilanciamenti di interessi, quindi da valutazioni, il tipo criminoso si presenta al giudice come una categoria avalutativa, che descrive un complesso di fatti avvinti da un contenuto di disvalore omogeneo, ritenuto tale da giustificare l'intervento dello strumento più invasivo contemplato dal nostro ordinamento. La regola cautelare partecipa a tali funzioni "selezionando", *ex ante* e in maniera frammentata, il tipo rischio che potrà dare origine a responsabilità colposa – quello risultante dalla violazione delle modalità comportamentali da essa indicate – e vietando contemporaneamente al giudicante di estenderne la portata in via

¹⁴¹ Giunge a simili conclusioni PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit.

analogica¹⁴². “Punto di contatto” e “terreno di dialogo” tra il disvalore di azione e di evento nell’illecito colposo, la regola cautelare legittimata a completarne il “tipo” si fa dunque “*hard law*”¹⁴³; in un certo senso, si potrebbe quasi dire che sia questa a svolgere il ruolo normalmente spettante alla “parte speciale” del diritto penale, nei cui riguardi è stata appunto elaborata la categoria “moderna” della tipicità. Certo, anche nelle fattispecie colpose di evento causalmente orientate è pur sempre la fattispecie astratta (di parte speciale) a contenere il precetto generale (ad esempio, il divieto di causare la morte di un uomo per colpa *ex art. 589 c.p.*); tuttavia, la presenza dell’elemento colpa fa sì che la concreta modulazione della tipicità colposa sia rimessa alle regole cautelari, le quali frammentano il disvalore di azione in altrettante modalità tipiche. Ciò a differenza di quanto accade sul versante del fatto doloso, la cui tipicità di condotta resta calcata sul nesso causale naturalistico, perché assorbita dalla (preponderante) direzione finalistica impressa all’azione (il disvalore di condotta quasi “inglobato” da quello d’intenzione).

Ciò non significa che la colpa penale non sia anche elemento soggettivo di “colpevolezza” ma solo che, per diventare veramente tale, sia necessario darne anzitutto una conformazione rispondente ai corollari di garanzia imposti sul versante del “fatto” (*id est*: tipicità, frammentarietà-determinatezza, divieto di analogia).

Proprio in questo aspetto sta (almeno sulla carta) anche la distanza abissale rc che la separa rispetto al paradigma della colpa civile: da un lato, si ha un illecito dalla struttura rigida e tassativa, dal disvalore di comportamento “iper-tipicizzato”, ma altresì colpevole, che tara sulla persona umana, intesa nella propria individualità, le conseguenze delle sue azioni; dall’altro lato, invece, una clausola imputativa dei “costi” del rischio atipica, flessibile, dal sapore “universaleggiante”, che si dirige principalmente all’interprete del diritto, più che all’insieme dei cittadini.

Quella di portare a termine la rivoluzione intrapresa dalle concezioni normative della colpa è indubbiamente un’impresa coraggiosa e non semplice; eppure

¹⁴² Sul punto v. DONINI M., *Prassi e cultura del reato colposo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2019, p. 2 ss., per cui, sebbene la violazione di una regola spersonalizza indubbiamente l’addebito, la stessa lo rende anche oggettivamente più chiaro; lo laicizza in modo tale che il pubblico ministero prima, e il giudice poi, abbiano di fronte «la descrizione di un fatto, non una valutazione etica».

¹⁴³ Cfr. GIUNTA F., *Culpa, culpae*, cit. p. 3. Ritiene che alle regole cautelari vadano estese tutte le garanzie di cui all’art. 25, comma 2, Cost. anche MICHELETTI D., *La colpa del medico*, cit., p. 193 ss.

indispensabile per liberarsi da una illecito ancora intriso di psicologismo (colpa perché si è stati disattenti, superficiali, perché non si è previsto l'evento), di naturalismo (colpa perché non si è impedito l'evento prevedibile ed evitabile) e di oggettivismo (colpa perché non si è osservato un certo comportamento, perché si è disatteso una regola peraltro spesso ricostruita sulle capacità straordinarie dell'agente modello o della migliore scienza del momento). È certo però che questa strada vada percorsa con realismo e senza ingenuità, non certo aggrappandosi a una idea di legalità tutta “nella legge” (primaria) e, per quanto qui interessa, all'illusione che una realtà dinamica come quella moderna possa trovare adeguata regolamentazione in cautele statiche, intrappolate in testi di mano parlamentare, tutte di natura sostanziale e sempre uguali a sé stesse.

6. LE RAGIONI DELLA POSITIVIZZAZIONE: BENEFICI E PRESUPPOSTI DI FONDO

Sul versante strutturale, lo si è visto, la colpa ha una essenza unitaria: è violazione di una pretesa cautelare, nel suo rapporto con il verificarsi di una situazione lesiva (l'evento colposo). In via generale, indipendentemente dalla fonte di produzione, le regole cautelari descrivono la pretesa comportamentale la cui osservanza è indicata come doverosa in una data situazione: esplicitando la condotta integrativa della pretesa di diligenza prescritta hanno tutte natura conformativo-modale.

Sul piano funzionale, invece, la colpa è bifronte: generica o specifica. I due paradigmi sono dunque strutturalmente omogenei, ma funzionalmente differenti, tanto da non poter mai concorrere tra loro sulla stessa situazione di rischio¹⁴⁴. Il divario, quindi, non riguarda tanto il carattere formalizzato o meno della cautela, quanto la

¹⁴⁴ Così PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1482; ID., *Il volto e la “formalizzazione” delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 540 ss.; ID., voce *Colpa*, cit., p. 230 s. Dello stesso avviso anche ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatória)*, cit., p. 1571 ss.; ID., voce *Colpa penale*, cit., p. 303 s.; MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 27 ss., 54 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 325 s.; GIUNTA F., *Culpa, Culpae*, cit., p. 9 ss. *Contra*, tra i tanti, FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., 313 ss.; GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 70 ss.; CAPUTO M., *Colpa del medico*, cit., p. 400; DI GIOVINE O., *Colpa penale, “Legge Balduzzi” e “Disegno di Legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 397 ss.

diversa politica che vi sta alle spalle, ed è talmente profondo da comportarne l'intrinseca alterità quanto a spettro di prevenzione. Sul punto, è corretto rilevarlo, una parte considerevole della dottrina la pensa diversamente: tra le due forme di colpa, vi sarebbe una differenza solo "formale", da rinvenire, appunto, nella disparità di fonti di produzione e nella conseguente presenza o assenza, su un piano più "esteriore", di regole cautelari scritte.

Nessuna distinzione anche in punto di accertamento: la presenza di regole positivizzate non escluderebbe la necessità di ricostruire la "misura oggettiva" della colpa attraverso il giudizio di prevedibilità in concreto secondo l'agente modello¹⁴⁵. La qual cosa, si badi, per individuare lo *standard* di diligenza doveroso nel caso di specie, quindi prima e "in aggiunta" rispetto all'accertamento del c.d. nesso di rischio (ovvero della necessaria concretizzazione del rischio nell'evento), che infatti presuppone avvenuta la suddetta individuazione e, peraltro, in caso di norme formalizzate, dovrebbe anzitutto guardare proprio allo "scopo" della regola cautelare obbligatoria violata.

Focalizzare l'attenzione sui benefici e sulla *ratio* della formalizzazione servirà, invece, a dimostrare che dietro alla scelta di giuridicizzare le cautele in un involucro formale (il testo scritto) si nascondono ragioni ben precise, non ultimo di politica-criminale¹⁴⁶. La questione del peso da dare alla distinzione tra colpa specifica e generica non riveste dunque un interesse solo teorico. Al contrario, dall'opzione prescelta derivano una serie di conseguenze non indifferenti: conseguenze pratiche, poiché il riconoscimento o meno di una colpa generica c.d. residuale può portare anche ad esiti processuali diametralmente opposti.

Conseguenze sul versante politico-criminale, perché la questione coinvolge anche considerazioni "normo-valutative", relative alla misura oggettiva di diligenza che si vuole pretendere in capo agli operatori di un certo settore; oltre a riverberarsi

¹⁴⁵ Tra i tanti v. BRUSCO C., *L'imputazione colposa nella materia antinfortunistica nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *La tutela della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di CASAROLI G.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-MELCHIONDA A., Pisa, ETS, 2015, p. 335 ss. In senso contrario PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss., per cui la prevedibilità in concreto secondo l'*homo eiusdem* non costituirebbe elemento della colpa specifica.

¹⁴⁶ Sulle ragioni della "positivizzazione" delle norme prudenziali v. già da tempo GIUNTA F., *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, p. 22 ss., spec. p. 41 ss.

sul ruolo del giudice nella fase accertativa della responsabilità colposa (ruolo di “fruitore”, piuttosto che di “coniatore” di regole cautelari), con ripercussioni di più ampio respiro che vanno perfino a toccare il rapporto tra i poteri dello Stato e la fisionomia che si vuole, complessivamente, far assumere alla relazione tra potere legislativo e giudiziario nel settore dell’illecito colposo.

Conseguenze, infine, anche sul piano più costituzionalistico, dei principi vigenti nel diritto penale e della loro interpretazione nel settore penale colposo. Dalle diverse opzioni seguite, infatti, derivano pesanti ripercussioni sull’assolutezza del principio di legalità, in particolar modo sulla “forza” da riconoscere al principio di tipicità penale (oltre che di tassatività-determinatezza) in relazione alle fattispecie penali colpose.

Nell’impostazione qui accolta, la colpa generica – fondata su cautele socio-empiriche, extragiuridiche, tendenti a omologare la condotta del singolo con quella tenuta dalla maggior parte dei consociati – si rivolge, in genere, alla regolamentazione delle più comuni situazioni di rischio. Trattandosi di un paradigma teorico nato in riferimento alle “attività triviali”, ha (*rectius* dovrebbe avere) uno spazio del tutto marginale, residuale e circoscritto alle «operazioni elementari del *quibus de populo* nella vita quotidiana»¹⁴⁷. Tutte azioni, si è visto, che sono svolte dall’uomo nella sua veste più “ordinaria”, spogliato di qualsivoglia qualifica professionale, per le quali sarebbe impensabile dettare per iscritto le puntuali modalità comportamentali da adottare; attività, inoltre, non particolarmente complesse o pericolose, per cui gli accorgimenti per evitare i possibili rischi sono facili da individuare e hanno elevata probabilità di riuscita.

Un insieme di caratteristiche, rispetto al quale una regolamentazione fluida e spontanea è in effetti la più consentanea. Relativamente alla suesposta fenomenologia, la regolamentazione prasseologica è anche capace di fornire una disciplina estremamente garantista della legalità: riesce ad assicurare una certezza complessiva, “dinamica”, del diritto meglio di quanto farebbe una congerie di minuziose norme scritte. Il che non impedisce che un diverso sentire sociale possa spingere il legislatore a procedere a una puntualizzazione scritta delle cautele doverose: come, ad esempio,

¹⁴⁷ Così PALIERO C. E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale proredito*, a cura di PERINI C.-CONSULICH F., Milano, CUEM, 2006, p. 93.

se vengono scoperti rischi prima sconosciuti o aumentano, per altre ragioni, i pericoli a connessi allo svolgimento di una certa attività, similmente a quanto accaduto nel settore della circolazione stradale, oggi “di massa”; in tal caso, il legislatore può ben decidere di fissare una volta per tutte i comportamenti ritenuti diligenti per affrontare tali rischiosità.

Da quanto osservato, risulta già evidente che ad animare la colpa specifica sia un’ideologia radicalmente diversa, per capire la quale è opportuno riflettere sui suoi presupposti di fondo, ovvero rievocare le premesse “tipologiche” che hanno condotto a farvi sempre più frequentemente ricorso¹⁴⁸. In breve: affinché sia desiderabile (e finanche possibile) operare un’astrazione delle norme cautelari doverose in certi contesti, la situazione da regolamentare per iscritto deve possedere determinate caratteristiche, mancando le quali la cristallizzazione delle regole cautelari può diventare in certi casi inutile, in altri del tutto insensata e addirittura dannosa in termini di certezza¹⁴⁹. Infatti, sebbene la predisposizione di norme positivizzate abbia una serie di vantaggi e una profonda ragion d’essere, non è nemmeno pensabile poter regolamentare ogni cosa. A parte l’ovvia (e poco concludente) considerazione per cui la realtà concreta è troppo variegata e dinamica per essere intrappolata in una molteplicità di disposizioni precauzionali generali e astratte, esistono dei contesti situazionali le cui caratteristiche frustrano “fisiologicamente” gli scopi della positivizzazione.

La prima “condizione sostanziale” alla quale l’ordinamento può decidere di affidare la predisposizione delle regole cautelari alla formalizzazione scritta è la presenza di “aree di rischio sostanzialmente omogeneo”: trattasi di situazioni di pericolo e di condotte pericolose che si ripetono in forma tendenzialmente uniforme e regolare, che sono spesso suscettibili di incidere su beni di rilevanza primaria, e la cui selezione è resa migliore e più agevole grazie all’affinarsi delle conoscenze scientifiche a disposizione. Certo, l’omogeneità dei fattori di pericolo da una parte, e delle tipologie di comportamenti efficaci ad arginarle dall’altra, è un carattere che fa da presupposto anche allo sviluppo delle prassi cautelari. Sicuramente, però, la regola

¹⁴⁸ In argomento cfr. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 317 ss.; MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 28 ss.

¹⁴⁹ DE VERO G. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, cit., p. 215.

consuetudinaria – non essendo immobilizzata *una tantum* in un documento tangibile – è meglio adattabile alle peculiarità del caso concreto: per natura più flessibile della regola positiva, la prassi è variabile da un luogo geografico all’altro ed è cangiante a seconda della comunità sociale di riferimento.

Dal canto suo, l’operazione di positivizzazione delle regole cautelari si caratterizza per la tendenza a raggiungere una più puntuale descrizione del rischio insito in certe situazioni di fatto e per l’aspirazione, appunto, a selezionare delle vere e proprie classi (o tipologie) di rischio uniformi; la qual cosa, è essenziale alla stessa possibilità di fissare *una tantum* regole di condotta applicabili *erga omnes*.

Inoltre, a condizionare l’individuazione delle aree uniformi di pericolo si aggiunge il grado di correlazione tra l’evento avverso e la condotta, nel senso che il ricorso a normative positivizzate appare preferibile solo quanto le probabilità di realizzazione dell’evento dannoso risultano significative. Le norme formalizzate, infatti, riescono a svolgere meglio la funzione di orientamento nei confronti del gruppo di riferimento: la loro maggior determinatezza – che è veicolo di standardizzazione della pretesa comportamentale – risulta funzionale a sottrarre la valutazione prudenziale alla variabilità dell’esperienza individuale¹⁵⁰.

Nei casi di regole cautelari istituzionalizzate, poi, la cornice nomologica su cui poggiano i giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell’evento si basa generalmente su criteri più rigorosi di quelli che sorreggono il modello euristico “prasseologico”; criteri, che tendono a conformare il comportamento verso *standard* cautelari non sempre corrispondenti a quelli spontaneamente elaborati sulla base dell’esperienza collettiva¹⁵¹. Detto altrimenti, la necessità di una standardizzazione del dovere di diligenza si fa più sentire quando, a fronte di attività dalla pericolosità spiccata o nel caso di *standard* socio-esperienziali ancora insufficienti, le regole di comune diligenza non sono capaci di orientare la condotta degli operatori in modo da assicurare un margine di efficacia appropriato¹⁵². Ciò non esclude che possano esserci anche casi in cui la formalizzazione (allora, “prettamente “formale”) si riduce nella semplice

¹⁵⁰ Così GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 92.

¹⁵¹ Per una riflessione sul punto v. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 230 s.

¹⁵² PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 336; GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 65 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 327; GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 92.

ricezione di modelli invalsi nella prassi: qui il carattere formalizzato non è funzionale a innalzare lo *standard* richiesto dagli usi cautelari, quanto ad assicurarne una diffusione e una conoscenza migliori¹⁵³.

Un altro presupposto “tipologico” della formalizzazione cautelare è rappresentato dal contenuto tecnicistico delle regole di diligenza: la propensione alla cristallizzazione del sapere tecnico in regole scritte qui si spiega in ragione della competenza, appunto tecnica, necessaria alla loro elaborazione. Sarebbe infatti del tutto inadeguato agli obiettivi di tutela lasciare l’indicazione della regola cautelare al singolo agente o comunque alla comunità sociale, che non dispongono né della preparazione, né del sapere specialistico necessari. In breve, quando l’incriminazione colposa è destinata a calarsi in contesti ad altro tasso di tecnicismo, è difficile che un modello prevenzionistico sufficiente alla schermatura dei rischi possa essere distillato dalla normalità dell’esperienza collettiva ed è dunque consigliabile rimetterne l’individuazione ad appositi organi specializzati (ad es. le commissioni di esperti che intervengono ad ausilio dell’organo legislativo; l’apparato tecnico-burocratico dei vari Ministeri; le società scientifiche operanti nel settore ecc.). Anche in questo caso, allora, i presupposti che incoraggiano la formalizzazione dovrebbero inibire la sostituzione delle regole prodotte dai tecnici – esperti, specialisti del settore di riferimento – con le valutazioni dettate dall’esperienza sedimentata o finanche pionieristica dei consociati¹⁵⁴.

A ciò si accompagna un aspetto più “politico”. Va considerato, infatti, che il dato della non completa conoscenza scientifica dei rischi creati dalla scienza e dalla tecnica si riverbera, a livello operativo, nell’impossibilità umana di sviluppare accorgimenti cautelari pienamente efficaci. Dunque – rendendo più problematico il bilanciamento di interessi sotteso alla progettazione della disciplina prevenzionistica – la disponibilità di regole cautelari solo “improprie” ne sconsiglia l’affidamento al corpo sociale, meno che mai al singolo giudice¹⁵⁵. Nell’impossibilità tecnica di

¹⁵³ MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 28, che fa l’esempio del c.d. Decalogo dello sciatore, distribuito in taluni comprensori sciistici, che si limita a elencare una serie di norme a carattere esperienziale.

¹⁵⁴ Di questo avviso anche ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria)*, cit., p. 1571 ss.

¹⁵⁵ Per approfondimenti su questo tipo di cautele, v. VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 15 s., per cui si definiscono improprie quella «regole cautelari che, a fronte della

raggiungere una totale eliminazione dei rischi, infatti, da un lato è raccomandabile (finanche necessario, in un sistema costituzionale come il nostro) che il confine tra l'area di rischio illecito e quella di rischio “*tout court*” (residuale, tollerato) sia stabilito in maniera certa dall'organo dotato di legittimità e responsabilità politica (legislatore o autorità pubblica a ciò delegata)¹⁵⁶. Non a caso, è nei settori di attività lecite perché autorizzate che le regole cautelari mostrano più chiaramente la loro funzione “facoltizzante” e permissiva.

Dall'altro, è opportuno che la soglia di rischio residuale tollerata dall'ordinamento sia fissata in modo uniforme a livello nazionale per tutti gli operatori del settore: un'esigenza che può essere appagata in modo soddisfacente solo attraverso la formalizzazione della disciplina cautelare.

Non solo, è naturale che l'ordinamento – chiamando in causa i propri organi e le sue diverse autorità – si spenda nell'opera di positivizzazione cautelare quando si tratta di attività pericolose particolarmente rilevanti sul versante economico o sociale, che più della altre reclamano *standard* facilmente conoscibili e omogenei. In questi casi, a rendere massimamente opportuna la fissazione delle regole cautelari in testi scritti è anzitutto l'esigenza di certezza normativa: soprattutto nel contesto economico-imprenditoriale, infatti, chi agisce ha la necessità di “calcolare” (conteggiandolo tra i “costi” dell'impresa) il rischio penale a cui si espone e deve quindi poter contare su discipline chiare, anche a soprattutto sotto il profilo prevenzionistico. Ma la stessa cosa vale, per ragioni diverse, anche nell'ambito della circolazione stradale e in quello sanitario, rispetto al quale la calcolabilità del rischio penale è funzionale a salvaguardare la tranquillità psicologica degli operatori e, come tale, serve da argine al dilagare del defensionismo nella colpa, ciò a dire dalla “fuga dai centri di rischio”.

Accanto alla necessità di certezza, il rilievo sociale delle attività in questione solleva un'esigenza, parimenti importante, di uguaglianza. Ovvero, è opportuno che la soglia di accettazione del rischio sia fissata *una tantum*, in modo indifferenziato dall'ordinamento. Uniformità che, appunto, viene meglio raggiunta facendo ricorso a

prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo».

¹⁵⁶ Ritene che solo questi siano legittimati a fissare la soglia di rischio consentito PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

norme positivizzate, la cui maggior determinatezza, lo si è visto, è funzionale al raggiungimento di un più alto tasso di standardizzazione (oltre che di spersonalizzazione) della pretesa cautelare. Non stupisce, allora, che in certi settori la configurazione del sistema cautelare sulla base di regole positive sia parsa l'unica conciliabile con le esigenze di armonizzazione europea: basti pensare a uno dei primi ambiti che ha conosciuto la positivizzazione, quello della sicurezza sul lavoro, nel quale l'uniformità legislativa si è resa necessaria ad assicurare l'eguaglianza delle condizioni economiche in cui operano le imprese all'interno dell'Unione¹⁵⁷.

Peraltro, in questo ambito la propensione per la colpa specifica era una scelta obbligata anche da un altro punto di vista: le regole prevenzionistiche del settore, infatti, incarnano chiaramente un bilanciamento di interessi (tra libertà economica da una parte e sicurezza, dignità e salute umana dall'altro) che, ai sensi dell'art. 41 Cost., il costituente ha rimesso espressamente al legislatore (e/o alla pubblica autorità). In pratica, nella materia della sicurezza del lavoro la responsabilità per colpa è coperta da una "duplice" riserva di legge: accanto a quella "tradizionale" ex art. 25 Cost., a garanzia della tipicità colposa in generale, si aggiunge quella "speciale" ex art. 41 Cost. che, a differenza della prima, sembra tendere verso una decisa predominanza della colpa specifica¹⁵⁸.

Il che avvalorava ulteriormente quanto fin qui considerato: applicandosi anche alle attività "triviali", la riserva ex art. 25 Cost. deve fare i conti con i *deficit* della colpa generica, invece, nei campi di tutela qui di interesse – quelli insistenti sull'area di rischio "consentito": dalla responsabilità colposa in materia di sicurezza, dai reati a tutela dell'ambiente, alla responsabilità per danno da prodotto fino alla responsabilità medica – il nostro sistema si muove giustamente a favore del modello più garantisco della colpa per inosservanza.

Avviandosi alle conclusioni: ad accomunare tutti i presupposti sostanziali della colpa specifica è l'opportunità di intervenire in via autoritativa per regolamentare un certo tipo di rischio, le cui particolari caratteristiche rendono inadeguato, per svariati motivi, il modello prevenzionistico affermatosi in via consuetudinaria o ne impediscono, più radicalmente, la produzione spontanea: vuoi per la natura

¹⁵⁷ Sul punto PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit.

¹⁵⁸ In questo senso PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit.

metodologica-ordinatoria delle regole cautelari in questione, dettate in forza di una pura convenzione allo scopo di contenere il pericolo insito in certe attività attraverso la determinazione (perciò necessariamente autoritativa) di un ordine idoneo a evitare l'intersecarsi dei vari fattori di rischio (si pensi alla regola che stabilisce il senso della circolazione tra veicoli o ad alcune regole di disciplina del traffico aereo o marittimo); vuoi per il tecnicismo che connota il contesto di base; vuoi per la necessità di imporre *standard* cautelari più rigorosi rispetto a quelli maturati nella prassi (basti pensare al settore della sicurezza sui luoghi di lavoro e, più in generale, alle attività caratterizzate da margini di incertezza scientifica); vuoi, infine, per un'esigenza "politica" consistente nella necessità di compiere scelte valutative, di merito, nella perimetrazione dell'area di rischio consentito¹⁵⁹.

Tutte ipotesi nelle quali la fonte giuridica assume un valore "sostanziale", determinante ai fini della doverosità delle regole cautelari: queste, infatti, devono la loro efficacia proprio alla forza vincolante della fonte che le recepisce. Detto altrimenti, è (anche) dall'autorevolezza del soggetto autorizzato a indicarla che la regola formalizzata trae la propria precettività.

In via generale, quindi, la filosofia retrostante alla colpa specifica consiste nel porre rimedio, in via istituzionale-autoritativa, all'impossibilità per il gruppo di stabilire in modo spontaneo e appagante l'ambito di rischio consentito: essa sottintende una valutazione assiologica dell'ordinamento che, proprio in virtù dell'autorevolezza della fonte impiegata, avvalora l'idoneità prevenzionistica di un determinato modello cautelare, imprimendo sullo stesso un "crisma" istituzionalizzato di doverosità¹⁶⁰. A differenziarla dalla colpa generica, allora, non è tanto la fonte in sé considerata, quanto l'ideologia *politica* che vi è sottesa: nell'un caso, la determinazione dell'area di rischio "lecito" avviene in via *ordinamentale-istituzionale*, è stabilita dall'*autorità*; nell'altro caso, invece, avviene in via *socio-esperienziale*, la si ricava dai modelli di comportamento che si sono sviluppati all'interno della comunità alla stregua di consuetudini, in forza della loro sperimentata idoneità preventiva. In quest'ultimo

¹⁵⁹ MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 28.

¹⁶⁰ Cfr. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 29. Quanto all'*autoritas* della fonte giuridica v. anche GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 828 ss.

frangente, l'ordinamento ritiene di poter (opportunamente) demandare la regolamentazione prevenzionistica di una data attività ai privati (ovvero al corpo sociale); nel primo caso, invece, il tipo di rischio da gestire richiede una partecipazione delle istituzioni pubbliche, mentre eccessivamente gravoso, oltre che insoddisfacente, sarebbe caricare il compito sulle spalle della comunità privata e, in ultima analisi, sul singolo individuo che si trova ad agire¹⁶¹.

Con ciò, è bene anticiparlo, non s'intende indicare un modello storico di cautele tutte racchiuse nella legge primaria o comunque in fonti abilitate a produrre regole giuridiche (ad es. i regolamenti). A ben vedere infatti, la caratteristica principale della colpa specifica – il conseguimento di un'accresciuta standardizzazione dell'agire rischioso mediante regole cautelari dotate di coefficienti di tipicità maggiori – può ottenersi anche attraverso procedimenti diversi da quello legislativo tradizionale, più confacenti alla fenomenologia moderna di agire rischioso. Il riferimento va ai già citati protocolli, alle linee guida, alle *checklists* e, più in generale, alle regole cautelari proceduralizzate, considerate non a caso uno dei frutti più distintivi dell'epoca moderna¹⁶².

Nel caso del protocollo, lo si vedrà, la componente di più spiccata formalizzazione non discende dall'altro, ovvero da una previsione per volontà normativa, ma deriva da forme ibride di regolamentazione, che coinvolgono anche i privati e gli enti collettivi nella individuazione degli accorgimenti preventivi doverosi: meccanismi c.d. integrati di co-gestione del rischio che – sebbene non producano norme giuridiche in senso proprio – potrebbero rappresentare un efficace antidoto contro assolutismi legislativi o giudiziali¹⁶³. Anche il coinvolgimento privatistico, quindi, è ben diverso rispetto a quello di stampo *individuale* che ha caratterizzato il sistema fino agli inizi del Novecento: l'attività regolativa non è più rimessa alle capacità predittive del singolo, ma si realizza attraverso modelli *concertati* di governo del rischio. In un numero cospicuo di settori infatti – dalla aeronautica alla sicurezza

¹⁶¹ Ritiene che la colpa specifica esprima l'inclinazione del legislatore a farsi carico della predisposizione della regola cautelare PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

¹⁶² Ha qualificato la nostra come l'«età del protocollo», GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit., p. 819.

¹⁶³ Sul punto cfr. GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 154; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 583 ss.

sui luoghi lavoro, dalla sicurezza del prodotto, delle attività sportive e dell'ambiente fino all'ambito societario e medico-chirurgico – le regole cautelari rilevanti non si esauriscono in puntali contromisure a un determinato fattore di rischio ma, dovendo regolare fenomeni complessi, assumono anch'esse sembianze più articolate: quelle di programmi prudenziali scanditi in modalità e sequenze di comportamenti rimessi in capo a soggetti diversi (perciò dette cautele dalla veste “procedurale” o “procedimentale”).

Conseguentemente, anche il dovere di diligenza si sostanzia in un obbligo di attuare – ma a volte perfino di programmare (si pensi al caso del datore di lavoro) – procedure cautelari idonee a fronteggiare i rischi diagnosticati. Vero questo, dal lato dalla loro rilevanza ai fini del giudizio di colpa, non è possibile fornire soluzioni univoche e unitarie: ad assumere rilievo, infatti, è una molteplicità eterogenea di materiali, notevolmente diversi quanto ai contenuti (si pensi alla differenza tra regole metodologiche e regole a fondamento esperienziale-scientifico; tra carattere tendenzialmente indicativo/orientativo delle linee guida e carattere imperativo/tassativo delle sequenze comportamentali contenute nei protocolli e, ancor più, nelle *checklist*), quanto agli obiettivi perseguiti (in medicina: la tutela dei pazienti vs. scopi economici di programmazione sanitaria sostenibile), ma anche in ragione della loro provenienza, potendo essere emanate da autorità sia pubbliche che private. Rimandando al proseguo l'analisi delle attività procedimentalizzate più emergenti e delle diverse tipologie di regole cautelari che le assistono, premeva evidenziare fin da subito il potenziale racchiuso nelle norme procedimentali ai fini di una maggior giustizia e funzionalità del sistema dell'illecito colposo: sebbene ne sia comprensibilmente dibattuta la riconducibilità sul terreno colpa specifica, ancorare l'accertamento della tipicità colposa al razionale scientifico in esse contenuto rappresenta sicuramente un passo avanti, quanto a certezza e verificabilità del giudizio, rispetto alla riedizione *ex post* del giudizio di prevedibilità secondo l'*homo eiusdem condicionis et professionis*¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Tra gli autori che rilevano gli apporti delle regole procedimentalizzate sul versante della tipicità, soprattutto in termini di una maggiore determinatezza dello *standard* di diligenza oggettivamente preteso v. BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *L'Indice pen.*, 2006, fasc. 1, p. 445; PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a

Alla luce dell'analisi svolta, i principali benefici astrattamente conseguibili attraverso la positivizzazione possono così riassumersi: da una parte, se ne può esaltare la funzionalità a ottenere una serie di precetti cautelari precisi, certi e predeterminati, che meglio appagano le esigenze di tipicità e tassatività della fattispecie penale; dall'altra, la formalizzazione si mostra anche molto vantaggiosa perché permette ai destinatari delle regole di confidare su norme preventive presumibilmente adeguate a evidenziare i rischi tipicamente connessi al contesto in cui operano e dotate, altresì, di una certa obiettività¹⁶⁵. In altre parole, essendo contraddistinta da una tendenziale indifferenza per le specificità della situazione concreta, la colpa specifica dovrebbe meglio soddisfare le esigenze di certezza e di previa disponibilità degli *standard* cautelari obbligatori, garantendone una conoscibilità e una capacità conformativa maggiori. Infine, la stessa sembrerebbe capace di assicurare un migliore ordinamento della disciplina delle attività “ontologicamente” pericolose mediante una presa di posizione dell'autorità pubblica: ove necessario, questa potrebbe innalzare il livello di cautela obbligatoria oltre il limite della prevedibilità soggettiva dell'evento, senza con ciò andare in contro alle distorsioni a cui si espone la colpa generica, se adoperata per fondare una pretesa di azzeramento del rischio o per dilatare la soglia di rischio “consentito” al di là del limite fissato in via positiva¹⁶⁶.

Così intesa, la colpa specifica si rileva uno strumento garantistico estremamente prezioso; almeno a livello teorico, “manipolarla” dovrebbe essere più difficile che padroneggiare quella generica. A differenza di quest'ultima, infatti, la prima è composta, oltre che dal fatto e dalla colpevolezza, anche da una tipicità (almeno nelle intenzioni) più forte, che dovrebbe essere in grado di ostacolarne maggiormente un accertamento “sommario” in sede processuale¹⁶⁷.

cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T., Edizioni ETS, 2009, p. 297 s. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., *passim*.

¹⁶⁵ Sui vantaggi della formalizzazione cautelare v. anche DI LANDRO A. R.: *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 177 ss.

¹⁶⁶ Così, in riferimento al campo specifico della sicurezza sul lavoro v. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

¹⁶⁷ Il riferimento è alle contestazioni del tutto generiche. In argomento v. ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria)*, cit., p. 1571 ss.; nonché con particolare riguardo al settore stradale D'AURIA D., *Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell'evento dannoso*, nota a Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 2016, n. 35834, in *Giur. it.*, 2017, fasc. 2, c. 468 ss.

L'uso del condizionale non è a caso. All'atto pratico, infatti, questa *ratio* non sempre si traduce in norme di natura modale, effettivamente determinate e validamente durevoli: indicative del presupposto operativo del dovere di diligenza – *id est*, della situazione di pericolo che funge da premessa fattuale per l'attuazione della condotta doverosa, o c.d. *Anlaß* – e, insieme, del preciso contenuto modale dello stesso. In sostanza, i benefici che dovrebbero auspicabilmente discendere dalla positivizzazione – soprattutto in termini di determinatezza e certezza normativa – sono talvolta più presunti che reali.

Ciò accade, si diceva, per vari motivi: legati, da un lato, alla formulazione indeterminata ovvero alla struttura, volutamente “elastica”, di alcune regole formalizzate, che operando un rinvio di fatto a regole esperienziali, è tale da legittimarne un'apertura verso la realtà individuale (basti pensare alla regola che impone di tenere la distanza di sicurezza alla guida o, in un diverso settore, a quella che impone di predisporre strumenti idonei a ridurre l'emissione di sostanze inquinanti o la diffusione di polveri); dall'altro, alla particolare natura della regola cautelare recepita dalla fonte giuridica che, avendo un fondamento scientifico-esperienziale (si pensi alle c.d. *leges artis*, in particolare a quelle medico-chirurgiche) mal si presta – a differenza di quanto avviene in relazione alle regole metodologiche o ordinatorie sopra richiamate – a essere cristallizzata stabilmente in una norma scritta.

In altri casi, invece, la perdita dei benefici astrattamente conseguibili attraverso la positivizzazione trae origine dal rapporto “patologico” che viene ad instaurarsi tra colpa specifica e generica nella prassi applicativa, peraltro con il beneplacito di una parte non insignificante della dottrina¹⁶⁸. In questi casi, lo scolorimento della colpa specifica in quella generica non è tanto legato alle peculiarità del settore di riferimento o alla natura delle regole cautelari in questione, ma si ricollega alla tendenza a minimizzare le suesposte differenze funzionali tra le due forme di colpa, appunto ritenute “cumulabili”, ovvero distinguibili solo sul versante formale (della fonte di produzione).

Questo modo di procedere consegna un modello di illecito colposo non puntiforme (come vorrebbe il principio di frammentarietà), ma puntellato di

¹⁶⁸ Sulle critiche mosse alla colpa specifica v. GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 91 ss.

incertezze: la natura fagocitante della colpa generica, infatti, finisce per annientare il valore “politico-criminale” del tipo di rischio connesso al comportamento umano “causale”, dirottando tutta l’attenzione sul fatto che (*ex post*) un evento dannoso si è verificato, come se ciò indiziasse (di per sé) l’esistenza di una qualche “negligenza” a monete (eventualmente “aggiuntiva”, nonostante il rispetto delle regole preventive di natura “specificata”).

L’impressione, quindi, è che l’iniezione di complessità collegata all’ingresso dei “rischi” moderni nella teoria della colpa abbia finito per legittimare il ritorno sulla scena della colpa generica (“senza regole”) a supplire ogni “carezza” di quella specifica; ovvero ogniqualvolta ciò sia richiesto dall’allarme sociale connesso al verificarsi di eventi che, quasi da un punto di vista psicologico, non si accetta possano accadere.

In questo modo, oltre a dissolversi il valore conformativo della regola cautelare ai fini della tipicità, vengono accorpate in un tutt’uno indistinto una pluralità di condotte “causali” profondamente diverse tra loro dal punto di vista del disvalore di azione. Per un verso, quindi, finiscono per essere stigmatizzate come negligenti condotte che (almeno sulla base alla concezione normativa predicata a parole) sarebbero penalmente “atipiche”. Per altro verso, la scarsa considerazione al “tipo di rischio” da cui prende le mosse la regola cautelare – oltre ad accentare la problematicità del c.d. *Zufallsmoment* della responsabilità colposa¹⁶⁹ – dà esiti politico-criminali discutibili, tanto sul versante della proporzionalità della risposta sanzionatoria, quanto sul piano della sussidiarietà della tutela penale rispetto a quella, per quanto qui interessa civile.

In un certo senso, quindi, potrebbe dirsi che il suddetto processo “osmotico” tra colpa generica e specifica abbia significato una sorta di regresso alla concezione di “*crimen culpae*” unitario e indifferenziato, poco distante nell’aspetto dal modello civilistico della colpa aquiliana per il danno ingiusto.

¹⁶⁹ Per approfondimenti sulla componente fortuita della responsabilità per colpa v. ampiamente CASTRONUOVO D., *Colpa penale*, cit., 105 ss., cui si rimanda anche per gli ulteriori riferimenti dottrinari (in specie della dottrina tedesca). In argomento v. anche GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 332 ss.; nonché PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 246 s., spec. p. 260 per quanto riguarda il settore stradale. Da ultimo v. PALAZZO F., in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p.145 s., secondo il quale l’evento mantiene comunque una fondamentale funzione “*delimitativa*” dell’area della responsabilità colposa, “*la cui ampiezza sarebbe altrimenti intollerabile*”.

Prima passare a osservare, più nel dettaglio i meccanismi attraverso i quali si realizzano simili incursioni” da parte della colpa generica, vale la pena enucleare, alla luce di quanto detto, gli snodi più significativi del rapporto tra i concetti di rischio e di pericolo sul versante dell’illecito colposo, valutando al tempo stesso se possa esservi una qualche utilità dogmatica nella loro distinzione.

Questa parentesi aiuterà a meglio cogliere, nel proseguo, le criticità che caratterizzano ancora oggi il modello di colpa risultante dall’incontro tra la teoria predicata dai più e la sua traduzione sul versante pratico-applicativo.

7. RISCHIO, PERICOLO E REGOLA CAUTELARE: ALCUNI RILIEVI CONCLUSIVI

La digressione sull’evoluzione subita dalla categoria dogmatica della colpa penale – già utile al fine di evidenziarne i tratti di originalità che per ragioni anzitutto garantistiche (presidiate costituzionalmente) la distinguono profondamente dall’elemento “colpa” rilevante nel diritto civile – torna d’aiuto anche per mettere a fuoco alcuni aspetti del rapporto tra il concetto di rischio e quello di pericolo, quindi per vagliare l’opportunità e l’eventuale valore di una loro distinzione teorica.

Come già anticipato, la prevalente dottrina – che è solita affrontare la questione riferendosi al settore della sicurezza sul lavoro, con particolare riguardo all’evoluzione normativa che lo ha contraddistinto (sul passaggio dalla logica della c.d. prevenzione del pericolo” a quella della c.d. minimizzazione del rischio v. *infra* Cap. V, §1) – tende a scorgere il discrimine tra le due nozioni, in un aspetto sia quantitativo che qualitativo¹⁷⁰.

Riguardo al primo profilo, se in passato si riteneva che il pericolo incarnasse una “probabilità” (o una “possibilità rilevante”) di realizzazione dell’evento, mentre il rischio una mera “possibilità”, oggi si tende a individuare il divario “quantitativo” nel livello più arretrato di anticipazione della tutela penale associato al concetto di rischio;

¹⁷⁰ A tasso esemplificativo, data la quantità di lavori sul tema cfr. già PADOVANI T., *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di DONINI M., Milano, Giuffrè, 2003, p. 166; DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 107 ss., spec. p. 109 s.; BRUSCO C., *Rischio e pericolo*, cit. p. 383 ss.; MORGANTE G., *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 7/8, p. 3319 ss., spec. p. 3323 s.

quale fattore che si collocherebbe, appunto, in una dimensione più “arretrata”, prodromica, rispetto all’insorgere del pericolo¹⁷¹.

Riguardo al profilo qualitativo, invece, si legge di frequente che, rispetto al pericolo, il rischio implicherebbe una variazione sia dell’oggetto che del criterio di valutazione: quanto all’oggetto, non si tratterebbe più di un singolo fattore proiettabile (quantomeno potenzialmente) in termini eziologici verso un evento dannoso, ma dell’«interazione dinamica» di più fattori compresenti in una certa situazione, che potrebbe anche non evolversi in una lesione dell’interesse tutelato¹⁷².

Si aggiunge, inoltre, che il vero tratto differenziale del rischio consisterebbe nel suo essere (almeno in parte) scientificamente ignoto: sarebbe proprio quest’incertezza strutturale attorno al potenziale offensivo dei vari fattori di cui trae origine il rischio, a dettare l’esigenza di modularne diversamente il criterio di valutazione. Quest’ultimo, si sostiene, non consisterebbe più nell’eliminazione di un potenziale di offesa puntuale – di un pericolo concepito come fattore specifico, suscettibile di svilupparsi celermente in evento di danno, alla luce di leggi scientifiche comprovate dal punto di vista epistemologico – ma, bensì, nel controllo di una situazione “anticipata” (i cui possibili sviluppi verso una offesa concreta sono avvolti da un dubbio epistemologico allo stato irrisolvibile), attraverso l’elaborazione di procedure complesse di governo del rischio quali parti integranti di un sistema di «gestione globale di sicurezza» nei campi di attività intrinsecamente rischiose.

L’idea di fondo è che, diversamente da quello più “puntiforme” di pericolo, il termine rischio si connota (quasi a livello lessicale, prima che giuridico) per il fatto di evocare situazioni “generiche”, dai confini più “fumosi”: i pericoli della società post-moderna potrebbero solo essere evocati, ma non puntualmente descritti¹⁷³; quanto al loro ambito spazio-temporale di incidenza, impossibile demarcarlo chiaramente; anche tentare di enuclearne il contenuto ricorrendo ai modelli scientifici tradizionali

¹⁷¹ Esauriva la differenza tra i due concetti in un profilo quantitativo inteso nel primo senso MARINI G., “*Rischio consentito*” e *tipicità della condotta*, cit., p. 539 ss., spec. p. 542 ss.

¹⁷² In questo senso MORGANTE G., *Spunti di riflessione*, cit., p. 3323.

¹⁷³ Cfr. le riflessioni di DONINI M., *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI M.-PAVARINI M., Bologna, Bononia University, Press., 2011, p. 11 ss., spec. p. 23.

diventerebbe difficoltoso; in certi casi sarebbero addirittura i modelli di spiegazione aristotelica della causalità a entrare in crisi.

Si comprende, quindi, che da questa prospettiva diventi altamente problematico parlare di colpa penale (di tutela del “rischio”) in termini “classici”: vale a dire come sistema di *prevenzione* costruito attorno all’esigenza di arginare situazioni di pericolosità scientificamente note e ben delineate; l’unico compatibile con l’essenza personalistica dell’illecito penale, e con la specialità di garanzie che nelle democrazie liberali ne presidiano l’imputazione. Altrettanto logico, dunque, è che tutto il discorso finisca per polarizzarsi sul problema della “destrutturazione” del modello “ortodosso” di colpa, ovvero del suo scivolamento verso un paradigma “moderno” (appunto detto “di rischio”) costruito su una logica precauzionale, cautelativa e anticipata¹⁷⁴.

In pratica, la distinzione concettuale tra rischio e pericolo viene spesso a tradursi nell’antitesi tra paradigma della precauzione/paradigma della prevenzione; il suo valore euristico, quindi, scorto nella possibilità di tematizzare le distorsioni conseguenti all’infiltrazione del principio di precauzione all’interno dell’illecito colposo di evento (in particolare quale fondamento della regola cautelare).

Tutto ciò, ovviamente, sul presupposto che l’accertamento del nesso causale abbia dato esito positivo. In effetti, in certi casi i tratti dei rischi “moderni” messi in evidenza dai teorici della “società del rischio” (il rilievo riguarda soprattutto il c.d. rischio da ignoto tecnologico) sembrano tali da inficiare la possibilità stessa di parlare di una responsabilità umana (giuridica), la quale presuppone la conoscenza (oggettiva, da parte della società) del legame causale tra un certo comportamento dell’uomo e un dato evento offensivo (inteso in tutta la sua gravità). In pratica, a entrare in crisi sarebbe proprio il diagramma “azione-causazione-imputazione-sanzione” in quanto tale.

Altro discorso vale, ovviamente, per l’insorgere di una responsabilità politica, ben possibile di fronte a rischi non compiutamente noti quanto alla loro dimensione effettuale ma, evidentemente, nemmeno avvolti da completa ignoranza (in dottrina si parla di “indizi seri”, sebbene non ancora scientificamente corroborati, che da questi

¹⁷⁴ Per tutti v. GARGANI A., *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *La legislazione penale*, 2011, p. 397 ss.

coefficienti possano svilupparsi determinati accadimenti indesiderati); pertanto, non sorprende che lo sbocco finale di questo modo di ricostruire la questione sia (almeno tendenzialmente) il ruolo da attribuire al principio di precauzione nella regolamentazione delle attività rischiose socialmente utili.

In breve: sebbene ciascuna delle “peculiarità” del rischio evidenziate dalla corrente maggioritaria – l’anticipazione della soglia di intervento della tutela penale; la parziale ignoranza delle leggi scientifiche circa la sua eventuale traduzione in offesa; la natura dinamica e plurale dei fattori che lo compongono – illumini dei campi di ricerca di indubbio interesse per il penalista, nessuna di queste sembra rivestire un reale valore “euristico” sul versante dogmatico della colpa penale. A venire in rilievo sono piuttosto la categoria della causalità e il principio di precauzione, dai più concepito come principio metodologico (o c.d. prospettico), di buona amministrazione, quindi impossibilitato a fondare l’imputazione colposa di un evento concreto. Diversamente, lo stesso potrebbe legittimare l’introduzione di reati di pericolo astratto e, secondo alcuni, anche presunto, purché se ne assicurino una durata limitata¹⁷⁵.

Detto altrimenti, in questa ottica il rischio è valorizzato proprio per mettere in rilievo le insufficienze di una regolamentazione incentrata sul modello di colpa penale d’evento; quindi per interrogarsi sui “confini estremi” ai quali l’anticipazione della tutela penale possa ancora dirsi legittima (a venire in primo piano è dunque il principio di offensività più che la colpa in quanto tale), ovvero per prospettare soluzioni ulteriori e diverse dall’illecito colposo di evento.

È evidente, quindi, che così intesa la questione della distinzione “terminologica” tra rischio e pericolo fuoriesca dall’ambito di interesse del presente lavoro; pur rimanendo contigua allo stesso, infatti, questa discute delle specificità del rischio soprattutto in una prospettiva “*de lege ferenda*”; mentre “*de lege lata*” si limita a denunciare le storture derivanti dai tentativi di adattare il modello classico di illecito colposo ai “rischi” della modernità. Resta aperto, invece, il problema dell’eventuale valore di una distinzione tra i concetti di rischio e pericolo sul versante propriamente dogmatico della colpa penale.

¹⁷⁵ In argomento tra gli altri v. GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 246 ss.

Guardando alla questione dalla prospettiva teorica dell'illecito colposo, invece, sembra euristicamente più promettente valorizzarla in una chiave diversa, già emersa in più punti della trattazione.

Se da un punto di vista “ontologico”, naturalistico, le nozioni di rischio e pericolo sono effettivamente sovrapponibili – entrambe, si è detto, indicano l'attitudine di una certa situazione a svilupparsi in eventi avversi, ovvero la sua, più o meno accentuata, capacità pregiudizievole – dal punto di vista “normativo”, invece, il concetto di rischio consente, meglio di quanto faccia quello di pericolo, di mettere in luce il problema socio-istituzionale della sua “gestione”, ovvero la necessità di una sua presa in carico (anche) pubblica. Questo infatti, ha fatto la sua comparsa associandosi peculiarmente allo svolgimento di attività ontologicamente pericolose, ma ciò nonostante lecite, quindi presentandosi come un qualcosa di “immanente” nell'agire sociale organizzato: come un coefficiente ineliminabile da un lato, ma, pur sempre gestibile, controllabile, arginabile dall'altro¹⁷⁶. Da che anche l'esigenza di meglio *specificare* “*ex ante*” la quota e i caratteri del rischio suscettibile di assumere rilievo sul piano della colpa penale.

Il pericolo, invece, quale concetto tradizionalmente noto alla teoria della colpa, designava un coefficiente per la maggior parte associato alla fase attuativa dell'esercizio di libertà individuali, di attività “triviali”, “quotidiane” (come maneggiare una candela accesa o accendere un fuoco, passeggiare per strada, andare a caccia, stendere i panni e così via): pur essendo anch'esso insopprimibile, se guardato da un punto di vista naturalistico, la quota dello stesso “strutturalmente” correlabile allo svolgimento delle attività “di base” in questione (come tali, appunto, non “intrinsecamente” pericolose) era “indifferente”, nel senso che restava nell'ombra nella sua irrisorietà; ad assumere rilievo, invece, era il potenziale di pericolo “innestato” dal malgoverno individuale della fase esecutiva. Facilmente identificabile, seppur non codificato, era il confine tra l'agire lecito e illecito, perché frutto di regole prasseologiche che la comunità sociale metteva “diligentemente” alla portata di tutti.

¹⁷⁶ In maniera per certi versi simile DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 108 ss., dove scorge il tratto caratterizzante del rischio nel suo essere associato al disvalore oggettivo dell'azione più che dell'evento, ovvero nella sua «dipendenza [...] dall'organizzazione sociale». Parimenti lo si ritiene un coefficiente che «non si può neutralizzare, ma solo disciplinare e ridurre» (spec., p. 109, corsivo originale).

Trattandosi di pericoli noti al *quisquis de populo*, tali da non richiedere il possesso di conoscenze scientifiche particolari, rimaneva più occultato anche il momento valutativo, antecedente all'esecuzione concreta dell'azione.

Parimenti adombrato, quindi, era l'aspetto "politico", "normo-valutativo" delle regole cautelari in questione: sebbene anch'esse avessero a fondamento un bilanciamento di interessi tra libertà di agire e sicurezza altrui, il giudizio di accettabilità del pericolo era indubbiamente meno problematico sia perché la quota "strutturale" dello stesso era quasi irrilevante (il tasso di pericolo "lecito" restava quindi maggiormente "celato"); sia perché si trattava di attività a vantaggio e di interesse individuale più che sociale, che non erano svolte in maniera "massificata" e vedevano l'intervento delle sole "forze umane"; per cui non vi era nemmeno l'urgenza di stabilire "politicalmente" il punto di equilibrio tra i fattori di pericolo in esame, la vantaggiosità sociale dell'agire e i costi di una loro ulteriore riduzione. Sia, conseguentemente, perché l'operazione di ponderazione in parola poteva essere lasciata, senza che ciò compromettesse eccessivamente l'istanza di sicurezza, all'attività autopoietica svolta dalla comunità sociale; vale a dire a regole flessibili, di fonte sociale, in questo senso "prive di veste politica".

Vi è poi un'altra ragione che spiega come mai, in questo tipo di attività, l'esigenza di far convivere i coefficienti di pericolo con la libertà e con l'utilità dell'azione fosse meno evidente, e comunque non tale da far crollare l'impianto teorico della colpa dai più ancora costruita sulla prevedibilità (quindi sulla gestione) individuale del pericolo: essendo attività prive di utilità sociale, la visione di fondo era nel senso di vietare qualunque modalità di condotta (esecutiva) che, per comune esperienza, si sapeva tale da mettere a repentaglio l'incolumità altrui.

In altri termini, bastava intimare al singolo di comportarsi con prudenza, "astenersi" dalle modalità attuative di cui sopra per assicurare un livello di sicurezza collettiva socialmente accettabile. Riecheggia quindi evidente la massima ordinamentale del *neminem ledere*: l'insorgere del pericolo dovuto all'"inabilità" individuale – si potrebbe dire all'attuazione dell'agire con modalità palesemente imprudenti ai sensi di regole "del senso comune", improntate a criteri di normalità – semplicemente era "inaccettabile".

Correlativamente si aveva un modello di colpa molto meno complesso, dotato di rilevanza pratica limitata e caratterizzato dalla tendenza a “privatizzare” il pericolo, addossandone la gestione all’agente in maniera analoga a quanto accadeva sul versante doloso. Un paradigma che non sentiva il bisogno di specificare “autoritativamente” il “pericolo” rilevante (in quanto illecito), separandolo del coefficiente che, invece, si accettava di correre: che, similmente al modello aquiliano, continuava a concepire quello di diligenza come un giudizio di fatto e non normativo; e che, per altro verso, poteva (senza troppi problemi pratici) continuare a omologarsi allo schema di illecito doloso (il quale, semplificando al massimo, alla base ha una sorta di “divieto di volere una certa offesa”), scorrendo la colpa nell’aver “voluto” porre in essere un certa azione pericolosa (da che tutti i problemi di legittimazione della c.d. colpa incosciente).

Peraltro, dall’analisi svolta è emerso che, in taluni casi, il potenziale di offesa rilevante fosse perfino associabile (si passi l’espressione) alla personalità “maldestra” dell’agente, al suo carattere più che alla violazione di vere e proprie regole cautelari “sociali”; in detti casi, coerentemente con il principio di *ultima ratio*, il conflitto sociale aperto dalla causazione del danno ingiusto ben potrebbe essere sanato in via esclusivamente civilistica.

Il rischio, invece, si è presentato sulla scena come un potenziale di offesa dalla genesi più complessa (anche) esogena, strutturalmente associato all’agire relazionale moderno, non compiutamente dominabile dal singolo, ma bisognoso di una gestione plurale: legandosi, in un certo senso, all’aspetto programmatico dello svolgimento di una certa attività, più che a comportamenti esecutivi isolabili e puntiformi dell’individuo (pericoli c.d. a vocazione individuale), il concetto in parola ha spostato il baricentro dell’attenzione sul momento decisionale, diganostico-valutativo, dell’agire, mettendo in rilievo la necessità di una mediazione istituzionale nella sua selezione, stima e regolamentazione¹⁷⁷. È in questo senso, dunque, che può assumere rilievo la natura multifattoriale del rischio: immanente e dalla fonte non intrinsecamente endogena (*id est*, il gesto “incauto” del singolo), questo ha svelato che il “dovere di diligenza” grava anzitutto sulle pubbliche istituzioni.

¹⁷⁷ Cfr. le considerazioni PERINI C., *La legislazione penale*, cit., p. 125 s., per cui il rischio, che «incarna anzitutto un problema di tutela», peraltro non esclusivo del diritto penale, interessa gli ambiti legislativi di regolamentazione delle attività pericolose ma consentite, il cui obiettivo «non è la prevenzione del rischio in assoluto, ma la sua *gestione*».

La responsabilità per questi rischi non può pesare sulle spalle di un solo soggetto (che malauguratamente vi si trova implicato), deve ricadere sullo stesso sistema, sulla società che accetta di produrlo. Per gestire il “rischio” e assicurare un livello adeguato di sicurezza, infatti, non è più possibile poggiare su una presa in carico esclusivamente individuale; ma nemmeno predicare la rinuncia, da parte della “società”, dall’esercizio in forma collettiva di certe attività indispensabili (seppur ontologicamente intrinse di un certo tasso di rischiosità).

Ciò non significa – a scanso di equivoci vale la pena precisarlo – che la responsabilità colposa cessi di essere correlata all’attività dell’uomo: è evidente che questa debba (necessariamente) legarsi a comportamenti individuali, *personalmente* rimproverabili; tuttavia la condotta dell’individuo assume rilievo all’interno di un contesto di base già pregno di un rischio “esogeno” (organizzativo-sistemico; “relazionale”, connesso all’interdipendenza dell’agire; naturale, che la scienza e la tecnica hanno permesso all’uomo di arginare a seguito di stime e previsioni) che al singolo è richiesto di controllare (fioriscono infatti le posizioni di garanzia e, con esse, i casi di colpa per omesso impedimento dell’evento) o comunque non “aggravare” inserendone appunto un tasso ulteriore con la propria condotta esecutiva.

Detto altrimenti, la pervasività del rischio richiede un intervento pubblico di gestione che, in un certo senso, “separi” il lecito dall’illecito: che “isoli”, nel “mare” del rischio, le specifiche condotte richieste (per contenerlo) e quelle vietate (non negoziabili, nonostante l’utilità dell’agire, con la salvaguardia dei beni altrui) la cui inosservanza potrà eventualmente assumere rilevanza penale; un intervento, dunque, che chiarisca a ciascuno in che modo debba rapportarsi con il rischio in parola, se e a quali condizioni possa correrlo; e, nel caso gli sia richiesto di gestire un coefficiente alla cui creazione non ha contribuito, che cosa possa realisticamente pretendersi da lui.

In breve: la scoperta che il “rischio zero” non è di questo mondo (si badi non si parla di “pericolo zero” perché questo, a differenza del primo, volendo può neutralizzarsi con l’astensione dalla singola azione pericolosa individuale che lo ha generato) ha costretto l’ordinamento ad accettare i fattori dello stesso ancora indomabili (in termini impersonali) da parte della società; e, inoltre, a intervenire in relazione a svariate attività (molte delle quali non sono solo utili, ma socialmente indispensabili) per svolgere, nella veste degli organi a ciò competenti, un’operazione

“politica” di bilanciamento tra interessi che chiarisca, attraverso l’introduzione di linee di indirizzo e di normative settoriali, la parte di rischio “accettabile” in quanto la sua ulteriore contrazione comporterebbe una frustrazione eccessiva dei benefici delle attività in questione o, talvolta, la loro stessa praticabilità (ad esempio perché ne renderebbe troppo oneroso lo svolgimento).

A far luce su questo aspetto hanno contribuito anche gli studi di sociologia sul rischio, che hanno scorto uno dei tratti qualificanti del termine nella sua ambivalenza di significato, positivo e negativo insieme: indicativo, da un lato, dell’impulso teso alla consecuzione di un vantaggio; in questo senso il rischio è quindi artefice di libertà, di alternative e di prosperità nella società; ma, dall’altro, è anche il prezzo di ogni azione e di ogni progresso, segno dell’impossibilità dell’uomo di prevedere a sufficienza l’avvenire e dell’incompleta controllabilità delle conseguenze delle “decisioni di civiltà”. Questa sorta di “doppia anima” del concetto, oltre a distinguerlo da quello di pericolo (che mai ha avuto un’accezione positiva), dà ragione del problema della negoziabilità del rischio di cui si diceva.

Ricapitolando brevemente quanto detto: trattandosi di nozioni “ontologicamente” sovrapponibili, qualsiasi distinzione concettuale tra il rischio e il pericolo non può che assumere un valore “convenzionale”; coglierla in un certo profilo piuttosto che in un altro dipende, in fondo, dalla sensibilità e dal campo di interesse di ciascun autore.

Tanto premesso, a parere di chi scrive, potrebbe avere una qualche utilità dogmatica valorizzarne la portata allo scopo di indagare la natura del potenziale offensivo (ad es. endogeno o anche esogeno), ovvero il tipo di fonte (e di condotta) da cui scaturisce, anzitutto in termini di completa dominabilità (o meno) di tale fonte da parte del singolo individuo, nonché di “contrattabilità” della medesima con l’esigenza di tutela dei beni giuridici di volta in volta coinvolti.

Ricorrere al concetto di rischio (valorizzandone le citate differenze rispetto a quello di pericolo) potrebbe quindi essere utile per affrontare il problema della sua gestione: della distribuzione dei compiti di stima e di valutazione del stesso tra autorità pubbliche e soggetti privati, della definizione di cautele contenitive adeguate ai bisogni della società e dell’individuazione dei soggetti su cui far ricadere eventuali errori.

Infatti, ripercorrendo schematicamente quanto emerso: il “pericolo” tradizionalmente inteso evoca un potenziale di offesa che non pone un vero e proprio problema “politico” di trattabilità (o se si vuole di negoziabilità), ovvero di governo dello stesso in termini “autoritativi”.

Al contrario, il concetto “moderno” di rischio evoca un coefficiente di pericolo (anche) c.d. “sistemico” – plurisoggettivo; da organizzazione; non più solo puntiforme, ovverosia legato alla singola azione esecutiva, ma diffuso, di natura talvolta “relazionale” – al quale possono accompagnarsi anche fattori di fonte (in parte) naturale (anch’essa appunto esogena) tratti a oggetto di operazioni estimativo-congetturali. Si tratta dunque di un potenziale che non può essere eliminato/evitato, in sé e per sé, dall’individuo, ma eventualmente solo ridotto o mantenuto entro determinati limiti. Un coefficiente mai evitabile del tutto, ma sempre prevedibile in una certa misura – per cui ha anche poco senso parlare di prevedibilità del rischio – e che pertanto deve essere trattato e governato con interventi complessi e condivisi.

Questi postulano sia il compimento di scelte politiche (in termini, appunto, di negoziabilità o meno di un certo rischio), sia l’organizzazione di un sistema di prevenzione che non può essere rimesso totalmente in mano al singolo, perché trascende (almeno in parte) dalle capacità previsionali e preventive dello stesso. Ciò per disparati motivi: *deficit* previsionali dovuti a carenze conoscitive; *deficit* di abilità, dovuti alla pluralità di competenze tecniche necessarie, l’insieme delle quali sarebbe impossibile assommare su un unico soggetto; necessità di dare un ordine autoritativo allo svolgimento di attività in cui si intersecano le condotte di più soggetti, al fine di coordinarle; presenza, nella attività svolte in strutture complesse, di rischi legati in senso lato all’organizzazione, ovvero ad aspetti che fuoriescono (in parte) dal dominio di chi compie l’attività esecutiva ecc.

A questo elenco può accostarsi anche la presenza di un rischio (cioè di un potenziale di offesa) “diffuso”, insito in natura (si pensi alle malattie o alle calamità naturali), unicamente gestibile attraverso operazioni di valutazione e monitoraggio che, anche se compiute correttamente, sono solo indirettamente preventive della situazione più direttamente pericolosa, contenibile con atti “esecutivi”. Inoltre, quando tale potenziale “si attiva”, non è praticamente più possibile impedire il danno perché l’uomo non ha strumenti contro le forze della natura/le malattie in atto.

Ciò non significa che negli ambiti più tipici della società post-moderna (appunto detta del “rischio”), non si diano anche pericoli connessi a puntuali azioni “esecutive” da parte del singolo, ma questi si inseriscono comunque in un contesto più ampio che reclama un’attività di valutazione e gestione *comunitaria*: Il rischio “strutturale” che vi è insito si manifesta più chiaramente come frutto e al tempo stesso come oggetto di scelte valutative che trascendono la dimensione individuale: appunto perché, non essendo possibile neutralizzarlo, è necessario anzitutto indagare e decidere se vi sia (e in che misura) negoziabilità delle probabilità di offesa.

Tali scelte investono certamente le autorità istituzionali (per quanto qui interessa il potere legislativo e le altre autorità pubbliche da esso delegate), ma non solo. Come si è per adesso soltanto accennato, infatti, anche queste non hanno la forza di portare da sole il “peso del rischio”, ma si trovano costrette a dialogare (in vario modo) con le comunità scientifiche (i c.d. saperi esperti) anche private. Ciò non significa, il proseguo della trattazione lo dimostrerà, che il singolo individuo non sia chiamato a fare la sua parte; tutto il contrario: le decisioni di cui sopra servono anche definire il *modus operandi* da lui preteso e, talvolta, si spingono a richiederne la partecipazione “attiva” nella costruzione del sistema di governo del rischio (cfr. infra Cap. IV, § 6); tuttavia, si tratta di un meccanismo (appunto detto di “co-gestione” del rischio) ben distinto, quantomeno nelle intenzioni, da quello della “privatizzazione del pericolo” esposto poc’anzi; che invece tendeva farne gravare tutto il carico sull’individuo.

Che sia questa, sul versante normativo, la nota più caratteristica del concetto di rischio rispetto a quello tradizionale di pericolo viene ulteriormente avvalorato, da un lato, dallo studio della formula dell’*Erlaubtes risiko* (non a caso non si parla di “pericolo” quando si sente necessario chiarire che ne esiste un coefficiente “consentito”) – in sé euristicamente “vuota”, meramente descrittiva dell’esito finale di una operazione valutativa di bilanciamento tra interessi – e, dall’altro lato, dalla sua più tardiva emersione. In concetto di rischio, infatti, è comparso in primo piano sull’agenda politico-criminale quando il punto di equilibrio tra rischio consentito e non ha reclamato di essere standardizzato attraverso un intervento (anche) istituzionale.

Tradotto nel linguaggio dell’illecito colposo, l’ingresso del “rischio” come un qualcosa di diverso dal pericolo contribuisce dunque a far affiorare la natura (non solo

tecnica ma anche) “politica”, normo-valutativa, della regola cautelare; che non è altro se non il riflesso della sua attrazione sul piano del fatto tipico. Peraltro, questa “rivelazione” permette di prendere coscienza del diverso modo in cui tale bilanciamento venga svolto relativamente ai coefficienti tradizionali di “pericolo”: anche in relazione a questi vi è infatti una quota di rischio “lecito” che, sebbene meno visibile, rimane indifferente al sistema penale. Meno visibile perché trattandosi di attività non intrinsecamente pericolose (nelle quali le “forze della tecnica” non sono operative) e non socialmente utili (per cui non si sente il bisogno di fissare *una tantum* il rischio che è consentito affrontare per non vanificare eccessivamente i suddetti benefici), il coefficiente “permesso” può essere stabilito in maniera meno “autoritativa” e più flessibile, attraverso una valutazione che l’ordinamento rimette alla comunità sociale. Ma ciò non significa, appunto, che tale valutazione assiologico-normativa non esista, semplicemente non viene “giuridicizzata” in maniera formale.

Da quanto detto consegue, inoltre, che il rischio inteso come fattore “generalizzato”, “endemico”, fisiologicamente correlato allo svolgimento di attività socialmente irrinunciabili, sia un concetto per così dire “negativo”, di confine, che nella dogmatica della colpa penale non ha un rilievo autonomo e indifferenziato.

Diversamente da quanto accade sul versante civilistico, infatti, il rischio è legittimato a penetrare all’interno del sistema penale dell’illecito colposo, soltanto nella misura in cui è “filtrato” dalla norma di comportamento.

Nel diritto civile, invece il rischio si torva di fronte una clausola dalla struttura aperta e flessibile, priva di reale funzione normativo-selettiva, che non è diretta a imputare una condotta illecita, ma ad allocare un danno (genericamente descritto come) “ingiusto”. A questa enunciazione dell’evento in termini universalizzanti si accompagna un elemento “colpa” edificato sulla formula del “dovere di diligenza” che, lo si è visto, viene parimenti concepita come una clausola generale “atipica”.

Peraltro, per assicurare la riparazione delle offese arrecate dai rischi moderni, il sistema civilistico contempla anche una serie di ipotesi di responsabilità sostanzialmente oggettiva, che disciplinano l’ascrizione del danno ingiusto in base a criteri diversi da quello tradizionale della “colpa” (riassumibili sinteticamente nella

più ampia categoria c.d. del rischio)¹⁷⁸. Ciò detto, anche nei casi in cui il criterio distributivo del danno rimane quello colposo, non si può dire che la clausola ascrittiva di diligenza rivesta una funzione “selettiva” (*ex ante*) del rischio: al contrario, la responsabilità aquiliana persegue il proprio obiettivo di tutela in maniera “ubiquitaria” e si dirige contro qualunque comportamento capace di ostacolarne il perseguimento. A rilevare è soprattutto l’avvenuta lesione (il danno ingiusto), mentre rimane in secondo piano la modalità aggressiva da cui è risultata l’offesa.

L’atipicità della condotta e quella dell’evento vanno dunque di pari passo: alla portata “generale” del “danno ingiusto” corrisponde una regola di condotta generica, che non seleziona né descrive il tipo (o c.d. classe) di rischio da fronteggiare, ma rende rilevante qualsiasi comportamento di cui, *ex post*, si accerti la concreta contrarietà a diligenza. In pratica, a partire dall’evento *hic et nunc*, l’interprete è chiamato a procedere a ritroso per valutare la diligenza del fatto storico.

Concludendo sul punto: nel modello aquiliano di colpa, il carattere atipico dell’evento risarcibile (*ex ante* rileva la clausola generale del danno ingiusto che resta “fatto”) condiziona anche la condotta rilevante (quella colposa) che stenta a farsi diritto; è difficile infatti, per non dire impossibile, enucleare regole di condotta “modali” che abbiano come referente un rischio di danno “generico”. In ultima analisi, è dunque la giurisprudenza a stabilire, *ex post*, quali siano gli eventi risarcibili e quali le condotte “negligenti”.

La colpa penale, invece, si rapporta con il concetto di rischio in maniera diametralmente opposta: nel senso che per imputare *ex post* l’illecito colposo non assume rilievo qualsiasi rischio, ma solo quello selezionato *ex ante* dalla regola cautelare deputata a fronteggiarlo. Questa, lo si è visto, si confronta con una classe tipica di eventi (o c.d. sotto-eventi), ed è in relazione a questa specifica cornice di rischio che predispone la propria la strategia contenitiva. Tutto ciò a conferma dell’interdipendenza tra condotta tipica ed evento tipico nell’illecito penale colposo: la natura modale e tassativa della regola cautelare, infatti, presuppone la possibilità di enucleare una classe standardizzata di eventi la cui concretizzazione è finalizzata a impedire.

¹⁷⁸ Cfr., con particolare riguardo all’art. 2050 c.c., le condivisibili considerazioni di RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, cit., p. 1369 s.

In altre parole, la regola cautelare fa da ponte tra una condotta modale tipica e un evento altrettanto tipico: avendo come retroterra lo svolgimento di attività ontologicamente rischiose – quindi un rischio in un certo senso “ubiquitario”: “diffuso, a-specifico, se si vuole sistemico, talvolta di tipo relazionale, ma anche di origine naturale che si ambisce a controllare – questa funge da filtro selettivo tanto della condotta, quanto dell’evento (o meglio dei c.d. sotto-eventi) penalmente rilevanti¹⁷⁹.

In questo modo, come il diritto che lo ospita, anche il rischio si fa necessariamente “puntiforme” e tipico; il suo rilievo, ridotto a quello che l’autorità competente a elaborare la norma preventiva (nel caso delle attività triviali, la comunità sociale) ha deciso di accordargli all’esito della valutazione assiologico-normativa sottostante – in maniera più o meno evidente a seconda dei casi – alla norma in questione.

Guardato con la lente del penalista, è dunque con questa impalcatura garantistica che il concetto di rischio si scontra e si relaziona: la sua essenza ubiquitaria (“il rischio è vita”) si trova costretta nei confini della regola cautelare; è sulla tenuta della stessa, infatti, che si gioca la struttura “rigida”, tipica e tassativa, delle fattispecie colpose di evento causalmente orientate (le quali, in conformità con il principio di frammentarietà, devono rimanere a “numero chiuso”)¹⁸⁰.

Tutto considerato, tra il rischio e la regola cautelare si instaura un rapporto che potremmo definire di dipendenza biunivoca: da un lato, la cautela doverosa costringe il rischio a “piegarsi” alle ragioni del diritto penale, ovvero ad adattarsi alla *ratio* garantistica che lo pervade (impedendogli di rilevare in termini “omnicomprensivi” e “a-specifici”). Da rifiutare, invece, è la concezione per cui il discrimine tra esposizioni lecite/illecite al rischio andrebbe ricondotto a una distinzione di tipo “quantitativo” tra un coefficiente consentito e uno colposo per definizione più elevato (perché dovuto alla sua mancata minimizzazione). Questa tesi, infatti, nasconde l’idea (ingannevole) che il rischio sia un concetto sempre graduabile con precisione su una scala che va dalla “mera possibilità” alla più o meno elevata “probabilità” dell’evento e, dunque,

¹⁷⁹ Sul punto cfr. le osservazioni di PALIERO C. E., *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 122 ss.

¹⁸⁰ Cfr. GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 161.

rilascia una rappresentazione dello stesso dai confini evanescenti, che spetta all'interprete riempire di contenuto¹⁸¹.

Dall'altro, però, selezionato e “costretto” nei confini della norma, il potenziale di rischio in parola ne condiziona le cadenze (determinandone, ad esempio, la natura procedurale piuttosto che sostanziale; il fondamento organizzativo, metodologico-ordinatorio, piuttosto che esperienziale-scientifico) e (ovviamente) il contenuto preventivo concreto; riflettendosi, in ultimo, anche sulla dimensione (dis)valoriale della condotta inosservante, sulla quale imprime un grado più o meno intenso di contrarietà ai valori socialmente condivisi.

Il valore ultimo della differenziazione tra “rischio” e “pericolo” può scorgersi proprio in questo: nel suo essere funzionale a valorizzare, sul versante normativo e politico criminale, la natura eterogenea delle diverse “tipologie” di fattori con cui si rapporta la regola cautelare.

Le indicate differenze, infatti, servono anche a dimostrare che il potenziale di offesa rilevante nel diritto penale non è un “*quid*” normativamente indifferenziato, un concetto a-specifico e sempre uguale a sé stesso; così come non è unitario e generico neanche il modello di colpa corrispondente: nel senso che il rischio non trova regolamentazione in un “dovere di diligenza” generale, concepibile come una sorta di “dovere di impedirne in ogni caso la prevedibile insorgenza”.

Al contrario, l'*excursus* svolto ha mostrato come la condotta colposa “tipica” tragga la propria normatività dalla violazione di una regola cautelare che ha come presupposto un certo tipo di rischio, le cui proprietà intrinseche (in termini di natura: organizzativa, esecutiva, estimativa, relazionale, da cattiva informazione ecc.; di qualità: socialmente utile o a vantaggio unicamente individuale; e di origine: solo endogena o, in parte, anche esogena) si riflettono anche sulla dimensione valoriale della condotta penalmente rilevante. In breve: le caratteristiche del tipo rischio “filtrato” dalla norma, incidendo sui connotati della stessa, si ripercuotono sul grado di antisocialità della condotta che la disattende¹⁸². Tutto ciò, evidentemente, a parità

¹⁸¹ Smaschera questo «artificio retorico» PALIERO C. E., *Il tipo colposo*, cit., p. 523.

¹⁸² Lo riconosce GIUNTA F., *Culpa culpae*, cit., p. 22 ss.

dell'evento lesivo¹⁸³. Da che, l'esigenza di esaltare le suddette differenze anche sul versante applicativo dell'imputazione (quindi in termini di gravità dell'illecito), oltre che, eventualmente, su quello politico-criminale (ovverosia, introducendo un trattamento differenziato della colpa penale coerente con la tipologia di rischio corrispondente).

L'analisi delle storture provocate dal processo "osmotico" tra colpa specifica e generica di cui si diceva, invece, mostrerà che a mancare è proprio il dialogo tra colpa-regola di condotta (che presuppone un certo rischio) e colpa-regola di imputazione (i cui criteri non possono prescindere dall'apprezzamento di quel rischio in termini di disvalore). Piuttosto, l'allarme provocato dal verificarsi di un (qualsiasi?) rischio porta a svalutare le ripercussioni prodotte dalla "tipologia" di rischio di volta in volta rilevante sul versante del disvalore di condotta, dando prioritario rilievo al fatto che un evento dannoso si sia, in effetti, verificato.

Con la conseguenza ultima che la colpa torna a farsi "unitaria": smarrita la dimensione conformativa delle sue regole (in questo senso è una colpa "senza regole"), questa finisce per reggersi su una clausola "indifferenziata" di diligenza che colpisce chiunque non abbia evitato l'evento "dominabile" al metro dell'agente modello.

¹⁸³ Parla di «neutralità del rischio», in particolare per quanto attiene al «disvalore d'evento» PALIERO C. E., *Il tipo colposo*, cit., p. 522.

CAPITOLO IV

LA POSITIVIZZAZIONE DELLE REGOLE CAUTELARI ALL'OMBRA DELLA COLPA GENERICA

SOMMARIO: 1. Dalla colpa generica alla colpa specifica, e ritorno. – 2. Critiche ricorrenti e luoghi comuni: l'impossibilità fisiologica della regola formalizzata a esaurire la diligenza richiesta in concreto. – 3. La cristallizzazione come ostacolo al progresso tecnico-scientifico. – 4. Beve *focus* sul giudizio prevedibilità in rapporto alla colpa specifica. – 5. Lo "scoloramento" della colpa specifica: fenomenologie ricorrenti di colpa generica "residuale/aggiuntiva", contenitiva ed espansiva. – 5.1. Dal dovere generale dovere di attenzione (...). – 5.2. *Segue*: all'espansione senza limiti del dovere di vigilanza e controllo. – 5.3. *Segue*: alla colpa generica "residuale", "analogica", "retroattiva". – 5.4. *Segue*: fino al dovere di massima sicurezza possibile *ex art.* 2087 c.c. e al *maximum standard* nella prassi della colpa medica. – 6. *Focus*: istanze di autonormazione vs. istanze "pubblicistiche". – 6.1. L'ambito medico. – 6.2. L'ambito della sicurezza sul lavoro. – 6.3. Quali prospettive per l'autonormazione? – 7. Il *rischio penale* da "cattiva" valutazione tra riconoscibilità del *rischio* e dovere di *valutazione* – 8. Dai doveri valutativi e informativi alla regola cautelare di prevenzione del rischio: l'eterogeneità dei modelli pre-cautelari di previsione-prevenzione del rischio e la (incerta) legittimità della colpa per "cattiva" valutazione. – 8.1. Il settore della sicurezza sul lavoro tra obblighi "pre-cautelari" e obblighi "meramente organizzativi". – 8.2. L'obbligo di «previsione del rischio» imposto agli operatori di Protezione civile ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n.1/2018. – 8.3. L'atteggiarsi dell'obbligo diagnostico-valutativo in campo sanitario. – 8.4. Gli altri obblighi pre-modalità: breve *focus* sugli obblighi informativo-comunicativi e gli obblighi di segnalazione del rischio. – 9. Riflessioni conclusive: lo stato di salute della colpa penale alla luce delle ultime tendenze giurisprudenziali. – 9.1. Contrasti e incongruenze sul piano sistematico e "dei principi". – 9.2. Le disfunzioni concrete di un rimedio inefficace. – 9.3. La colpa penale del prossimo futuro: i passi della giurisprudenza verso un modello più garantistico di colpa penale.

1. DALLA COLPA GENERICA ALLA COLPA SPECIFICA, E RITORNO

Riflettere sul significato e sull'impatto della colpa specifica quale categoria moderna significa anche scontrarsi con i limiti della cautela positivizzata, quindi con le incursioni integrative, sostitutive o perfino derogatorie da parte della colpa generica; uno scenario a tal punto conflittuale, da far dubitare dell'esistenza stessa della figura in esame come categoria concettualmente distinta rispetto alla seconda: a detta dei più, le due forme di colpa – pur differenziabili all'apparenza – sottenderebbero in realtà un'identica valutazione¹; sarebbero dunque categorie non alternative ma

¹ GROTTOM., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 70 ss., spec. p. 74 s. e p. 81 ss. Analogamente già GALLO M., voce *Colpa penale*, cit., p. 637, nonché MARINI G., voce *Colpa*, cit., p. 6.

potenzialmente cumulabili. Gli argomenti addotti per confutare l'autonomia operativa e concettuale della colpa specifica rispetto a quella generica si riducono fondamentalmente ai seguenti.

Anzitutto, l'impossibilità da parte delle regole cautelari positive, emanate livello generale, di coprire le poliedriche situazioni di pericolo che si manifestano nella realtà; o, se si preferisce, la radicale impossibilità di fissare in astratto e con certezza le regole da rispettare per andare esenti da colpa, posto che il *quantum* di diligenza cristallizzato nelle regole codificate potrebbe non essere sufficiente a esaurire la diligenza dovuta nella situazione concreta (colpa generica c.d. residuale)². A ciò si aggiunge l'eventualità che l'efficace prevenzione di una concreta situazione di pericolo richieda proprio di derogare alla regola scritta rigida deputata a regolamentarla (in altre parole, il rispetto della regola positivizzata costituirebbe una minaccia per quei beni giuridici che la stessa era volta a salvaguardare). Per cui, ad essere concretamente diligente ed efficace, sarebbe un comportamento ulteriore o addirittura differente (si pensi alle c.d. manovre di emergenza) rispetto a quello stabilito in anticipo; questo secondo più aderente alle peculiarità del caso concreto e spesso espressivo di una misura di diligenza "superiore", innalzata, rispetto a quella fissata in via generale e astratta.

A rafforzare questo argomento si annettono spesso altre due considerazioni: in primo luogo, una critica all'insufficiente *standand* di determinatezza ed esaustività di molte delle norme cautelari positive, che nella loro genericità non riescono a esaurire il contenuto prescrittivo della diligenza doverosa; da che, la necessità determinarne la misura ricorrendo comunque allo schema logico della prevedibilità in concreto³.

In secondo luogo, con particolare riguardo ai settori più impattati dall'evoluzione tecnico-scientifica, si porta l'ulteriore argomento dell'impossibilità di aggiornare le regole positive fondate su un sapere scientifico-esprienziale, con la periodicità necessaria a farle stare al passo con il progresso tecnico: sarebbe infatti irragionevole pensare che il legislatore possa intervenire senza sosta attraverso il processo di giuridicizzazione formale per allineare le regole ai nuovi "ritrovati" cautelari; la cristallizzazione cautelare sarebbe dunque di ostacolo allo sviluppo

² Per tutti MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 243 ss., spec. p. 250 ss.

³ *Ibidem*, p. 239 ss.

dell'efficacia preventiva della regola, destinata a diventare ben presto vetusta e obsoleta, superata da cautele scientificamente più evolute. Anche in questo caso, allora, la determinazione della regola da rispettare dovrebbe avvenire compiendo un giudizio di prevedibilità in concreto del pericolo alla luce di uno dei parametri superiori (per alcuni l'agente modello, per altri la migliore scienza): ciò servirebbe, nello specifico, a dar corpo a un dovere di aggiornamento dal contenuto altrimenti indeterminato, ovvero per indicare quella regola cautelare di colpa generica, accreditata da un'efficacia impeditiva maggiore, che incarna la diligenza doverosa nel caso di specie (perché, appunto, era quella che l'agente modello avrebbe rispettato o era quella che rappresentava la migliore scienza del momento).

Alla luce di queste considerazioni, la dottrina svalorza la distinzione tra colpa generica e specifica, concludendo che il riferimento alle regole codificate non sia mai sufficiente per decidere se la condotta dell'agente fosse o meno "diligente". Con il risultato ultimo di garantire la continua operatività dei giudizi di prevedibilità-evitabilità in concreto del rischio al fine di determinare la regola comportamentale doverosa in ambito processuale: giudizi che vanno dunque a sostituirsi o aggiungersi a quelli "assorbiti" dalle (ancorché esistenti) regole positive.

Ciò che in pratica non si ammette è che negli ambiti disciplinati da cautele positivizzate la misura oggettiva di diligenza richiesta si esaurisca, di regola, in quella stabilita da queste ultime: in virtù del rilievo costituzionale dei beni giuridici protetti (vita, salute, integrità fisica), il rapporto regola-eccezione viene ribaltato in modo da legittimare l'ingresso di un dovere di diligenza ad ampio raggio, al cui interno convivono sinergicamente regole preventive "generiche" e "specifiche"⁴. Da che, nonostante il crescente aumento delle regole prudenziali scritte, la realtà applicativa della responsabilità colposa resta ancora marcata da un rapporto "viscerale" tra colpa specifica e generica, con inevitabili scivolamenti verso una concretizzazione forte della regola cautelare obbligatoria⁵. Ne consegue, per prima cosa, un elevato tasso di

⁴ Così PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1483 ss. Per approfondimenti in materia antinfortunistica v. ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria)*, cit., p. 1571 ss. Critica questa impostazione anche PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 231 e già ID., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1492 ss. *Contra* CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa*, cit., p. 1638.

⁵ In argomento v., da ultimo, DE FRANCESCO G., *In tema di colpa*, cit., p. 2, dove afferma che «della colpa generica (...) non sia impresa facile sbarazzarsi».

incertezza sul versante dell'accertamento della responsabilità – soprattutto se per selezionare le regole cautelari non scritte si ricorre al criterio della prevedibilità (e simili) – in secondo luogo, il tendenziale innalzamento dello *standard* di diligenza preteso quando più la regola si accosta alle peculiarità del caso concreto⁶. Il fenomeno interessa praticamente tutti i principali micro-sistemi dell'illecito colposo (circolazione stradale, sicurezza sul lavoro, ambiente sanitario), salvo poi assumere cadenze diverse in ciascuno di essi, in conformità ai loro tratti caratteristici.

Il quadro appena tratteggiato suscita reazioni differenti a seconda della ricostruzione di colpa da cui si muove, quindi del peso che si è disposti a riconoscere alle regole cautelari nella costruzione del fatto tipico. È evidente, infatti, che seguendo la teoria ricostruttiva della prevedibilità dell'evento alla luce dell'*homo eiusdem*, si è portati a escludere che il rispetto delle regole formalizzate possa mettere al riparo dal c.d. rischio penale: per evitare inaccettabili flessioni di tutela, sarebbe sempre necessario verificare se, nel caso di specie, fosse opportuno discostarsi dalla piattaforma dell'esistente per abbracciare una condotta più efficace (per non dire astensionista) o comunque integrare la misura di diligenza prescritta con accorgimenti sussidiari, di carattere generale (sebbene spesso sprovvisi di natura modale).

Al contrario, prendendo le mosse della teoria normativa, si giunge a definire diversamente i rapporti tra colpa generica e specifica nei settori assistiti da norme positive, classificando come eccezionale l'intervento suppletivo o sostitutivo della prima⁷: anticipando la soluzione qui condivisa, detto intervento è ammissibile è ammissibile solo rispetto a fattori di rischio diversi (rispetto a quelli già considerati dalla norma positivizzata), aventi base normativa o esperienziale; ovvero, nei casi di diversa *Anlaß*, espressione indicativa del contesto o “piattaforma” situazionale di

⁶ Così PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p.324.

⁷ Per una applicazione di questa impostazione in ambito medico v. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 29. Analogamente, in relazione alla normativa antinfortunistica ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatória)*, cit., p. 1571 ss., nonché, da tempo, GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 94. In generale, ritiene che nel caso di regole cautelari rigide, ovverosia sufficientemente determinate, la pretesa cautelare sia già interamente descritta da queste PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 231, nonché ID., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1492 s. e PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 325. Dello stesso avviso anche STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 79 s. Più scettico, invece, DE FRANCESCO G., *In tema di colpa*, cit., p. 1 ss.

rischio che sta alla base di qualsiasi regola cautelare e ne rende doverosa l'osservanza⁸. Tutte le norme preventive (siano esse di fonte giuridica o sociale) prendono infatti le mosse da una tipica situazione di pericolo, "diagnosticata" grazie al criterio della prevedibilità: questi "segnali di allarme" presenti in un certo contesto fattuale fungono dunque da premessa logica (e cronologica) per l'adozione del comportamento contenitivo del rischio (a quel punto doveroso).

Coerenza vorrebbe, allora, che nel perimetro della situazione di pericolo presupposta dalla regola cautelare positivizzata, gli unici accorgimenti richiesti per evitare il verificarsi dell'evento siano quelli descritti da quest'ultima. È questa, e solo questa, infatti, a incaricare la misura di "evitabilità" oggettivamente pretesa dall'ordinamento in connessione a quella determinata *Anlaß*; questa, a segnare il confine tra rischio tipicamente lecito e non; questa, a servire da riferimento tanto per l'agente, quanto per il giudice: al primo, è precluso di sostituire la propria valutazione prudenziale (non interessa se coincidente con quella della maggioranza dei consociati) a quella operata, in via presuntiva e vincolante, dalla autorità che ha confezionato la regola scritta; il secondo, chiamato a valutare l'inosservanza o meno di una regola siffatta, non è ammesso a sostituirla con un'altra "creata" mediante un giudizio predittivo, né a integrarla ritenendo che le norme cautelari scritte non «*assorbano tutta la riprovevolezza che può sussistere per la morte della vittima*»⁹. In breve: nel caso di regole cautelari specifiche, il giudizio di idoneità preventiva del modello cautelare richiesto è già svolto dall'autorità che ne impone autoritativamente l'osservanza: esso sottende un bilanciamento di interessi, dunque una scelta politica, che al giudice non è permesso sovvertire¹⁰.

⁸ Sul concetto di *Anlaß* v. tra i tanti GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 110 s. e, da ultimo, ID., *Culpa culpae*, in *www.discrimen.it*, 6 giugno 2109, p. 15 ss.; più di recente MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 33 ss. Pur giungendo a conclusioni diverse, ricorrono all'espressione anche i sostenitori della teoria della prevedibilità secondo l'agente modello, tra cui, per tutti, v. FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 217 ss.

⁹ L'orientamento che muove dal presupposto che le regole scritte non comprendano «tutta la prudenza, diligenza e attenzione concretamente necessaria» nel caso concreto è ricorrente in giurisprudenza, soprattutto nel settore della sicurezza sul lavoro. Tra le tante sentenze che vi fanno riferimento v. Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto Beraud, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1470 (cors. nostro).

¹⁰ Con la consueta chiarezza, MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 29. Sul punto anche PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 190.

Diversamente, se a concretizzarsi sono fattori che fuoriescono dallo spettro di rischio premesso dalla cautela formalizzata, la colpa generica può intervenire a fronteggiarli in funzione residuale purché si disponga di un modello comportamentale specificamente pensato per contrastare detti elementi (costituente una “buona pratica” collaudata e accreditata in quel settore, eventualmente formalizzata in un qualche documento che ne recepisce le acquisizioni)¹¹. In altre parole, nel caso di regole propriamente “specifiche”, l’ingresso della colpa generica è legittimo sia nell’ipotesi in cui la situazione concreta presenti delle peculiarità contingenti che fungono da premessa operativa di una regola diversa da quella positivizzata (la cui efficacia preventiva in relazione alla peculiare situazione concreta viene dunque diminuita o del tutto compromessa); sia in relazione ai rischi che esulano dalla *ratio* preventiva della norma violata, «tali cioè da determinare una speciale pericolosità non corrispondente a quella considerata dalla norma positiva»¹².

Un discorso a parte meritano, da un lato, le regole scritte formulate in modo non esaustivo (anche dette “a contenuto variabile”), nelle quali la descrizione del rischio specifico e/o della regola di condotta si completa, per espressa volontà dell’ordinamento, con il contributo di norme di formazione socio-esperienziale; dall’alto, le regole standardizzate *ictu oculi* vetuste, ovvero *palesemente* obsolete in ragione del progresso tecnico-scientifico successivo alla loro giuridicizzazione formale¹³.

Prima di esaminare più da vicino le diverse situazioni casistiche in cui la colpa specifica tende a volatilizzarsi assumendo forma “generica” è necessario prendere posizione su alcune critiche appuntate alla positivizzazione, alcune delle quali sono in effetti condivisibili. Anzitutto, è fuor di dubbio che alcune caratteristiche della realtà moderna la rendano difficilmente regolamentabile attraverso sistemi di cautele standardizzate. È fin in troppo ovvio, poi, che – anche a prescindere dal fenomeno

¹¹ Approfonditamente GIUNTA F., *Culpa, culpae*, cit., p. 19 s. Segue la stessa impostazione MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., *passim*.

¹² L’espressione virgolettata è di PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 325.

¹³ L’espressione è ripresa dal Progetto Grosso di riforma del codice penale (art. 28, comma 2 del *Progetto preliminare di riforma del CP. PG*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574) che, in caso di osservanza delle regole cautelari specifiche, escludeva la possibilità di riconoscere una colpa generica residuale relativamente agli aspetti disciplinati da dette regole, «salvo che il progresso scientifico e tecnologico, nel periodo successivo alla loro emanazione, non le abbia rese palesemente inadeguate».

della colpa generica residuale o della colpa specifica “cedevole” – la positivizzazione a tappeto di tutte le regole cautelari sarebbe un’operazione tanto impraticabile, quanto indesiderata; anzitutto a causa degli svantaggi che ne deriverebbero sul versante della conoscibilità delle regole stesse, quindi della loro capacità orientativa¹⁴.

2. CRITICHE RICORRENTI E LUOGHI COMUNI: L’IMPOSSIBILITÀ FIOLOGICA DELLA REGOLA FORMALIZZATA A ESAURIRE LA DILIGENZA RICHIESTA IN CONCRETO

Partendo dalla prima, più radicale, critica alla positivizzazione, è dunque necessario domandarsi se sia possibile enucleare regole cautelari impersonali abbastanza determinate da esaurire la pretesa di diligenza; o se, invece, si tratti di uno sforzo vano a causa l’impossibilità “fisiologica” di descriverne in astratto i contorni per via della multiformità delle situazioni di pericolo che fanno scattare il dovere di diligenza. A dimostrarlo sarebbe sia la presenza di regole scritte indeterminate – la forma scritta, si dice giustamente, non è sempre garanzia di precisione – sia la presenza di regole sì determinate, ma comunque non esaustive o, in certi frangenti, perfino (doverosamente) derogabili.

Condividendo questa opinione, infatti, è la stessa possibilità di una “chiusura” *ex ante* del tipo colposo ad essere messa in discussione: la norma positiva potrebbe tuttalpiù dettare dei criteri guida per gli agenti, ma non avrebbe mai certezza di contenuto; per cui, non avrebbe neanche senso sforzarsi di proteggere le “cittadelle” di colpa specifica dalle incursioni della colpa generica e si dovrebbe concludere, in ogni caso, per la massima concretizzazione della regola doverosa attraverso la riedizione *ex post* del giudizio di prevedibilità¹⁵. Le regole cautelari proprie dell’una e dell’altra categoria sarebbero *interscambiabili* «sia dal punto di vista del reciproco cumulo sia dal punto di vista della reciproca derogabilità» e andrebbero perciò ricostruite alla stessa maniera¹⁶. In fondo, il DNA della colpa sarebbe sempre quello

¹⁴ Così FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 324. Fa la stessa considerazione GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 94.

¹⁵ In questo senso, *ex multis*, MINNITI G., *Violazione delle regole cautelari e responsabilità per colpa nel sistema del diritto penale*, Roma, Aracne Editrice, 2007, p. 53 ss.

¹⁶ Così, testualmente, GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 87.

del paradigma “generico”: quindi – almeno per come usualmente ricostruito – un paradigma “*senza regole*”, assimilabile a una “clausola generale ad analogia espressa”.

A questa conclusione può innanzitutto opporsi la presenza – accanto a regole scritte effettivamente indeterminate nei contenuti (perciò dette “elastiche”, flessibili, dunque non esaustive nell’indicazione della condotta doverosa) – di anfratti di colpa specifica sufficientemente determinata, da poter dire che non tutto il mondo della colpa sia osmotico: regole precostituite che sono il risultato, ben congegnato, di un iter di giuridicizzazione riflettuto, che ritagliano per intero il comportamento dovuto in relazione a classi omogenee di rischio.

In breve, la norma cautelare positivizzata non ha indefettibilmente contenuto incerto, né è immancabilmente incapace di definire in modo esaustivo la pretesa di diligenza per il solo fatto di essere il risultato di una generalizzazione¹⁷; piuttosto, quanto a specificità della condotta esigibile, le regole scritte possono classificarsi su una scala che va da regole massimamente determinate a regole massimamente aperte, sulla base della indicazione (presente o meno) dei presupposti fattuali in cui scatta l’obbligo conformativo e della descrizione precisa della condotta richiesta, ovverosia del contenuto determinato della regola di condotta modale¹⁸. Sebbene l’indeterminatezza delle regole scritte possa effettivamente toccare uno solo o ambedue questi aspetti, è anche vero che le due cose vanno spesso di passo: se non sono chiari i fattori di pericolo che la condotta è chiamata ad arginare e quindi l’ambito di operatività del dovere di diligenza, è ben difficile che si possa tracciare una pretesa comportamentale dal contenuto modale preciso e puntuale; quanto più è accentuata l’apertura della norma alle circostanze del caso concreto, tanto più tenderà a scolorire anche il contenuto della cautela doverosa da adottare¹⁹.

A ciò va aggiunto il ruolo giocato dall’indicazione della funzione preventiva della cautela rispetto a un determinato evento (o bene giuridico) nella perimetrazione dell’ambito di operatività del dovere di diligenza: in effetti, anche se la norma non descrive espressamente i fattori di pericolo che ne attualizzano il concreto operare, in

¹⁷ Così invece MINNITI G., *Violazione delle regole cautelari*, cit., p. 49 ss.

¹⁸ Per approfondimenti su questa classificazione v. per tutti GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 220 ss.

¹⁹ Fa questa considerazione anche ATTILI V., voce *Colpa*, cit., p. 147.

alcuni casi questi possono facilmente desumersi dall'indicazione univoca assunta dal suo spettro preventivo²⁰. Non solo, le regole il cui obiettivo prevenzionale risulta inafferrabile, non selezionato né descritto in modo preciso, patiscono una sorta di “vizio circolare”, nel senso che la vaghezza della direzione preventiva non può che riverberarsi nella opacità degli strumenti idonei allo scopo²¹.

Per fare solo alcuni esempi: tra le tante prescrizioni generiche contenute nel Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e succ. mod.), una regola prudenziale indefinita sotto entrambi i profili menzionati è quella di cui all'art. 140 – non a caso rubricata come “principio” – che si limita a dar veste al generico obbligo di *neminem laedere* («obbligo di comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione» fatto gravare su tutti utenti della strada)²². In questo caso, la fonte della regola cautelare in senso proprio (quella “modale”) non è quella giuridica, che altro non fa se non rinviare a indistinte regole di fonte sociale, perimetrandone a grandi linee l'ambito di operatività. Ancora, si pensi all'art. 19, comma, 3 che impone «*comunque*» ai conducenti di prevenire gli (indistinti) comportamenti maldestri o scorretti di bambini o anziani «*quando sia ragionevole prevederli in relazione alla situazione di fatto*».

Parimenti indeterminate sono anche le regole di cui agli artt. 141 e 161, comma 2. Il primo si limita a elencare, peraltro in maniera solo esemplificativa (come si desume dall'inciso «avuto riguardo [...] ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura»), una serie di circostanze fattuali la cui presenza obbliga a regolare (riducendola) la velocità, ma rimette l'individuazione di quella concretamente “diligente” alla discrezionalità del destinatario della norma; e, in ultima analisi, al giudice, che nel caso

²⁰ Dettagliatamente GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 230 ss.

²¹ Sul punto, con specifico riferimento alle regole che perseguono lo sfuggente obiettivo della “riduzione al minimo” di un dato rischio, v. le considerazioni di VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., p. 153 s. nonché PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, 2000, p. 397.

²² Sulla distinzione tra regole “elastiche” e “rigide” e annesse esemplificazioni v. MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 231 ss., spec. p. 236 s.; MARINI G., voce *Colpa*, cit., p. 7; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 578; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 221 ss., che preferisce parlare di regole “precise” e “imprecise”; VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., pp. 75 ss., p. 153 e p. 163 ss.; ID., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 588 ss.; CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 318; GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 47 ss. sull'indeterminatezza di molte regole positive, in particolare sul punto v. p. 71.

di investimento o di incidente dispone del facile argomento di condanna per cui il conducente – sebbene abbia rispettato il limite massimo di velocità – avrebbe dovuto ulteriormente ridurla *ex art. 141*, di quel tanto che bastava a evitare l'evento (prevedibile) realizzatosi in concreto²³. Perciò – diversamente dall'art. 142, che detta i limiti massimi di velocità in modo specifico, differenziandoli a seconda delle tipologie di strada e delle situazioni concrete – nel formulare la regola sulla velocità c.d. prudenziale è lo stesso legislatore ad averne decretato l'insufficienza²⁴. In modo non dissimile, l'art. 149, comma 1, detta una regola il cui contenuto non è tipizzato esaustivamente, ma deve essere specificato in relazione alle irripetibili circostanze del fatto concreto: la precisa distanza di sicurezza da tenere si determina in rapporto allo spazio di frenata, che varia in base allo stato del manto stradale, allo scorrimento del traffico ecc.

La scelta ha ovviamente una sua logica: quella opposta – introdurre disposizioni minuziose per ogni situazione che possa consigliare di ridurre la velocità – pur tecnicamente possibile, risulta macchinosa e scarsamente efficace; inoltre, guardando al fenomeno in un'ottica politico-criminale, la dottrina ritiene che l'opzione sia animata dall'intento di far prevalere l'esigenza di una viabilità senza intralci sulla tutela ottimale dei beni giuridici coinvolti: essa consentirebbe alla libertà di circolazione di esplicarsi lecitamente a una data andatura (il rischio che vi è fisiologicamente connesso resta dunque tollerato) fino al limite più estremo della prevedibilità in concreto che ne scaturiscano eventi dannosi.

L'art. 161, comma 2, invece, risulta indeterminato sotto un unico profilo – la precisa indicazione delle modalità di comportamento cautelare – mentre contiene una descrizione della base situazionale del giudizio di pericolo, ovvero dei fattori di pericolo presenti i quali scatta l'obbligo cautelare («l'avvenuta caduta o spargimento di materie viscide, infiammabili o comunque atte a creare pericolo o intralcio alla circolazione»). Il legislatore si è dunque fatto carico di valutare il livello di pericolosità oltre il quale il rischio non è più tollerato: presenti quei fattori, la pericolosità deve

²³ Correttamente, una parte della giurisprudenza ritiene che l'art. 141 c.d.s. non sia espressivo di una regola cautelare autonoma, perché non specifica le modalità che si sarebbero dovute adottare per prevenire l'evento infausto (v. Cass., sez. IV, 29 marzo 2018, n. 40050, Rv. n. 273871; Cass., sez. IV, 20 giugno 2007, 29206, Rv. n. 236905).

²⁴ PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 324.

essere contenuta adattando le *cautele necessarie* «per rendere sicura la circolazione e libero il transito»; ovverosia, quelle predisposte dall'esperienza comune per far fronte a situazione del genere.

Ragionevolmente, la dottrina vi ha scorto una «positivizzazione» di ipotesi di colpa generica²⁵: parlare di colpa specifica significherebbe operare una “truffa di etichette”; pur essendo contenute in un corpo normativo positivizzato, queste norme non hanno funzione autonoma, ma richiedono di essere arricchite e specificate attraverso il riferimento alle fonti c.d. sociali. Da che, la natura giuridica delle prime «finisce per diventare un dato puramente formale ed estrinseco», mentre l'individuazione e la violazione della norma cautelare hanno l'“essenza” della colpa generica²⁶. Detto altrimenti, manca quell'orientamento del legislatore a farsi egli stesso carico – autoritativamente – della previsione della regola cautelare, che costituisce il tratto più caratteristico della colpa specifica.

Diversamente dovrebbe concludersi in relazione alle norme determinate nell'indicazione della condotta cautelare e dei fattori di pericolo che ne attualizzano l'osservanza: l'esempio di scuola in questo ambito è dato dal divieto di transitare con il semaforo rosso di cui all'art. 41, comma 2, e 146 c.s. Lo stesso potrebbe dirsi dell'art. 145, comma 2, che impone di dare precedenza ai veicoli provenienti da destra o, in presenza di apposita segnalazione, da altra direzione; o ancora, dell'art. 162, che pone l'obbligo di pre-segnalare la presenza di un veicolo fermo con appropriato segnale mobile di pericolo, da collocare sulla carreggiata alla distanza prevista dal regolamento (almeno 50 m., v. art. 347, comma 2, del d.P.R., 16 dicembre 1992, n. 495, e succ. mod.).

Un ampio elenco di obblighi cautelari di carattere tassativo è poi offerto dalla normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. A seguito delle rivisitazioni profonde subite dal sistema prevenzionistico, infatti, questa è andata nella direzione di una progressiva standardizzazione delle cautele: prima ad opera dei decreti degli

²⁵ Ricorre a tale espressione PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 190.

²⁶ Così GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 221 ss. La riconducibilità delle regole “elastiche” alla colpa generica è largamente professata in dottrina, per tutti v. PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 190, che parla di «frode delle etichette» per sottolineare che queste regole rimangono di colpa generica anche se hanno subito una «artificiosa metamorfosi» che le ha rese «apparentemente specifiche».

anni '50, che hanno aperto la strada della “codificazione”, introducendo in *subiecta materia* una fitta serie di regole cautelari anche particolarmente minuziose nei contenuti²⁷; poi, durante gli anni '90, ad opera dei decreti recepimento delle molteplici direttive comunitarie emanate nel corso del decennio precedente²⁸; infine, in ragione del passaggio – anch'esso sollecitato a livello europeo – dal sistema capillare di prevenzione del pericolo mediante regole c.d. proprie delineato negli anni '50 al più moderno sistema procedurale di valutazione e riduzione del rischio, inaugurato dal d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 poi riproposto dal Testo Unico del 2008 (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e succ. mod.) che ha accorpato, armonizzandole, le principali discipline di settore²⁹.

Pur non soppiantando il modello precedente – fondato su cautele a base nomologica tese all'eliminazione del pericolo, quindi al raggiungimento della “massima sicurezza possibile” – quello più moderno è condizionato dal tramonto nella fiducia incondizionata nella scienza a rendere riconoscibili e dominabili tutti i rischi. Da che l'affiancamento – accanto alle regole cautelari “specifiche” introdotte gli anni '50 e tutt'oggi vigenti in certi ambiti – di cautele dai contenuti “flessibilizzati”, variabili in relazione alle conoscenze acquisite, orientate alla riduzione del rischio fin dove tecnicamente possibile (emblematiche le regole che stabiliscono i c.d. valori

²⁷ Tra quelli ancora in vigore si segnalano: il d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547 (“Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”); il d.P.R. 7 gennaio 1956, n. 164 (“Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni”); il d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 (“Norme generali per l'igiene del lavoro”). A questi se ne affiancano altri più specifici, tra cui: il d.P.R. 19 marzo 1956, n. 302 contenente misure cautelari rivolte alla produzione e all'impiego di esplosivi e collaudi; ancora, il d.P.R. 20 marzo 1956, n. 320 relativo alla prevenzione degli infortuni e all'igiene del lavoro in sotterranei e il d.P.R. 20 marzo 1956, n. 323 dedicato alla prevenzione negli impianti telefonici.

²⁸ Molti di questi decreti sono stati tuttavia abrogati, totalmente o parzialmente, oppure modificati e integrati da altri attuativi di direttive di più recente emanazione: si pensi, per farne solo un esempio, al d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 77, attuativo della direttiva 88/364/CEE in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi di esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro, poi abrogato dall'art. 5 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 25 di attuazione della direttiva 98/24/CE.

²⁹ Per approfondimenti sul significato di questa transizione v., tra i tanti, STELLA F., *Il decreto legislativo 626 e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*; VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit. p. 369 ss., spec. p. 379 ss.; GIUNTA F.-MICHELETTI D. (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim*. Fuori dal panorama prettamente penalistico v. LOTTIM., *Il concetto di rischio ed il significato dei limiti: gli aspetti generali del processo di regolamentazione delle esposizioni a sostanze chimiche*, in *Atti del 56° Congresso Nazionale della Società Italiana di medicina del lavoro e igiene industriale*, Venezia, 20-23 ottobre, 1993, Padova, S.G.E.

soglia in relazione a disparate sostanze pericolose)³⁰: queste sono il frutto di un approccio alla prevenzione d'impronta "sistemica", da realizzare attraverso strategie organizzative di pianificazione che coinvolgono, a diverso titolo e con diverso ruolo, una pluralità di soggetti e di organi aziendali. In questa rete di articolati adempimenti è peraltro coinvolto lo stesso lavoratore, un tempo mero "fruitore" della sicurezza, oggi anche destinatario di "doveri di sicurezza" suoi propri (v. art. 20 TU del 2008).

La direzione complessivamente intrapresa è dunque quella di una gestione "globale" e dinamica della sicurezza, che persegue l'obiettivo di tutela imponendo il rispetto di articolate procedure di controllo del rischio e di tutte le più specifiche regole cautelari in cui queste si risolvono. Il perno di tutto il meccanismo è infatti costituito da un obbligo di valutazione di "tutti i rischi per la salute e la sicurezza" (art. 28 del T.U. del 2008) che presenta un doppio volto: *in primis*, diagnostico-accertativo delle condizioni esistenti (tramite la c.d. valutazione dei rischi *ex* artt. 15 e 17 del T.U. del 2008, già art. 3 del d.lgs. 626/94) e, poi, programmatico-attuativo di misure idonee a fronteggiare i rischi diagnosticati.

A venire in gioco è dunque una pletora di regole di comportamento "miste", più o meno determinate, che dettano cautele volte all'eliminazione o, laddove non sia possibile, alla riduzione di rischi specifici (ad. es. rischi legati all'uso di strumenti taglienti, rischi inerenti allo spostamento manuale di carichi, rischi da esposizione ai rumori, rischi da esposizione a sostanze pericolose o ad agenti biologici ecc.), cui si affiancano obblighi informativi e formativi del personale coinvolto (v. artt. 15, comma 1, lett. n)-p), 36, 37, poi specificati nei titoli successivi, v. ad es artt. 164 e 177), obblighi di vigilanza e controllo, oltre a obblighi "dinamici" che impongono la revisione, a cadenze regolari, delle valutazioni svolte, nonché l'aggiornamento delle misure adottate; e, infine, anche disposizioni "meramente organizzative" (quali gli artt. 35, 38 e 100), con ovvie ripercussioni sul versante dell'imputazione per colpa di un evento alla cui realizzazione abbia strumentalmente contribuito anche la loro violazione o scorretta applicazione³¹.

³⁰ Un esempio è dato dalle linee guida di cui all'allegato I del d.lgs. 17 agosto 1999, n. 334 in materia di sicurezza negli stabilimenti a rischio di incidente rilevante (attuazione della direttiva 96/82/CE relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose).

³¹ Le problematiche legate alla possibilità di fondare la colpa del datore di lavoro sulla violazione di regole meramente organizzative o di regole procedurali generiche (si pensi al caso di mancato o

Anche in questo caso, però, l'apparente "apertura" di alcune regole procedurali non deve portare a frettolose conclusioni³²; un approccio corretto alla normativa richiede invece di guardare tale flessibilità da una prospettiva più ampia e sistemica: il quadro descritto è infatti destinato a ricevere una chiusura da parte del conseguente "piano di sicurezza" adottato dall'impresa, che convive sinergicamente con tutte le altre fonti normative del settore. Non solo, oltre alle norme "generali" richiamate (artt. 15, 17 e 28), la lettura del T.U. svela la contestuale presenza di regole cautelari esaustive (tra le tante v. l'art. 113, comma 2, in tema di scale; l'art. 118, quanto ai lavori di splateamento o sbancamento; l'art. 139, in materia di ponti su cavalletti; l'art. 147, comma 3, in materia di scale in muratura; l'art. 189, che fissa i valori limite di esposizione ai rumori; oltre alle regole contenute nei vari allegati richiamati v. ad es. art. 168, comma 3); o, in altri casi, di regole che rimandano al contenuto di più specifici decreti ministeriali, ovvero alla legislazione di recepimento delle direttive europee in materia, o che fanno riferimento alle "norme tecniche" (v. l'art. 168, comma 3, che, in via sussidiaria, richiama anche altri strumenti di indirizzo: le "buone prassi" e le "linee guida") oppure alle "istruzioni d'uso" (v. art. 71, comma 4, n. 1) in materia di d.p.i.)³³; norme tecniche che a volte vengono perfino indicate con maggior precisione, come accade nel caso appena ricordato: l'art. 168, comma 3, infatti, rinvia all'allegato XXXIII del T.U nel quale è stato inserito un espresso riferimento alle «*norme tecniche della serie ISO 11228 (parti 1-2-3) relative alle attività di movimentazione manuale (sollevamento, trasporto, traino, spinta,*

scorretto svolgimento della procedura di diagnostico-valutativa dei rischi) verranno trattate più avanti (v. *infra* Cap. IV).

³² La scarsa determinatezza dell'obbligo generale di valutazione dei rischi (art. 29 del d. lgs. 81/08) è infatti servita da argomento per negare la diversità funzionale tra colpa generica e specifica: sul punto v. GROTTO M., *principio di colpevolezza*, cit., p. 67 ss., spec. p. 75, che non soltanto li ritiene "criteri intrinsecamente *cumulativi*", ma si spinge ad affermare che la colpa specifica presuppone e necessita di quella generica. L'affermazione in parola, accettabile nei casi in cui le regole giuridiche (aperte) contengano un rinvio alle fonti sociali, non però accettabile nella sua radicalità.

³³ Di regola, le direttive emanate in materia – in numero sempre crescente – prescrivono l'obbligo di raggiungere determinati standard di sicurezza in un certo settore ritenuto pericoloso, di introdurre procedure di valutazione dei rischi, oppure di dotarsi di misure o di dispositivi cautelari rispetto a determinate sostanze, prodotti, alimenti o utensili che circolano a livelli europeo. A titolo puramente esemplificativo: Direttiva (UE) 2019/1833 della Commissione del 24 ottobre 2019, sugli agenti biologici; Direttiva (UE) 2019/1832 della Commissione del 24 ottobre 2019, sui dispositivi di protezione individuale; Direttive (UE) 2019/130 e 2019/983 del Parlamento europeo e del Consiglio, rispettivamente del 16 gennaio 2019 e del 5 giugno 2019, entrambe sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti cancerogeni o mutageni durante il lavoro.

movimentazione di carichi leggeri ad alta frequenza)» che «sono da considerarsi tra quelle previste all'articolo 168, comma 3».

Per tutto quanto detto, l'evoluzione che ha investito la normativa di settore sembra effettivamente sottendere la volontà di accordare una netta preferenza alla forma di colpa "specificata", senza che possa riproporsi la logica della colpa "residuale" corroborata dal richiamo ideologico all'art. 2087 c.c.³⁴. All'impraticabilità di una rincorsa alla tipizzazione delle più disparate e dinamiche situazioni di pericolo attraverso la normativa primaria, si è dato risposta ricorrendo alla procedimentalizzazione del dovere di diligenza: prezioso strumento per fornire efficienti tutele tecnico-specialistiche e realizzare quella standardizzazione del rischio essenziale alla "specificità" della colpa.

Pertanto, se l'obbligato ha rispettato la procedura indicata, è ragionevole ritenere che non gli sia richiesto nulla di più, pena la vanificazione del valore normativo della disciplina introdotta; né può giungersi a conclusioni diverse accampano faziosi argomenti sulla vaghezza del linguaggio: questo presenta casi equivoci come casi di esemplare chiarezza³⁵. Basta leggere qualcuna delle regole esaustive poc'anzi richiamate per accorgersi che lascino pochi margini alla creatività dell'interprete: «le rampe delimitate da due pareti devono essere munite di almeno un corrimano», «le scale a pioli di altezza superiore a m 5, fissate su pareti o incastellature verticali o aventi una inclinazione superiore a 75 gradi, devono essere provviste, a partire da m 2,50 dal pavimento o dai ripiani, di una solida gabbia metallica di protezione avente maglie o aperture di ampiezza tale da impedire la caduta accidentale della persona verso l'esterno...». A queste potrebbero aggiungersi anche norme meno

³⁴ Evidenziano la predominanza della colpa specifica in questo settore: PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit. p. 1491; BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, cit., p. 441 ss., spec. p. 445; CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2011, fasc. 2, p. 2; PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

³⁵ Diversamente MINNITI G., *Violazione delle regole cautelari*, cit., p. 33 ss., p. 45 ss., p. 92 ss. e p. 119 ss., secondo la quale sarebbe più corretto parlare di regole più o meno elastiche, dato che un margine di elasticità è sotteso a tutte le regole cautelari ed è dovuto al fatto che il legislatore mantiene necessariamente un margine di astrattezza nel formularle. Da che, non sarebbe mai possibile prescindere indagine individualizzata e concretizzata analoga a quella della colpa generica: la presenza di regole (anche) elastiche dimostrerebbe che il legislatore non ha, in realtà, voluto caratterizzare la colpa per inosservanza secondo una forma diversa e più astratta. Similmente già MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 243 ss.

determinate, ma non per questo incomplete (v. ad es. la formulazione dell'art. 113, poc' anzi richiamato); non sembra infatti cogliere nel segno chi paventa l'equivocità di concetti come “rigido”, “sufficientemente resistente”, “adatto alle condizioni di impiego” o “normale” per poi sconfessare l'alterità delle due forme di colpa: il fatto che i gradini delle scale debbano “*avere pedata ealzata dimensionate a regola d'arte e larghezza adeguata alle esigenze del transito*” comporta un minimo di adattamento alla situazione concreta, ma non rende meno esaustiva la regola in termini di *standard* cautelare prescritto nella costruzione delle scale (quello proprio delle *leges artis*), né quanto allo scopo preventivo (il pericolo di caduta). Una volta verificato il rispetto delle richiamate “regole dell'arte” non si potranno richiedere ulteriori accorgimenti, né si dovrebbe ricorrere al giudizio di prevedibilità per stabilire la misura oggettiva di diligenza richiesta in questi casi, che sono invece contrassegnati dalla presenza di norme positive³⁶.

Da bandire, quindi, è anche il riconoscimento all'art. 2087 c.c. di natura di “norma di chiusura del sistema antinfortunistico”: di precetto “sussidiario” ad ampio raggio che concorre con le misure di sicurezza prescritte caso per caso dalla specifica normativa di settore, imponendo il rispetto di ulteriori misure cautelari generiche da plasmare alla luce delle “particolarità del lavoro” e tenendo conto dei progressivi conseguimenti della tecnica. Più che di “norma di chiusura”, allora, sarebbe corretto parlare di una “valvola di apertura” priva di qualsivoglia portata euristica circa il contenuto della condotta cautelare doverosa.

Perno della normativa “aperta” di precedente vigore, infatti, la regola in parola si limita a stabilire il generale dovere del datore di lavoro di assicurare la sicurezza dei lavoratori: mancando la descrizione puntuale dei rischi da prevenire – si tratterà del ventaglio di “sotto-eventi” da ricollegare al bene finale evocato (l'integrità dei lavoratori) – il contenuto preventivo della stessa è destinato a restare nell'ombra. Pur non trattandosi di una regola cautelare in senso stretto (né tantomeno di una regola la

³⁶ *Contra* GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, che richiama l'art. 113 del T.U. per concludere che la valutazione «non potrà che avvenire per il tramite dei criteri di prudenza, perizia e diligenza rapportati all'agente avveduto». All'opposto, in senso conforme a quanto sostenuto nel testo, BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, cit., p. 445 per cui, se l'esercizio di un'attività è regolato da norma cautelari modali scritte, rigide o flessibili che siano, la prevenzione del rischio è legata alla loro osservanza.

cui la violazione dà luogo a colpa specifica), ma bensì di una fonte del (generico) dovere di diligenza nonché della posizione di garanzia dell'imprenditore, questa continua a "dare colore" alle decisioni giurisprudenziali, principalmente per stabilire quel collegamento fisso tra colpa generica e specifica che qui si contesta.

Se, talvolta, la sua veste fittiziamente "positiva" ha costituito appiglio per applicare – ai limiti dell'analogia – le fattispecie aggravate di cui agli artt. 589, comma 2, e 590, comma 3, c.p., nel nuovo panorama normativo, il suo ampio spettro preventivo è servito più spesso per avvalorare la possibilità di configurare una colpa generica rafforzativa delle tutele, ovvero per innalzare (non senza eccessi) lo *standard* di diligenza richiesto alla luce del principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile", in certi casi sino a trasformare l'obbligo di aggiornamento in un obbligo di autonoma ricerca³⁷.

L'esame della casistica confermerà le criticità di tale orientamento; s'in d'ora occorre tuttavia riconoscere: da un lato, che la dissimmetria di posizione delle parti del conflitto sociale spinge, inevitabilmente, a conformare in modo più rigoristico il diritto penale della sicurezza sul lavoro (sia quello "*in action*" che quello "*in the books*"), rendendo altresì comprensibili le spinte sociali e ideologiche a favore dell'azzeramento del rischio. Nonostante sia opportuno dare rilievo al tipo di rischio inerente ad ogni contesto – che in questo caso va tutto a favore di una parte – sono però contestabili le derive paternalistiche registrabili nella prassi applicativa (v. *infra* § 5.2).

Dall'altro, che il passaggio al più complesso sistema di gestione "integrata" del rischio ha sicuramente acuito il conflitto relativo alla definizione del "livello di sicurezza" dovuto dal debitore-datore di lavoro: se la massima sicurezza possibile (in vista della radicale neutralizzazione del rischio) ovvero un livello più basso,

³⁷ L'orientamento che vi ricorre per affermare una responsabilità aggravata è ormai costante, *ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2019, n. 12879, in *Foro it.*, 2019, fasc. 11, II, p. 672 ss.; Cass., sez. IV, 4 marzo 1994, Stellan, Rv. n. 197947, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2153; Cass. pen., sez. IV, 2 febbraio 1990, Camilli, Rv. n. 183582, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1228 s. In dottrina, invece, l'accostamento dell'art. 2087 c.c. alla colpa specifica viene giustamente definito una «truffa di etichette», per tutti v. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss. Ugualmente criticato in dottrina è anche l'impiego della clausola civilistica per affiancare alle regole specifiche ulteriori obblighi cautelari "generici", tra i tanti v. PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit. p. 1491, nonché CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 22 ss. e MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., p. 207 ss., spec. 212 s.

coincidente con le *best practices* (frutto dell'autonomia privata), che lascia residuare una soglia di rischio consentito, con tutto quanto ne consegue sul versante dello *standard* "doveroso" di aggiornamento³⁸. In effetti, il legislatore non sembra aver preso una posizione univoca sul punto: lo dimostra il frequente affiancamento, accanto alle più efficaci misure di eliminazione del rischio, di misure "sussidiarie" volte alla riduzione al minimo dello stesso (ovvero fin dove tecnicamente possibile), nonché di misure di riduzione del rischio alla fonte. Se però si conviene che l'evoluzione della normativa di settore abbia significato il passaggio da un sistema di colpa generica a un sistema che favorisce nettamente quella specifica, dovrebbe coerentemente propendersi nel secondo senso. Infatti, pur potendo talvolta mirare all'azzeramento di specifici rischi (si pensi al divieto di utilizzare l'amianto introdotto dalla legge 27 marzo 1992, n. 257), le regole positivizzate hanno più spesso la funzione di mediare tra gli interessi in gioco, definendo in modo vincolante e "autoritativo" la soglia di rischio "consentito": sono dunque espressive di un bilanciamento tra costi e benefici della riduzione della pericolosità della condotta³⁹.

Da tutto quanto detto può trarsi la seguente conclusione: nei casi di "positivizzazione di ipotesi di colpa generica", la rimproverata indeterminatezza della fattispecie colposa andrebbe attribuita al modo in cui viene ricostruita questa forma di colpa, più che alla "patologica" elasticità delle cautele scritte. Queste, infatti, non fanno altro che rinviare a usi cautelari oppure, a seconda dei casi, a regole cautelari c.d. di secondo livello (le sole propriamente "modali"), che sono il frutto di una strategia compartecipata e procedimentalizzata di gestione del rischio. La presenza delle regole elastiche dunque non esclude, di per sé, la possibilità di una "chiusura" del tipo colposo conforme a determinatezza; al contrario, l'apertura delle regole è destinata ad essere colmata da regole più specifiche, eventualmente cristallizzate in documenti di fonte diversa – in tal caso potrebbe parlarsi di una disciplina cautelare che si specifica "in via progressiva" secondo una logica procedimentale – ovvero dalle consuetudini cautelari del settore. Breve: ciò che più attenta alla determinatezza della fattispecie colposa non è tanto l'intervento integrativo della colpa generica in sé

³⁸ Fa questo rilievo PIERGALLINI C., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in *Criminalia*, 2014, p. 398 ss., spec. p. 400. Sulla questione v. ampiamente *infra*, Cap. IV.

³⁹ In questo senso PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

considerato, quanto il fatto di ricostruirla seguendo una logica predittiva, ovvero di sciogliere il (pur sostenibile) rinvio alla stessa in maniera “autoreferenziale”, prospettando un astratto contrasto con le “ordinarie regole di diligenza” senza fare alcun riferimento al contenuto modale del comportamento concretamente richiesto (v. *infra* § 5)⁴⁰. A dimostrarlo bastano le parole della giurisprudenza per cui la definizione giudiziale del rischio consentito altro non sottenderebbe se non «l’usuale compito che il legislatore attribuisce al giudice di riempire di contenuto le regole cautelari generiche (ovvero di colpa generica) quando non ritenga di dettarne di specifiche»⁴¹.

In ultimo, merita qualche parola anche l’altro argomento invocato per contestare l’esistenza di regole formalizzate esaustive, rivolto stavolta alle regole scritte determinate (o c.d. rigide). Anche in caso di norme dal contenuto prescrittivo tassativo – si dice – alla loro apparente rigidità fa talora riscontro l’inettitudine a disciplinare ragionevolmente – e in modo rispondente alla *ratio* di difesa ottimale dei beni giuridici – alcune eventualità concrete pur astrattamente riconducibili al tipo di condotta che esse aspirano a qualificare⁴². In queste ipotesi, per evitare l’evento lesivo, occorrerebbe dunque discostarsi dalla regola rigida, ovverosia – almeno in apparenza – violarla (ad. es. superando i limiti massimi di velocità, non arrestandosi al segnale di stop ecc.).

Correttamente, quindi, la dottrina tiene distinto questo fenomeno di “derogabilità” o c.d. non vincolatività della regola cautelare rigida, dalla quello della sua possibile incompletezza⁴³. Nel secondo, infatti – si pensi alla disciplina della velocità nella circolazione stradale – la regola rigida (divieto di superare certi limiti precisi di velocità) non viene trasgredita, ma “sostituita” da una elastica “ancor più rigorosa” (limitare la velocità in presenza di certe circostanze, ad es. la ridotta visibilità dovuta a forti piogge): in pratica, nel caso concreto la regola rigida offrirebbe una protezione non soddisfacente (appunto incompleta) rispetto alle esigenze di prevenzione, essendo invece necessario un *quid* aggiuntivo di prudenza, ovverosia un

⁴⁰ Per una critica sul punto v. PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1491.

⁴¹ Così, testualmente, Cass. pen., sez. IV, 1 febbraio 2011, Rv. n. 249932, p. 18.

⁴² Già MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 243 ss. In senso analogo, più di recente MINNITI G., *Violazione delle regole cautelari*, cit., p. 33 ss., p. 45 ss., p. 92 ss., p. 119 ss.

⁴³ Per tutti v. VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, cit. p. 594 ss. Sul punto già MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit. p. 249 s.

comportamento che, pur condividendo il teleologismo preventivo della regola rigida, risulti più diligente, dunque più efficace.

In quest'ultima ipotesi, allora, il contrasto tra le due regole cautelari parrebbe più apparente che reale: in presenza di alcune circostanze fattuali concrete, infatti, è lo stesso legislatore ad aver previsto la “sostituzione” della regola rigida con quella elastica che impone di moderare la velocità; presenti quelle circostanze, la regola che incarna la diligenza doverosa è unicamente quella elastica, regola “speciale” che prevale su quella generale. Detto altrimenti, la struttura del precetto “rigido” non è messa in discussione, ma ammette semplicemente la possibilità di comportamenti “alternativi” (più efficaci e specifici) in concomitanza di determinati presupposti: ad esempio, la regola “generale” rigida che impone di dare la precedenza al conducente che proviene da destra non preclude, in presenza di precise circostanze (nello specifico segnalate da apposito segnale) l’operatività della diversa regola, concorrente ma “speciale”, per cui è necessario dare la precedenza a chi proviene da sinistra. Pertanto, per impostare correttamente i rapporti tra colpa specifica e generica in questi frangenti – l’analisi di alcuni casi pratici lo dimostrerà – è prioritario dare rilievo a quei dati di fatto (es. presenza vedibile del segnale apposito) che fungono da presupposto operativo della regola di diligenza “speciale”⁴⁴.

Diversi, si diceva, sono i casi di vera e propria “eccezione” alla regola rigida: in questi, la struttura della regola finisce per imporre, nel caso concreto, una condotta totalmente disfunzionale alla tutela di quei beni che la norma era, appunto, diretta a salvaguardare. Gli esempi apportati sono generalmente tratti dal settore stradale, per citarne solo alcuni: si pensi al conducente che sta circolando nel rispetto della regola che gli prescrive di mantenere la destra e che, all’improvviso, vede sbucare un bambino dal marciapiede. Nell’emergenza, stando sempre attento che non sopraggiunga alcun veicolo nel senso opposto, la dottrina afferma che egli sia *obbligato* – in virtù di una regola di diligenza non scritta, dal contenuto *contrastante* con quello dell’art. 142 c.s. – a invadere l’altra metà della strada per salvare la vita del bambino imprudente⁴⁵. Oppure si pensi a tutti i casi in cui, per evitare l’investimento

⁴⁴ In queste ipotesi, imposta in termini di generalità/specialità il rapporto tra le concomitanti regole cautelari VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, cit. p. 594.

⁴⁵ Così, tra i tanti PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 324 s.

di incauti pedoni, il conducente sia *tenuto* a derogare a un divieto positivo di arresto; o, ancora, alla circostanza in cui, per evitare il tamponamento con un veicolo che circola imprudentemente ad altissima velocità, si sia costretti a infrangere alla regola specifica rigida che imporrebbe di arrestarsi al segnale di “stop”. La fenomenologia in parola viene indicata sinteticamente attraverso formula delle “manovre di emergenza” o “di fortuna”: espressione che sta appunto a indicare tutte quelle manovre che il guidatore deve effettuare allo scopo di evitare un concreto stato di pericolo determinato dalla altrui condotta di guida colposa o, in generale, da altri eventi che fossero imprevedibili a un livello più astratto.

L’esemplificazione di cui sopra dimostra che, in siffatte ipotesi, la deroga della regola scritta sia giustificabile proprio perché gli attributi che connotano la situazione concreta entrano in aperta contraddizione con la finalità preventiva della medesima, ovvero con la sua natura “cautelare”; decretando il fallimento logico modello preventivo in essa cristallizzato, spingono pertanto a ritenere che questo non fosse stato concepito per applicarsi anche a tale situazione⁴⁶. Per cui, nemmeno in questo caso potrebbe parlarsi di vero e proprio concorso tra regole cautelari: il modello formalizzato, infatti, risulta sostanzialmente invalido nel caso concreto, perché sprovvisto di qualsivoglia efficacia preventiva (ma anzi tale da aumentare il rischio). Pertanto, l’unico correttivo da applicare è quello fornito dal buonsenso, non dal confronto con le eccellenti capacità predittive dell’*homo eiusdem*.

Sono dunque le “specificità” eccezionali del caso concreto, spesso collegate all’imponderabile condotta degli altri soggetti coinvolti nella circolazione, che – discostandosi dai casi “normali” presi in considerazione dall’autorità che ha codificato la regola specifica – impongono di tenere il comportamento opposto, l’unico veramente “cautelare”. A volte sarebbe perfino possibile individuare una regola “straordinaria” di fonte sociale che – facendo appunto “eccezione” alla regola rigida inefficace – non ne importa una vera e propria trasgressione: la possibilità di enucleare una “tipologia” di manovre c.d. emergenziali ne è un chiaro indice. Presenti le circostanze eccezionali, si attiva la doverosità della condotta emergenziale “di fortuna”, mentre quella rigida, risultando addirittura svuotata del proprio significato

⁴⁶ Sul punto, in ambito medico v. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 51 s.

preventivo, cessa di essere operativa. Quantomeno nel settore della circolazione stradale, poi, quest'eventualità troverebbe conferma e base normativa nel principio informatore della materia (v. il richiamato art. 140 c.s.)⁴⁷. Ad ogni modo, anche per la soluzione di questi casi (concorso di regole cautelari contrastanti) sembra confermarsi la necessità di dare rilievo tanto ai presupposti fattuali di operatività, quanto allo scopo cautelare di ciascuna regola.

Casi “emergenziali”, per certi versi analoghi, si hanno anche in ambito medico: accade di frequente, infatti, che nonostante la presenza di una regola cautelare positivizzata in protocolli o linee guida, le concrete esigenze di cura del paziente richiedano il compimento di operazioni diverse ed in deroga rispetto a quelle previste. Anche in questo caso, il fenomeno trova spiegazione nelle caratteristiche strutturali dell'attività intrapresa e nel tipo di rischio ad essa inerente: in particolare, è la ricordata unicità di ogni paziente (dunque di ogni patologia) a determinare l'“intrinseca” difficoltà di standardizzazione dell'atto medico.

In breve: nel settore stradale, la presenza di circostanze concrete non calcolabili *ex ante* – tali da legittimare l'abbandono della regola scritta – sembra collegarsi principalmente alla forte interazione tra le condotte dei (sempre più numerosi) partecipanti al traffico: condotte potenzialmente interferenti, pericolose l'una per l'altra, la cui sovrapposizione genera rischi “relazionali” da mancato coordinamento. Si comprende, quindi, la centralità assunta dal principio di affidamento nella soluzione di queste ipotesi (principio, lo si vedrà, di cui è stata praticamente decretata l'inoperatività in questo settore). In quello medico-chirurgico, invece, analoga conclusione è legittimata dall'impossibilità di impedire un'apertura alle circostanze concrete, senza che ne consegua un'eccessiva frustrazione, da un lato, della libertà terapeutica del medico; dall'altro e conseguentemente, delle esigenze individuali di cura e di tutela della salute. Peraltro, la possibilità che alcune circostanze “eccezionali” rendano in concreto “non vincolante”, e dunque derogabile, un modello di prevenzione cristallizzato trova oggi espressa conferma all'art. 590-*sexies* c.p. che fa salve le “specificità del caso concreto”.

⁴⁷ Così già MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit. p. 248 s., nonché più di recente VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit. p. 596.

Conclusivamente, può condividersi l'opinione per cui non sarebbe possibile fondare la responsabilità dell'agente sulla violazione di una regola cautelare "priva di idoneità preventiva" in relazione alle peculiarità del caso *hic et nunc*; regola, la cui osservanza in quel frangente, fosse tale da costituire una minaccia per i beni che si volevano tutelare prescrivendola. Tuttavia, dall'esistenza di queste possibili circostanze eccezionali – che fuoriescono dal canone dei "casi ordinari" cui si era riferito il legislatore (o altra autorità a ciò legittimata) per confezionare la regola astratta – non può farsi scaturire la "regola" dall'identico tipo di accertamento tra le due forme di colpa, né l'affermazione di una loro *sostanziale omogeneità*: se una certa situazione di rischio è disciplinata da regole positivizzate, la misura "impersonale" di diligenza richiesta dall'ordinamento per fronteggiarlo si esaurisce in quella confezionata dalle regole stesse; presenti i presupposti fattuali che ne attualizzano l'osservanza, non resta che applicare il modello cautelare prescritto (che "assorbe" il giudizio di "evitabilità" dell'evento), senza alcuna necessità di ricorrere all'armamentario di giudizi ricostruttivi della colpa generica; piuttosto, lo si vedrà, è opportuno dare un inquadramento corretto alla c.d. *Anlaß*, onde verificare se le circostanze fattuali concrete imponessero il distacco dal modello formalizzato, rendendo viceversa doverosa una (diversa) regola di fonte sociale (la cui violazione potrà beninteso dar luogo a responsabilità per colpa, a patto che un tale modello preventivo alternativo fosse esistente al momento della condotta).

3. LA CRISTALLIZZAZIONE COME OSTACOLO AL PROGRESSO TECNICO-SCIENTIFICO

Il riferimento al protocollo, o meglio, alle regole c.d. tecniche di natura scientifico-esprienziale che vi sono contenute, consente di passare alla seconda critica mossa con frequenza alla positivizzazione: quella per cui il "congelamento" in una fonte giuridica del sapere sotteso alla regola cautelare ne impedirebbe l'ulteriore sviluppo, ovvero il successivo allineamento alle nuove scoperte scientifiche, quindi l'assimilazione di ritrovati tecnici dotati di efficacia preventiva maggiore.

È ben possibile, infatti, che a seguito del progresso tecnico l'esperienza renda disponibili cautele prima sconosciute. In questa prospettiva, il problema è quello della c.d. obsolescenza della regola cautelare positivizzata: in breve, ci si domanda che cosa

accada nei casi di sopravvenuta inadeguatezza della cautela, ovvero nei casi in cui lo sviluppo tecnico-scientifico successivo all'epoca della sua formalizzazione, l'abbia resa datata, dunque inadatta a fronteggiare il rischio preso di mira. In linea con quanto appena osservato, la dottrina maggioritaria rifiuta automatismi di ogni sorta: il rispetto di regole di questo tipo non basterebbe a escludere la tipicità della colpa, dovendosi comunque vagliare la validità del loro "razionale" scientifico-esperienziale; senza contare che un protocollo scientifico totalmente sorpassato nemmeno si eleverebbe a livello di regola "cautelare".

Tra le cautele a sua disposizione, l'agente sarebbe dunque tenuto ad osservare quella dotata di efficacia preventiva maggiore – che evidentemente deve essere predeterminata e già disponibile – contravvenendo a quella vetusta (seppur formalizzata). Peraltro, di regola un protocollo può definirsi obsoleto proprio perché ne esiste un altro che ha dato prova di efficacia superiore; pertanto, ad essere punibile è unicamente il mancato rispetto di una regola più avanzata preesistente. Altra cosa, invece, sarebbe costringere il singolo che muove in contesti caratterizzati da incertezza scientifica sul rischio, a coniare lui stesso una nuova cautela da applicare al posto della regola scarsamente efficace⁴⁸. In linea con quanto detto, parte della dottrina esclude che l'ingresso della colpa generica possa legittimarsi in ragione dell'incapacità, sopravvenuta o originaria, di una regola cautelare "aperta" (si pensi all'art. 21 D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, in materia di difesa contro le polveri) a spiegare correttamente il certo fenomeno dannoso⁴⁹.

Sotto questo profilo, la questione finisce per coinvolgere la declinazione da dare al dovere di informazione e aggiornamento – di cui si dirà più approfonditamente nel proseguo – se vada parametrato sulle c.d. *best practices* collaudate e (spesso) recepite dai protocolli, oppure ricorrendo ai criteri deontici dell'*homo eiusdem* e della migliore scienza del momento⁵⁰. Il rischio che si annida nell'impiego dei secondi è sempre il medesimo: quello di innalzare a dismisura lo *standard* di diligenza richiesto.

⁴⁸ Così, tra i tanti, CAPUTO M., "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012. p. 1 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 875 ss; GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit., p. 819 ss., in partic. p. 828 ss. e, da ultimo, ID., *Culpa, culpa, cit.*, p. 20 s.

⁴⁹ Così ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria)*, cit., p. 1571 ss.

⁵⁰ In argomento, PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 232 ss.

trasformando il dovere di riconoscere la vetustà di un protocollo (e conseguentemente disapplicarlo preferendogli una cautela avanzata) con il dovere di reperire saperi avanguardisti ancora incerti e poco accessibili, ovvero di far progredire lui stesso la scienza⁵¹. A dimostrarlo sono le vicende che hanno interessato il settore della sicurezza del lavoro, dove il problema dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche si è posto con tutta la sua drammaticità con specifico riguardo all'impiego di sostanze la cui pericolosità era ancora incerta al momento della condotta.

All'opposto, un problema del genere non riguarderebbe le regole cautelari di natura ordinatoria, organizzativo-metodologica: a differenza delle prime, infatti, la funzione cautelare delle seconde non si ricollega alla validità di leggi scientifiche di copertura. Il loro contenuto preventivo non è "esperienziale": non trae origine, e "linfa vitale", da una serie di conoscenze fondate sui nessi causali tra fenomeni naturalistici, ma da una pura convenzione. Il loro fine è certamente anche quello di evitare eventi lesivi a beni giuridicamente protetti, tuttavia, il contenimento dei fattori di rischio insiti nell'esercizio di una data attività non viene perseguito frapponendo impedimenti causali alla realizzazione di eventi indesiderati ma, appunto, attraverso l'implementazione di una metodologia, di un ordine convenzionale atto a impedire la sovrapposizione tra i molteplici fattori di pericolo⁵². Ed in vero, la funzione cautelare di simili regole rispecchia una necessità principalmente ordinatoria e relazionale, come tale suscettibile di durare nel tempo: il loro obiettivo, infatti, è quello di organizzare l'attività rischiosa coordinando tra loro una pluralità di condotte analoghe e concomitanti, in maniera tale da ridurre la probabilità che dal loro intersecarsi scaturiscano eventi di danno⁵³. La loro funzionalità poggia (e prima ancora

⁵¹ Ricorda che la sperimentazione è solo un diritto e non un dovere GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 584.

⁵² In argomento già MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 230 s. Più di recente cfr. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 326 s. nonché GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 101 ss. e, sulla specifica questione qui di interesse, ID., *Protocolli medici medici e colpa penale*, cit., p. 822 ss.

⁵³ Parla di colpa «relazionale» MATTHEUDAKIS M. L., *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, fasc. 4, p. 65 ss. Già prima v. PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela (nota a Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2011-19 dicembre 2011, n. 46819)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, fasc. 2, p. 109 ss. e, da ultimo, approfonditamente, ID., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2020, p. 234 ss. Nella dottrina civilistica v. CAFAGGI

presuppone) sulla condivisione, da parte di tutti, di identici codici comportamentali, quindi sulla possibilità di fare affidamento nel rispetto di quelle prescrizioni “relazionali” convenzionali anche da parte degli altri utenti⁵⁴.

Ne costituiscono un chiaro esempio le regole del codice stradale che impongono il dovere di circolare dalla parte destra della carreggiata, riservando la parte sinistra per il sorpasso, ancora, le disposizioni che obbligano a fermarsi allo stop, a dare la precedenza a chi viene da destra, a segnalare con le apposite luci l'intenzione di cambiare direzione; ma la stessa cosa potrebbe dirsi delle regole che dirigono la segnaletica aerea o marittima. Puramente convenzionali sono anche le regole che determinano i colori da dare ai cavi elettrici in base alla loro polarità. Infine, assume una preponderante valenza organizzativo-relazionale (di coordinamento) anche il fondamento preventivo di alcune regole procedurali (si pensi alle *checklists* di sala operatoria o a certi protocolli di sicurezza sui luoghi di lavoro).

Avendo indubbiamente una sua ragion d'essere, l'obiezione in parola merita una breve riflessione: da un lato, infatti, il retroterra tecnico-scientifico che connota molte delle attività moderne (e delle relative regole cautelari), essendo di ostacolo alla formazione spontanea di modelli prasseologici di condotta, è risultato uno dei fattori che ne incoraggiano generalmente la positivizzazione o, più, spesso la procedimentalizzazione. Il protocollo, infatti, anche se prodotto in modo autopoietico, proviene da un gruppo di esperti appartenenti alla comunità scientifica o professionale di riferimento: i soggetti che vi fanno parte sono capaci di allineare le regole di condotta cautelare all'evoluzione della scienza del settore, mettendola a disposizione di tutti. In pratica, il protocollo ambisce a instaurare un collegamento tra il patrimonio conoscitivo più evoluto in relazione a uno specifico fattore di rischio, e una serie di procedure cautelari che ne costituiscono la trasposizione pratica. Oltre al tecnicismo, a premere nel senso della standardizzazione di molte delle attività sociali è anche il contenuto “bifronte” della regola cautelare, che ha insieme natura tecnica e significato

F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, Cedam, 1996, *passim*.

Sulle caratteristiche e la particolare funzione di queste regole già GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 158.

⁵⁴ MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 230 s. Cfr. più di recente GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 158.

politico-sociale⁵⁵; con preponderanza dell'una o dell'altra componente a seconda dei casi.

Dall'altro lato, però, è anche vero che le regole cautelari scientifico-esperienziali – essendo fondate su verità scientifiche suscettibili di subire variazioni – mal si prestano ad essere standardizzate *una tantum*: anche se positivizzate, si tratterebbe di regole destinate ad essere instabili e meramente transitorie; mentre la loro osservanza non potrebbe comunque mettere al riparo da eventuali addebiti per violazione di regole non scritte più “all'avanguardia”, fondate su un sapere avanzato. Detto altrimenti, la violazione di regole di questo tipo darebbe pur sempre luogo a una colpa che ha l'“essenza” di quella generica, mentre la loro (eventuale e sconsigliata) ufficializzazione nel testo scritto potrebbe avere un valore tutt'al più “ricognitivo” (o se si vuole “dichiarativo), capace di facilitare l'individuazione del modo di agire perito, senza perciò sancirne, una volta per tutte, l'obbligatorietà⁵⁶.

In questi casi, infatti, la vincolatività del modello di prevenzione non potrebbe farsi derivare dall'autorevolezza della fonte formale che lo pone poiché dipende unicamente dalla (persistente) fondatezza delle leggi scientifiche che ne stanno a fondamento: integrandone l'efficacia cautelare, queste ne condizionano infatti anche la validità nel tempo. La conclusione è perfino obbligata: quale precipitato applicativo di un certo “razionale” scientifico o esperienziale, la regola cautelare resta strettamente collegata alle vicende che interessano il primo; un protocollo svincolato dal proprio patrimonio conoscitivo di derivazione non avrebbe in effetti alcun significato.

Conseguentemente, a decidere dell'efficacia liberatoria della condotta conforme alla regola esperienziale è unicamente il valore scientificamente accreditato di quest'ultima, non certo l'esistenza – puramente formale – di un documento che la recepisce; pertanto, se il razionale di provenienza fosse stato scientificamente invalidato o rivisitato a nulla varrebbe averne osservata la parte esecutivo-comportamentale. La validità di questa, infatti, risiede e cade insieme al sapere di cui è il condensato.

⁵⁵ Così PALAZZO F., *Causalità e colpa*, cit., p. 1235.

⁵⁶ Sul punto v. le considerazioni di GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit., p. 823 e di CAPUTO M., “*Filo d'Arianna*” o “*flauto magico?*”, cit., p. 13 ss.

Tuttavia, ciò vale a prescindere dalla natura procedimentalizzata della cautela: infatti, sebbene in età moderna le regole cautelari empirico-scientifiche abbiano spesso carattere procedurale, a ribellarsi al paradigma della colpa “specificata” non è il loro carattere eventualmente sequenziale, ma solamente il tipo di sapere (in costante evoluzione) che ne fonda l’efficacia.

Viceversa, nulla esclude che regole di carattere procedurale – laddove riflettano esigenze meramente organizzative e ordinatorie – siano capaci di efficacia durevole: si è già fatto l’esempio della procedimentalizzazione degli obblighi in ambito lavorativo che ha matrice nella c.d. valutazione del rischio imposta al datore di lavoro. Pur se indubbiamente “cautelare”, questa riveste una funzione anzitutto organizzativo-metodologica dell’attività produttiva ed è chiaramente finalizzata a conseguire una certa standardizzazione dell’agire rischioso: nonostante sia la procedura stessa a contemplare un dovere di revisione periodica delle misure introdotte, la loro formalizzazione nel documento protocollare è dunque capace di assicurarne una certa stabilità.

Ancora più evidente è il caso delle *checklists* sanitarie, si pensi a quella di sala operatoria che regola le operazioni di conteggio delle garze, la cui inosservanza darebbe luogo a una colpa dall’“essenza” specifica⁵⁷. Lo stesso può dirsi ovviamente delle *checklist* diffuse nel settore aeronautico che hanno fatto da prototipo alle prime. Questi strumenti cautelari hanno infatti come principale obiettivo quello di organizzare l’attività di più soggetti, coordinandone i compiti (spesso diversificati), in modo tale da evitare che errori grossolani o banali disattenzioni nello svolgimento di operazioni *routinarie* diano origine a eventi drammatici. Inoltre, soprattutto nei casi di doveri di diligenza c.d. divisi, queste rafforzano la possibilità di fare affidamento sulla corretta esecuzione, da parte degli altri, dei compiti che specificamente gli competono, in modo tale da concentrarsi meglio sull’adempimento dei propri. Il che dà conferma del bisogno essenzialmente “ordinatorio”, relazionale, retrostante all’implementazione di questi strumenti. Infine, a confermare la riconducibilità della loro inosservanza alla

⁵⁷ La *checklist* in parola e le raccomandazioni annesse sono state elaborate dall’Organizzazione Mondiale della Sanità e recepite in Italia nel “*Manuale per la Sicurezza in Sala operatoria: raccomandazioni e checklist*”, ottobre 2009, del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (la versione in pdf è reperibile sul sito www.salute.gov.it).

colpa specifica, sono anche i contenuti: le *checklists*, infatti, vengono tecnicamente ricomprese nel novero dei c.d. protocolli medici, documenti cautelari contenenti rigidi schemi di comportamento diagnostico-terapeutico – più tassativi rispetto alle c.d. linee guida – la cui applicazione lascia pochi margini di scostamento⁵⁸. Queste vi sono riconducibili proprio perché standardizzano schemi di controllo: *iter* rigidi e cronologicamente ordinati di accorgimenti virtuosi cui attenersi metodologicamente, “spuntando” via via dalla lista quelli già adempiuti prima di passare ai successivi.

Considerazioni opposte, invece, meritano i protocolli e le già citate linee guida che contengono regole cautelari tecniche di tipo scientifico-esprienziale: anche prescindendo dalla questione (formale) della loro riconducibilità o meno al concetto di “discipline” ex art. 43 c.p., dottrina e giurisprudenza dominanti concordano nel ritenerli non automaticamente vincolanti, nel senso che le *leges artis* rilevanti non si esaurirebbero comunque in dette discipline⁵⁹; ciò vale *a fortiori* per le linee guida: trattandosi di direttrici direzionali più generiche dei protocolli, spesso attente a soddisfare esigenze anche diverse da quelle della tutela della salute umana (ad es. obiettivi economici, di contenimento dei costi e di programmazione sanitaria sostenibile), il loro carattere *prescrittivo* risulta ancora più dubbio⁶⁰. In effetti, la proliferazione di documenti di diversa autorevolezza e attendibilità scientifica, richiede comunque l’attento vaglio di una serie di elementi estrinseci (quali la correttezza metodologica della loro formazione, il prestigio della fonte di provenienza, gli scopi perseguiti ecc.) e rende certamente più complessa la verifica della loro

⁵⁸ CAPUTO M., “*Filo d’Arianna*” o “*flauto magico*”?, cit., p. 26 s.

⁵⁹ Rileva la non pacifica riconducibilità delle linee guida alla “discipline” di cui all’art. 43 c.p., PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 319. Ritiene che alla questione debba darsi una soluzione variabile a seconda del contenuto e degli obiettivi perseguiti documento di volta in volta considerato, CAPUTO M., *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., p. 14 ss. Sul punto anche DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 26, che la ritiene una questione meno determinante di quanto possa apparire a un primo sguardo. Diversamente, giudica la normazione privata comunque priva di cogenza GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit. p.822.

⁶⁰ Cfr. Cass. pen, sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore, in www.penalecontemporaneo.it, 11 aprile 2013, con un primo commento di VIGANÒ F., *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, secondo la quale «le linee guida, a differenza dei protocolli e delle checklist, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti...».

normatività⁶¹: le norme che vi sono contenute non possono quindi presumersi dotate di efficacia preventiva.

In altre parole, aprendo puntualmente le porte a casi di colpa generica residuale (ma anche aggiuntiva), queste sembrerebbero determinare problemi analoghi alle regole non positivizzate⁶². Ciò non significa, però, che i protocolli e le *medical guidelines* siano privi di valore sul versante della tipicità colposa, tutto il contrario: qualora contengano regole indicative della “modalità” diligente o perita di svolgimento di una certa attività, la loro violazione potrebbe comunque fondare un giudizio di colpa (*sub species* appunto di colpa generica)⁶³.

Pertanto, quando rechino precise indicazioni comportamentali – come di regola fanno i protocolli e le *checklists*, mentre lo stesso potrebbe effettivamente dubitarsi in relazione a certe linee guida (ad es. contenenti indicazioni “di massima” o prescrizioni dettate per finalità non propriamente “cautelari”)⁶⁴ – il giudice dovrebbe prenderle come principale referente della propria decisione⁶⁵. Ma, appunto, senza automatismi di sorta, anche perché, limitando lo sguardo al settore sanitario, è la stessa libertà

⁶¹ Ritiene che l’attendibilità di linee guida di fonte privatistica non possa darsi per scontata, DE TURA A., *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, a cura di BALDUZZI R., Bologna, Il Mulino, 2010, p. 247 ss., spec. p. 264 ss.

⁶² In giurisprudenza, tra le tante v. Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2012 (dep. 19 settembre 2012), n. 35922, Rv. n. 25461801, in *Giust. pen.*, 2013, II, c. 129 ss. con nota di PIRAS P.-CARBONI A., *La Cassazione interviene funditus sulle linee guida mediche*, *ivi*, c. 141 ss., e in *Dir. pen. e processo*, 2013, p. 191 ss., con nota di RISICATO L., *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, *ivi*, che le ritiene «indicazioni di massima», da accantonare se richiesto dal caso concreto; da che, esse non potrebbero «assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell’art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline)». In argomento, da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, cit.

⁶³ GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit. p. 827.

⁶⁴ Sembrava averlo messo in discussione Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit., ove si legge che «l’attività medica non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche...». La giurisprudenza sul punto è comunque oscillante: cfr. Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit., per cui nelle linee guida sarebbero contenuti «indici cautelari di parametrizzazione» per il giudizio penale, parametri «per l’esatta esecuzione delle prestazioni sanitarie» che però difettano della «idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti»; «parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l’osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia», senza essere «veri e propri precetti cautelari, capaci di generare colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto»; «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all’obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente».

⁶⁵ Sono sempre più numerose le sentenze che sviluppano il giudizio di colpa facendovi riferimento: lodevole è Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2016, n. 39445, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 322 ss., che ha annullato senza rinvio la sentenza di appello che si era limitata a fare un generico riferimento alla violazione delle linee guida, senza indicarne alcuna con precisione.

terapeutica, nonché sperimentale del medico, a entrare in tensione con l'adozione di soluzioni rigide e conclusive. Che le si ritenga “mere raccomandazioni, dal contenuto generico e defettibile, da valutare in ogni caso come adeguate al caso specifico e/o da adattare alle particolarità dello stesso”; che le si consideri strutturate in vario modo, talvolta come vere e proprie regole cautelari rigide (ad. es nel caso di alcuni protocolli e delle *checklists*), altre volte come vere e proprie regole cautelari elastiche, quel che viene indefettibilmente messo a fuoco è comunque l'esistenza di uno spazio valutativo interamente affidato al sanitario. La *regula operandi* deve essere riconosciuta come la più confacente allo specifico quadro patologico di cui si tratta⁶⁶.

Si è già dato conto, infatti, delle difficoltà di standardizzare un'attività che risente delle specificità personali di ciascun caso clinico e si frammenta in atti che tendono a esser irripetibili: il contenuto tecnico della regola dell'arte medica varia necessariamente in base alle esigenze del soggetto *hic et nunc*. Oltre a questo, la flessibilità delle *leges artis* si ricollega alla presenza di regole congetturali-valutative e “comportamentali” in senso lato – per natura sottratte alla standardizzazione – inerenti alla prospettazione, da parte del medico, dei rischi insiti nell'opzione terapeutica prospettata al paziente, indispensabile a acquisirne il consenso: l'opzione terapeutica, infatti, è sempre subordinata a una valutazione comparativa dei suoi costi e benefici per la salute del paziente e, come tale, è governata da regole “cognitive” ritagliate, per forza di cose, sulla situazione concreta. Senza nemmeno contare l'incidenza della variabile “situazionale”, ovvero la necessità che il medico ne valuti comunque la praticabilità concreta nel contesto in cui si trova ad operare⁶⁷.

In ultimo, è interessante notare che la questione della vincolatività dei documenti in esame potrebbe riproporsi a seguito dell'introduzione, da parte della riforma Gelli-Bianco (art. 5, legge 8 marzo 2017, n. 24), di una procedura di accreditamento delle linee guida da parte del Ministero, cui ha fatto seguito il D.M. del 27 febbraio 2018 recante “Istituzione del Sistema Nazionale Linee Guida”. La qual

⁶⁶ Sulla valenza delle *medical guidelines* nella colpa medica cfr., da ultimo, la dettagliata ricostruzione di DI LANDRO A. R., *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. un. “Mariotti” alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2018, fasc. 2, p. 403 ss.

⁶⁷ Sulle ragioni che ostacolano la standardizzazione delle *leges artis* mediche, approfonditamente PALAZZO F., *Causalità e colpa*, cit., p. 1235 s.

cosa, infatti, potrebbe indurre a ritenere che la violazione di linee guida accreditate possa dar luogo ad addebiti per colpa specifica: in effetti, il fatto che siano state selezionate da una autorità pubblica sovraordinata, dotata di una sorta di “potere istituzionale di convalida”, potrebbe conferire loro un’autorevolezza particolare, potendosi presumere che la segnalazione “ufficiale” delle stesse all’interno della miriade di documenti disponibili, sia sintomo di maggior efficacia, adeguatezza o tasso di aggiornamento. In effetti, l’art. 4 del D.M. in parola prevede che l’Istituto superiore di sanità, definisca gli *standard* metodologici per la predisposizione delle linee guida e i criteri di valutazione delle evidenze scientifiche a supporto delle raccomandazioni ivi contenute. Il decreto, però, non chiarisce quali requisiti debbano avere “gli Enti pubblici e privati” che intendono elaborare linee guida (per poi proporre l’inserimento); ciò, a differenza di quanto stabilito per le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie soggette, invece, ai rigidi requisiti di cui al D.M. del 2 agosto 2017.

In dottrina, vi è chi mette comunque in dubbio che le raccomandazioni in parola, salvo l’indubbio effetto simbolico, siano davvero le più attendibili sul piano scientifico, non potendosi nemmeno escludere il perseguimento, da parte dell’ente politico, di obiettivi anche economicistici⁶⁸. La soluzione proposta andrebbe pertanto estesa anche alle regole cautelari scientifico-esperienziali ufficializzate in documenti di mano pubblica (di solito nella forma di decreto ministeriale), provenienti da soggetti istituzionali qualificati⁶⁹. A parte la loro esatta collocazione nel sistema delle fonti – non è infatti pacifica la loro natura regolamentare, anche in senso lato⁷⁰ – sul versante della rilevanza da accordare alla violazione delle c.d. *leges artis* contenute al loro interno ai fini del giudizio di colpa, si porrebbero ostacoli simili a quelli già esposti (della perdurante attendibilità scientifica delle procedure cautelari recepite in questi, dell’autorevolezza delle tesi ivi contenute, ecc.).

⁶⁸ Sul punto ampiamente CAPUTO M., *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit., spec. § 5 e 6 (p. 8 ss. del pdf reperibile sul sito: www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012, cui si è fatto finora riferimento; anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 883 ss., spec. p. 888).

⁶⁹ Per un esempio v. quando al settore della sperimentazione medica, il decreto del Ministro della Sanità 27 aprile 1992, di recepimento delle “*Norme europee di buona pratica clinica*”.

⁷⁰ In senso affermativo v. PIRAS P., *Rischio suicidario del paziente*, cit. Sul punto v. anche CAPUTO M., *Filo d’Arianna o flauto magico?*, cit.

In ultimo, è interessante ricordare che, proprio in merito alle *guidelines* contenute in decreti ministeriali, aveva già avuto occasione di pronunciarsi (ben prima della c.d. riforma Gelli-bianco) anche la Consulta: questa aveva dato conferma della prevalenza del criterio sostanziale, su quello formale che non suggella raccomandazioni accolte dalla comunità scientifica. Ciò accadrebbe, appunto, se l'intervento legislativo scaturisse da valutazioni, di tipo puramente politico, non sorrette da specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche. Anche in questi casi, allora, a essere significativo non è tanto l'involucro esteriore, quanto l'autorevolezza scientifica della fonte.

Può dunque concludersi che la diffusa codificazione delle *leges artis* in documenti protocollari non sia riuscita a liberare il giudizio di responsabilità medica dalla presenza dominante della colpa generica (nemmeno nel caso in cui dette *guidelines* siano state ufficializzate in vere e proprie fonti giuridiche)⁷¹.

Ciononostante, è sicuramente servita ad allineare la ricostruzione e l'accertamento di quest'ultima ai migliori *standard* di determinatezza cui perviene la colpa (propriamente) specifica. Offrendo al medico prima, ai periti e al giudice poi, una sintesi ragionata di tutte le evidenze e le informazioni scientifiche disponibili, questi strumenti di ausilio alla pratica clinica – oggettivamente preesistenti al giudizio – costituiscono il principale punto di riferimento per individuare le “regole dell'arte” più condivise e scientificamente accreditate da osservare in una data situazione.

4. BREVE FOCUS SUL GIUDIZIO PREVEDIBILITÀ IN RAPPORTO ALLA COLPA SPECIFICA

Prima di procedere all'esame della casistica, merita soffermarsi sull'impiego del criterio della prevedibilità che qui si contesta, anche al fine di sgomberare il campo da un possibile equivoco. Nella teoria della colpa, infatti, il giudizio di prevedibilità affiora in vari momenti, sia sotto il profilo della tipicità (tanto della condotta che dell'evento), sia sotto il profilo della colpevolezza.

⁷¹ Propende a favore del progressivo spostamento del baricentro della responsabilità degli operatori dalla colpa generica a quella specifica BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, cit., *passim*, spec. p. 447 s. *Contra*, tra i più, SALCUNI G., *Aporie e contraddizioni in tema di colpa professionale*, nota alla sentenza 10 maggio 2000, n. 837, Tr. Foggia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc. 4, p. 1624 s.

Ricostruire i rapporti tra colpa generica e specifica in termini di alterità – rispetto, beninteso, a un medesimo spettro di prevenzione – significa bandire il ricorso “di *default*” al giudizio di prevedibilità (e dei suoi sucedanei) in funzione ricostruttiva del contenuto modale della regola cautelare e, di riflesso, opporsi alla tendenza processuale degli addebiti di colpa “cumulativi”, per violazione di regole specifiche “o comunque” per inosservanza delle ordinarie regole di diligenza (i cui più precisi contorni emergono spesso alla fine del giudizio). L’uso della prevedibilità quale criterio “plasmante” della regola cautelare doverosa si è infatti rivelato del tutto inidoneo ad assicurare la normatività della condotta.

Di contro, l’affermata alterità tra le due forme di colpa non riguarda la connessione di rischio che lega la condotta colposa all’evento, che è imprescindibile nella colpa specifica come in quella generica. Sottolineare questo diverso aspetto serve a garantire la normatività dell’evento, opponendosi – in ipotesi di inosservanza della regola doverosa – alle concezioni di colpa specifica “presunta”. Una volta accertata la colposità della condotta, infatti, è necessario verificare il collegamento tra la violazione della condotta indicata come tipica e l’evento (c.d. giudizio di concretizzazione del rischio nell’evento, anche detto “criterio della copertura del rischio tipico”) oltre che, poi, interrogarsi sull’evitabilità dell’evento da parte del comportamento alternativo lecito.

Detto altrimenti, nell’illecito colposo non è solo il disvalore di azione ad essere fortemente tipizzato (tipiche sono solo le condotte contrarie a regole cautelari predefinite), ma è “doppiamente tipico” anche l’evento: ad essere rilevante è solo la causazione di un evento che rientra nello spettro di rischio posto a fondamento della regola cautelare violata.

È evidente, però, che tale connessione di scopo tra l’evento (o meglio un sotto-evento intermedio: es. collisione tra veicoli, investimento, sviluppo di determinate patologie polmonari atte a provocare lesioni gravi ecc.) integrativo dello spettro preventivo della cautela e l’evento tipizzato si sensi della norma incriminatrice (es. morte o lesioni), può correttamente accertarsi in sede di imputazione, solo una volta individuata la regola cautelare di cui era richiesta l’osservanza nel caso di specie,

quindi sul presupposto che una condotta negligente vi sia stata⁷². Per cui, se nel momento logicamente precedente, la condotta colposa era stata ricostruita seguendo la logica predittiva anziché quella normativa – minimizzando le differenze tra colpa generica e specifica, non indicando correttamente la regola cautelare *ex ante* doverosa e così via – l'accertamento della concretizzazione del rischio nell'evento avrà scarso rilievo garantistico; se non si riconnette ad un condotta davvero “tipica”, il nesso normativo con l'evento perde di significato e non sarà certo sufficiente a garantire un'imputazione personalistica.

Peraltro, la logica predittiva non ha difficoltà a penetrare anche su questo versante. Approfondire questo aspetto ci porterebbe lontano. Basti notare che avvalendosi del parametro predittivo – peraltro spesso declinato “in astratto” – per valutare la dimensione “tipica” dell'evento, quindi per interpretare il “fine”, o c.d. *ratio*, della norma cautelare violata, l'interprete ha gioco facile nell'argomentare la tipicità di qualsivoglia accadimento. A maggior ragione quando la regola modale specificamente violata non viene nemmeno enucleata: si ricordi che, proprio a partire da regole carenti di natura modale, la giurisprudenza ha infiltrato nell'istituto della colpa la tanto vituperata “logica c.d. precauzionale dei rischi”, deformando il giudizio di prevedibilità. Viceversa, per verificare correttamente se l'evento concreto sia o meno la traduzione del fattore di rischio insito nella regola cautelare contestata, l'individuazione della *ratio* modale di quest'ultima deve avvenire reperendo le costanti nomologiche ed esperienziali che hanno portato alla sua enucleazione⁷³. Operazione ermeneutica particolarmente agevole laddove sia la norma stessa a indicare in modo determinato gli eventi cui è indirizzata la propria funzione preventiva; più arduo, invece, presenza di norme che fanno riferimento a beni superindividuali o a classi eterogenee di accadimenti dannosi. Ad ogni buon conto, si riconferma la necessità preliminare di una corretta ricostruzione della condotta nella sua dimensione normativa.

⁷² Sul criterio della concretizzazione del rischio cfr., tra i tanti, FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 418 ss. e p. 439 ss.; MASSARO A., “Concretizzazione del rischio” e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, nota a Cass., Sez. IV, 23 ottobre 2008, n. 39882, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4699 ss.; PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit. p. 564 ss.; CIVELLO G., *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., p. 71 ss.

⁷³ Approfonditamente sul punto MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, p. 323 ss.

Concludendo sul punto e riprendendo alcuni punti fermi già stabiliti: la colpa è certamente (anche) regola di imputazione, elemento di giudizio ma, per quanto la distinzione teorica possa essere difficile da riprodurre nella realtà applicativa, si dovrebbe sempre cercare di tenere distinta questa operazione detuttivo-applicativa da un'indebita opera di criminalizzazione da parte dell'autorità giudiziaria⁷⁴. Questo aspetto, lo si è visto, è particolarmente problematico nel caso della colpa che, seppure involontaria, è strutturalmente molto più porosa del dolo, dunque più esposta al rischio di un giudizio morale da parte del giudicante, inevitabilmente spinto a collocare la nascita della regola doverosa in un momento che segue la verifica concreta della situazione di pericolo da arginare⁷⁵.

L'unica strada percorribile per evitare simili derive presuppone, da un lato, l'espunzione del giudizio di prevedibilità dalla costruzione della condotta tipica, quale formante valutativo, scientifico-esperienziale, della stessa; dall'altro la distinzione di questa dimensione quella della diagnosi delle condizioni di pericolosità che rendono operativo il dovere cautelare. La macchinosità della ricostruzione tradizionale, che fonde in un tutt'uno il giudizio di riconoscibilità del rischio e il contenuto modale della regola cautelare, basta a dimostrarne tutta la debolezza: anzitutto, la prevedibilità serve per appurare se, in una data situazione, vi siano dei segnali tali da rendere attuale il dovere di diligenza. Da questa angolazione vi è anche chi ha teorizzato l'esistenza di un vero e proprio dovere di riconoscere il rischio (da declinare secondo l'agente modello)⁷⁶: seguendo questa prospettiva, un rischio di potenziali accadimenti dannosi può dirsi riconoscibile se, in presenza dei dati disponibili (c.d. base ontologica), l'agente modello lo avrebbe riconosciuto sfruttando le proprie le capacità deduttivo-inferenziali (c.d. base nomologica). Appurato che il rischio sia (astrattamente) prevedibile, prima l'agente – la cui attenzione dovrebbe a questo punto essersi destata – e poi il giudice, sarebbero chiamati a ricorrere nuovamente alla prevedibilità per

⁷⁴ In dottrina non manca chi contesta la possibilità stessa di una tale distinzione nella ricostruzione della tipicità colposa: sul punto v. PERIN A., *La crisi del "modello nomologico"*, cit., p.1404, ove si afferma che la funzione del giudice non si possa ridurre «ad un'operazione meramente applicativa e deduttiva».

⁷⁵ Sottolinea che, mancando la mediazione dell'atto volitivo, la responsabilità colposa sarebbe caratterizzata da una maggiore immedesimazione tra la personalità delinquenziale e fatto delittuoso, Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 145.

⁷⁶ Per una ricostruzione esaustiva del meccanismo che fa leva sul dovere di riconoscere v. FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., 219 ss.

individuare le modalità di condotta idonee a impedire o ridurre al massimo il verosimile verificarsi dell'accadimento dannoso. Date le insidie dello svolgimento del giudizio “con senno di poi” – ovvero la diversa conformazione assunta dal rischio prima e dopo il suo verificarsi – è ben difficile che la regola di imputazione possa coincidere con la regola di condotta⁷⁷. Peraltro, seguendo questa impostazione, diventa anche complicato assicurare una vera e propria colpevolezza colposa, che si vorrebbe salvaguardata dalla mera riedizione del giudizio di prevedibilità secondo un agente modello stavolta “più individualizzato”⁷⁸.

Dalla stessa, invece, prende forma un'immagine di colpa penale che, al pari del suo corrispondente civilistico, viene (più o meno apertamente) trattata come un criterio di giudizio, funzionale ad ascrivere le conseguenze del pericolo alla responsabilità di qualcuno: quale regola di condotta, descrittiva della diligenza doverosa nel caso concreto, invece, la colpa trova di frequente specificazione solo al termine del processo.

Un modello di illecito colposo, quindi, costituzionalmente discutibile perché oggettivo, ma non tipico, individualizzato, ma non colpevole. Infatti, recependo lo schema della colpa civile secondo cui negligente è la condotta non conforme a quella che avrebbe tenuto un prototipo di agente – nel settore penale il c.d. *homo eiusdem condicionis et professionis*, una sorta di *pater familias* “relativizzato” e molto più esigente – l'impostazione in parola risulta inappagante sia dal punto di vista della

⁷⁷ Per approfondimenti sulla differenza “strutturale” tra prognosi postuma e giudizio predittivo v. MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale*, cit. p. 621 ss., che definisce un «inganno logico» la convinzione dei teorici della prevedibilità per cui, ponendosi in una prospettiva *ex ante*, il giudice riuscirebbe ad assumere lo stesso ruolo, quindi lo stesso punto di vista, dell'agente (spec. p. 622).

⁷⁸ Sono sempre di più le voci che lamentano l'insufficiente considerazione della dimensione soggettiva della colpa da parte della giurisprudenza, tra le quali v. già CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., spec. p. 469 ss., nonché ID., *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, *Relazione al Convegno di studi “Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico”*, Ravenna, 23-24 marzo 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 4, p. 1723 ss.; CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 657 ss. e ID., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011; CIVELLO G., *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., *passim* e, da ultimo, ID., *Il fondamento epistemico-volitivo della responsabilità colposa: nuovi orizzonti dommatici per la concezione normativa della colpa*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”*, cit., p. 161 ss. Sviluppa il concetto di «tipicità soggettiva» della colpa DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 124 ss. Da ultimo v. le considerazioni di DE FRANCESCO G., *In tema di colpa*, cit., p. 21 ss. nonché l'ampia ricostruzione di MATTHEUDAKIS M. L., *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., p. 69 ss.

tipicità-determinatezza della condotta penalmente rilevante; sia alla luce delle esigenze di colpevolezza peculiari dell'illecito penale, invece assenti nel campo della responsabilità civile (la quale, lo si è visto, contempla svariate ipotesi di responsabilità oggettiva). Detto altrimenti, il simmetrico penalistico del *diligens pater familias* funziona male tanto sul piano dell'illecito – perché *prevede* sempre, ma non *descrive* mai – quanto su quello della colpevolezza dove, pur comparando in versione “individualizzata” non riesce a “personalizzare” il rimprovero in maniera soddisfacente. L'analisi casistica che segue aiuterà a dare maggior concretezza alle carenze del modello appena illustrato (v. *infra* § 5 ss.).

Al giudizio di prevedibilità va invece riconosciuto un diverso (questo sì imprescindibile) ruolo: quello di fungere da premessa operativa della regola cautelare, ovvero di illuminare la piattaforma situazionale che ne condiziona la doverosità. In questo senso la prevedibilità consiste nella proiezione ipotizzata di una determinata *Anlaß* (dei segnali di allarme presenti in un certo contesto), ovvero in una condizione “pre-tipica” che marca l'inizio della tipicità colposa contribuendo a delimitare la pretesa comportale imposta dall'ordinamento in via generale e astratta⁷⁹: a partire da questi “campanelli di allarme”, la prevedibilità consente di formulare ipotesi circa l'accadibilità di determinati eventi indesiderati. Questo, dunque, il piano sul quale può trovare legittimamente spazio la considerazione della situazione concreta di pericolo o, se si preferisce, la valutazione delle peculiarità del caso concreto; onde poi valutare se siano o meno corrispondenti a quelle calcolate dall'autorità che ha disposto la regola positiva (o dalla comunità sociale che sviluppato un certo uso cautelare); e quindi tali da stabilirne la doverosità in detta ipotesi. Trattasi, dunque, di una prevedibilità da appurare “in concreto” – che trova base e conferma nelle cadenze del fatto – e di tipo “soggettivo”, che non muove da un soggetto archetipale, ma dall'agente in carne e ossa: detto altrimenti, il campanello di allarme (*Anlaß*) non è oggetto di astratta previsione, ma deve essere effettivamente “vedibile”, rilevabile dall'agente nella situazione concreta; come tale, costituisce il primo momento davvero soggettivo dell'imputazione per colpa.

⁷⁹ Così GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 94 ss. e, da ultimo, ID., *Culpa culpae*, cit., p. 15. Similmente MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., *passim*.

In certi casi, poi, è possibile anche riscontrare l'esistenza di regole cautelari che prescrivono specifici "doveri di sapere": l'obbligo di dotarsi di un corredo di conoscenze scientifiche, da aggiornare periodicamente (c.d. dovere di informazione e aggiornamento), che sono il presupposto necessario per essere in grado di riconoscere i rischi rilevanti nello svolgimento di certe attività. Si pensi all'ambito medico, nel quale il possesso di un insieme di saperi "di base" è peraltro già attestato dal conseguimento della laurea specialistica; ma lo stesso può dirsi dell'ambito lavorativo, nel quale i doveri in parola sono tratti ad oggetto di specifiche regole codificate. Similmente, nel contesto della circolazione stradale, l'ottenimento della patente certifica la presenza nel soggetto di conoscenze (e ovviamente anche di abilità) sufficienti a potersi inserire nel traffico; in questo caso, le conoscenze esperienziali acquisite, in uno con i saperi relativi ai significati dei cartelli stradali, consentiranno al soggetto di scorgere i segnali fattuali di pericolo in cui comunemente "incappa" chi si pone alla guida di un autoveicolo.

In questa prospettiva, la prevedibilità ha un indubbio pregio: facendo da ponte tra le conoscenze causali disponibili in relazione a certi elementi fattuali e l'efficacia impeditiva di una determinata condotta cautelare, permette di far luce sull'*iter* che conduce all'elaborazione di qualsivoglia regola cautelare, nel duplice aspetto dell'efficacia preventiva in relazione a certi tipi di evento, e della sua verità esperienziale, quindi del suo grado di fondatezza⁸⁰. Sul versante "formativo", invece, la regola non può avere matrice nella prevedibilità individuale, nemmeno se parametrata su un tipo più astratto di agente: intesa nella sua dimensione modale (quale direttiva comportamentale), infatti, essa incarna la dimensione "deontica" della tipicità ed ha dunque una matrice necessariamente socio-ordinamentale⁸¹.

È solo rispettando questi accorgimenti che potrà salvaguardarsi anche l'appurata diversità funzionale tra le due forme di colpa. Quanto detto troverà conferma analizzando – sulla scorta della casistica invalsa nei micro-settori di responsabilità colposa oggi più al centro dell'attenzione – le situazioni nelle quali il

⁸⁰ Sul punto v. GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 231 ss. nonché ID., *Culpa, culpaee*, cit., p. 11 s.

⁸¹ Sulla prevedibilità quale criterio di ricostruzione della regola cautelare la dottrina maggioritaria è uniforme, per tutti v. FORTI G., *Colpa ed evento*, cit. 201 ss.

paventato “scoloramento” della colpa specifica si è manifestato con maggiore evidenza.

5. LO “SCOLORAMENTO” DELLA COLPA SPECIFICA: FENOMENOLOGIE RICORRENTI DI COLPA GENERICA “RESIDUALE/AGGIUNTIVA”, CONTENITIVA ED ESPANSIVA

L’analisi casistica che segue – inevitabilmente condotta per settori di attività – non ha pretese di completezza, ma si propone unicamente di far aggallare, nelle diverse situazioni in cui ciò più comunemente accade, gli espedienti e gli argomenti utilizzati per serbarsi delle “via di fuga” dalla tipicità della colpa: ovverosia, per non rinunciare a tutte le armi della colpa generica, riservandosi in ogni caso la possibilità di fondare la responsabilità sulla violazione di regole non scritte, modellate sulle peculiarità del caso concreto, la cui osservanza avrebbe potuto evitare l’evento avverso⁸². Il quadro finale è quello di un diritto penale puntellato da forme “occulte” di colpa per “negligenza, imprudenza o imperizia”, che lo rendono *flou*, cedevole e tendenzialmente salvifico. Ciò a scapito della tendenza moderna a standardizzare sempre più le regole cautelari attraverso la loro positivizzazione e/o procedimentalizzazione in documenti scritti.

Questa – con tutti i suoi limiti e senza alcuna pretesa di farle realizzare quanto non potrebbe o non sarebbe opportuno richiederle – è risultata animata da una *ratio* di centrale importanza nella moderna società del rischio (la formalizzazione standardizzata dell’area di rischio consentito) e si è dimostrata capace di produrre anche norme di comportamento determinate, stabili ed esaustive (alcune regole del codice stradale, molte norme in materia di sicurezza sul lavoro, le *checklists* e alcuni protocolli o linee guida determinate in medicina, le regole cautelari emanate dalle Federazioni sportive e così via)⁸³: terre “emerse” di colpa specifica che rafforzano la

⁸² Ritene che la tendenza a recuperare i criteri della prevedibilità-evitabilità, anche in presenza di cautele scritte, ripresenti tutte le incertezze della “mera dominabilità” dell’evento, permettendo altresì un surrettizio innalzamento della soglia di diligenza doverosa Palazzo, in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 148.

⁸³ Per farne qualche esempio possono citarsi le linee guida SIARRTI (tra queste v. le linee guida SIAARTI-SARNePI in materia di Trattamento Intensivo Trauma cranico pediatrico severo, reperibili su sito www.siaarti.it), oppure le linee guida SIMTI nel campo della donazione del sangue o le linee guida diffuse in ambito infermieristico, indicate da BONANNO A.M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, cit., p. 446 s. come regole determinate, capaci di dar luogo ad addebiti di colpa specifica.

tipicità colposa erodendo spazio alla “laguna” dell’opacità decisionale e, come tali, andrebbero protette dai tentativi di annacquamento patrocinati, tanto dai pratici quanto dai teorici del diritto. Davanti a un tale processo di obiettivizzazione normativa della regola cautelare, al parametro dell’agente modello dovrebbe (se non negarsi, quantomeno) riservarsi un ruolo del tutto marginale.

5.1. Dal dovere generale di attenzione (...)

Come si diceva, un primo varco all’interno della tipicità colposa “specificata” è quello aperto dalla colpa generica “ulteriore”: un’altra colpa, “aggiuntiva”, a prescindere dal rispetto o meno delle cautele scritte, che in qualche caso è perfino giunta derogare. Più che residuale – questa ammissibile, in via di eccezione, rispetto a fattori di rischio diversi da quelli considerati dalla norma positivizzata, ovvero nei casi di diversa *Anlaß* – si tratta in effetti di una colpa “idrovora” e “fagocitante”, “contenitiva” di quella specifica: a dimostrarlo è anche l’indirizzo, praticamente unitario, per cui la sostituzione o l’aggiunta di un profilo di colpa rispetto a quello inizialmente contestato non muta il fatto, perché il riferimento alla colpa generica fa sì che la contestazione riguardi la condotta *globale* dell’imputato in riferimento all’evento, senza necessità di indicare una precisa regola di diligenza disattesa.

Tutto ciò a discapito dell’acquisizione per cui, la condotta colposa ha sempre tra i suoi presupposti un rischio inteso in senso naturalistico ed è dalle caratteristiche di questo che trae il suo disvalore: il veicolo che consente il passaggio dal rilievo “fattuale” del potenziale di pericolo al rilievo “normativo” condizionante il disvalore di azione è rappresentato dalla regola cautelare doverosa. È da questa che il rischio – il cui rilievo è risultato non “ubiquitario” all’interno della categoria della colpa penale – trae il suo specifico statuto: questa la sua la sua fonte legittimante e, insieme, il suo antidoto sociale⁸⁴.

Al di là di queste considerazioni generali, la fenomenologia di riferimento è però varia e muta da settore a settore: il tratto comune di queste incursioni da parte

⁸⁴ PALIERO C. E., *Il tipo colposo*, cit., p. 524.

della colpa generica “aggiuntiva” (o c.d. “generale”) è quello di rilasciare una immagine unitaria dei criteri di imputazione per colpa, apparentemente “diversificati” a seconda dei contesti di rischio (stradale, antinfortunistico, medico, sportivo ecc.), ma in realtà identici nella loro inafferrabilità.

Nella giurisprudenza in materia di circolazione stradale, ad esempio, il riconoscimento di una colpa generica “assorbente” e ulteriore è solitamente il riflesso di un’*interpretatio abrogans* del principio di affidamento, ovvero dell’affermazione per cui l’altrui condotta inosservante, essendo prevedibile, avrebbe dovuto essere governata dall’agente⁸⁵. Questo limite “fattuale” o se si vuole “occasionale” al principio di affidamento è pacificamente ammesso anche a livello dogmatico: se l’agente ha contezza della trasgressione altrui (del pedone o di altro conducente) – perché la situazione di pericolo gli è nota o sussistono dei segnali di allarme oggettivamente rilevabili della stessa – scatta l’operatività di una regola cautelare ulteriore (appunto “relazionale”, di fonte consuetudinaria) che impone di porre in essere una manovra c.d. di emergenza al fine di evitare un evento lesivo a quel punto prevedibile. Non è questo che si contesta; la criticità dell’orientamento invalso nel diritto vivente sta, piuttosto, nel modo con cui viene ricostruito e fatto operare il criterio della prevedibilità da una parte ancora cospicua della giurisprudenza.

In via generale, nei settori di attività pericolose “a rischio (in parte) consentito”, caratterizzati da una forte interazione interpersonale tra una pluralità di soggetti, tutti gravati da obblighi di diligenza (comuni e/o divisi) rispetto a un medesimo evento lesivo, la rilevanza del principio di affidamento è ormai, almeno formalmente, riconosciuta sia livello teorico, che pratico. In questi ambiti, si dice, ciascuno è di norma autorizzato a confidare sull’osservanza delle regole cautelari da parte degli altri

⁸⁵ Sul principio di affidamento v., approfonditamente, MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim* (spec. p.185 ss. in riferimento alla circolazione stradale); ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1051 ss.; ID., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *L’Indice penale*, 1999, p. 1195 ss. Tra i tanti altri autori che hanno affrontato l’argomento, v. FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 281 ss.; MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 536 ss.; DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 19 ss.; BISACCI M. C., *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *L’Indice pen.*, 2009, p.196 ss. Più di recente sul tema PALMA A., *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell’attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, p. 49 ss. Nella manualistica, cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 584 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 345 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 363 ss.

soggetti con cui viene a contatto, posto che un obbligo di diligenza esteso alla necessità di verificare costantemente l'effettivo adempimento altrui, finirebbe per paralizzare in modo intollerabile lo svolgimento stesso dell'attività socialmente utile (*id est*, la libertà di azione); ovvero, sarebbe di ostacolo al raggiungimento di un risultato comune utile. Come accadrebbe, ad esempio, se in presenza di un semaforo con la luce verde, il conducente fosse tenuto a rallentare o ad arrestarsi per sincerarsi che non sopraggiungano altri veicoli dalla intersezione: le esigenze della circolazione ne risulterebbero fortemente svilite; o ancora, se in mancanza di attraversamenti pedonali, il guidatore fosse tenuto a ispezionare i marciapiedi circostanti, per appurarsi che i pedoni lì presenti stiano fermi e non si gettino in mezzo alla strada nel tentativo di attraversarla comunque; oppure, spostandosi in un diverso settore, se il chirurgo capo *équipe* dovesse pedissequamente controllare il comportamento dei propri collaboratori per appurare che ciascuno esegua a regola d'arte i propri compiti. La buona riuscita dell'operazione ne verrebbe verosimilmente compromessa.

Non solo, accanto a questa *ratio* utilitaristica del principio di affidamento se ne affianca una più "personalistica", legata al carattere personale della responsabilità penale, ovvero all'idea dell'autoresponsabilità.

Infine, il principio in parola risponde indubbiamente anche ad una logica "giuridica", di coerenza interna dell'ordinamento con sé stesso, essendo ben più ragionevole che questo si fondi sulla presunzione che i soggetti si uniformino ai precetti giuridici, piuttosto che sulla presunzione opposta della loro inosservanza generalizzata. Peraltro, l'eventualità di gravare alcuni soggetti da obblighi cautelari aggiuntivi (non formalizzati) volti a prevenire le imprudenze altrui sembra anche distante dall'ideale di giustizia e dalla necessità di un'equa suddivisione dei compiti all'interno della società, posto che finirebbe per restringere la libertà di alcuni (per di più rispettosi delle regole di diligenza loro rivolte) in ragione del possibile comportamento scorretto degli altri.

È dunque lecito concludere che ciascuno sia responsabile per colpa delle proprie condotte inosservanti, mentre è esclusa la vigenza un generale obbligo cautelare di adeguare la propria azione al comportamento eventualmente inosservante degli altri, nemmeno quando astrattamente prevenibile in virtù dell'intensa interazione che esiste tra le condotte dei diversi soggetti. Fatto salvo, ovviamente, il caso del

soggetto gravato da una specifica posizione di garanzia che, imponendogli di vigilare sulla correttezza dell'altrui operato o di proteggere una persona incapace di provvedere a sé stessa, è suscettibile di far nascere dei doveri di diligenza ulteriori rispetto ai comportamenti del terzo, conferendo rilievo anche a condotte colpose omissive improprie.

Sul piano pratico, la fenomenologia rilevante è dunque quella dei reati causalmente orientati nei quali, accanto alla condotta causale posta in essere dal soggetto della cui responsabilità si discute, si inserisce anche l'azione determinante e colposa di un terzo, nel settore stradale spesso la vittima (pedone, ciclista, altro conducente)

In questo ambito, non venendo evidentemente in rilievo il ricordato limite "normativo" del principio di affidamento (la presenza di specifiche posizioni di garanzia) può invece assumere rilevanza il limite "fattuale o occasionale" della prevedibilità⁸⁶. Una volta esclusa la rilevanza dell'intervento del terzo sul versante condizionalistico (*ex art. 41 co. 2 c.p.*), quale "causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento", il suo contributo è appunto suscettibile di ricoprire un ruolo decisivo sul versante normativo della colpa in virtù del principio di affidamento, perciò definito una "pietra angolare della tipicità colposa". Se alla produzione dell'evento lesivo (spesso morte o lesioni causate da tamponamento o investimento) ha contribuito anche la condotta colposa della vittima, mentre l'agente era nel rispetto delle regole cautelari specifiche (si immetteva in una strada con il diritto di precedenza, procedeva rispettando i limiti di velocità ecc.) l'evento non può essergli imputato per colpa generica a meno che non fossero concretamente presenti dei *signa facti* dell'inosservanza cautelare altrui, tali da far scattare l'operatività della regola esperienziale ulteriore (che può consistere, a seconda dei casi, nell'obbligo di frenare, di ridurre la velocità, di concedere la precedenza a chi non ne aveva il diritto e così via). Indici, si diceva, che erano noti al soggetto (come nel caso del conducente che sa, perché vi transita ogni giorno, che in una certa strada dei bambini giocano solitamente a pallone); che gli si ponevano oggettivamente di fronte (come l'oggettiva

⁸⁶ La distinzione tra limite "normativo" e limite "fattuale" del principio di affidamento è accolta dalla grande maggioranza, per non dire dalla totalità, della dottrina v., per tutti, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 330 s.

segnalazione di una scuola, onde l'operatività dell'obbligo di tenere una velocità prudenziale in modo da poter frenare in tempo alla presenza di qualche bambino che attraversasse imprudentemente la strada); o, infine, che per sua colpa non era in condizione di percepire; in tal caso però, la regola cautelare violata non può certo farsi coincidere con un generico difetto di attenzione, ma deve consistere in una norma modale specificamente individuabile (in dottrina si fa l'esempio di chi stia guidando armeggiando al cellulare, in violazione dell'art. 173, comma 2 c.s.)⁸⁷.

Ciò detto in via generale, è evidente che il principio di affidamento non possieda una autonoma capacità delimitativa dell'area del rischio lecito, trattandosi piuttosto dell'esito negativo del giudizio di riconoscibilità in concreto dell'altrui inosservanza: un parametro valutativo da ancorare a evidenze fattuali inequivocabili (si pensi alla presenza di un segnale stradale appositamente deputato a richiamare l'attenzione sulla presenza del pericolo, come è la segnalazione di una scuola); altrimenti, al pari del rischio consentito del quale viene spesso considerato il precipitato, diventa una formula vuota che rimette al giudice il bilanciamento tra le ragioni della protezione dei beni giuridici (che tenderebbero alla copertura integrale da tutte le aggressioni possibili, come postulato dal *neminem laedere*) e le contrapposte ragioni della responsabilità colposa "personalistica".

Non stupisce, allora, che nel settore della circolazione stradale la giurisprudenza sia estremamente ondivaga: accanto a sentenze attente, che ancorano la doverosità della manovra di emergenza a dei segnali di pericolo oggettivi e concretamente rilevabili, molte pronunce continuano a dar credito all'orientamento rigorista tradizionale per cui l'operatività dell'affidamento cesserebbe in tutti i casi di "non imprevedibilità" in astratto della condotta inosservante altrui (in tal senso si parla anche di prevedibilità "ragionevole", ovvero secondo l'agente modello). Ciò accade anche in sentenze che pur contengono un richiamo "di stile" al criterio della prevedibilità "in concreto", ma il cui modo di ragionare resta poi tutto incentrato sul generico *neminem laedere*.

L'esito è scontato: il ricorso al giudizio di prevedibilità secondo l'agente modello dilata così tanto l'*Anlaß* (la piattaforma situazionale di pericolo) che rende

⁸⁷ Così MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 38.

operativa la regola esperienziale (impositiva della manovra di emergenza) da alterarne i contenuti. Al posto dell'affidamento subentra il contrario principio della sfiducia generalizzata; la colpa dell'agente non si incentra sulla violazione di una regola modale imposta dall'uso, operativa nella situazione concreta, ma sulla violazione di un obbligo, paralizzante, di prevedere e prevenire «*sempre e comunque* il rischio da altrui attività illecita»⁸⁸. Una responsabilità, in fondo, puramente oggettiva, fondata sulla violazione di un obbligo di attenzione ineluttabilmente postumo: lo dimostra l'argomentare per cui «la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta [ndr: la verifica dell'evento ne è la prova provata], costituisce già di per sé condotta negligente»⁸⁹.

Per esemplificare: in un caso recente, a nulla è valso il pieno rispetto da parte del motociclista del limite di velocità da tenere in luoghi urbani, perché la condotta di guida esigeva velocità «ben inferiore e soprattutto ben altra attenzione al fine di non violare l'art. 191 co. 3 c.s.»⁹⁰. I tre pedoni che attraversavano la strada, a visibilità ridotta e scarsamente illuminata, nonostante il divieto di transito pedonale, avrebbero potuto essere visti ed evitati se il centauro avesse tenuto una condotta più attenta e prudente. Anche perché, come evidenziato dai giudici di merito, il sinistro si era verificato in prossimità di una pensilina posta in corrispondenza della fermata dei mezzi pubblici, e, pertanto, ben poteva il conducente di un veicolo attendersi che, in qualche modo, una persona scesa dal mezzo pubblico, non percorresse i venticinque metri che lo separavano dall'impianto semaforico, ma attraversasse proprio quel tratto di strada.

Come in molti altri casi, una condizione del tutto ordinaria (la semplice presenza di una pensilina ATM) è bastata a attivare un irragionevole dovere di

⁸⁸ Così, muovendo un'aspra condivisibile critica all'indirizzo tradizionale Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741, Minunno, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 dicembre 2010 (cors. nostro), con nota di TROTTA F., *Principio di affidamento e reati colposi connessi alla circolazione stradale: un revirement della Cassazione*; anche in Cass. pen., 2010, fasc. 9, p. 3196 ss., con nota di RUSSO R., *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, *ivi*, p. 3201 ss.

⁸⁹ Così Cass. pen., sez. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260, in Cass. pen., 2015, fasc. 6, p. 2364 ss. con nota di LOMBARDI F., *Il principio di affidamento con particolare riguardo all'investimento del pedone incauto*, p. 2368 ss.

⁹⁰ Così Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 2019, n. 29277, in *DeJure*, massimata in *Guida al diritto*, 2018, fasc. 39, p. 81.

ispezionare i luoghi⁹¹. Il cardine del ragionamento, infatti, è costituito da un «*principio generale di cautela* che informa la circolazione stradale e si sostanzia, essenzialmente, in *tre obblighi comportamentali*: quello di *ispezionare la strada* dove si procede o che si sta per impegnare; quello di *mantenere un costante controllo del veicolo* in rapporto alle condizioni della strada e del traffico; quello, infine, di *prevedere tutte quelle situazioni che la comune esperienza comprende, in modo da non costituire intralcio o pericolo per gli utenti della strada*»⁹².

Un dovere di diligenza omnicomprensivo, da osservare anche per la prevenzione di eventuali comportamenti irregolari altrui – nello specifico, nei confronti dei pedoni – il cui appiglio normativo è costituito dalle clausole generali elastiche di cautela (risultate immancabilmente prive di natura modale) di cui ai già richiamati artt. 140, 141 e 191 c.s. che, a detta dei giudici, innalzerebbero al livello di colpa specifica le violazioni di disposizioni cautelari ad ampio raggio e del tutto indeterminate⁹³. Non sembrano molte, allora, le differenze rispetto all'indirizzo rigorista risalente per cui, al posto del generare dovere di confidare sull'osservanza delle cautele dovute da parte degli altri, in questo settore sussisterebbe un obbligo generale di prevedere, che riguarda «tutto quello che non si vede e che può verificarsi da un momento all'altro: fatti naturali, fatti umani altrui, prudenti o imprudenti, fatti

⁹¹ Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 2019, n. 29277, cit.

⁹² Così già Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2013, n. 33207, Corigliano, pp. 5 e 6 (cors. nostro). La stessa massima o formule di analogo tenore sono riportate in praticamente tutte le sentenze sul tema, tra le più recenti v. Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 2019, n.18321, in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia*, 2019, 6 maggio, con nota di PICCIONI F., *Il dovere di attenzione del conducente si sostanzia in 3 obblighi comportamentali*, *ivi*, 2019, fasc. 80, p. 13; Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2019, n. 121, in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia*, 2020, 8 gennaio, con nota di BIARELLA L., *Circolazione stradale: la Cassazione specifica l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità di marcia*, *ivi*, 2020, fasc. 5, p. 9; e Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2017, n. 45795, Passero, in *www.ilpenalista.it*, 15 novembre 2017, con nota di COPPOLA I., *Principio di affidamento e limiti della sua operatività in materia di circolazione stradale*.

⁹³ *Contra*, una parte della giurisprudenza di merito, tra cui è degna di nota la pronuncia assolutoria del Trib. di Pisa, 12 marzo 2018, n. 379 che, da un lato, ha stigmatizzato la prassi di ricondurre la violazione delle regole elastiche di cui agli artt. 140, 141 c.s. alla colpa specifica posto che la loro indeterminatezza e il loro spettro cautelare indefinito rendono veramente difficoltoso determinare *ex ante* il comportamento prudenziale richiesto, con il rischio di addebiti a titolo di responsabilità oggettiva; dall'altro, è giunta all'assoluzione del conducente che, pur rispettando le norme di diligenza a lui rivolte cagionava la morte di un pedone che stava attraversando la strada al di fuori delle apposite strisce, dopo aver elencato con precisione una serie di circostanze concrete che «rendevano del tutto imprevedibile nella situazione concreta l'attraversamento del pedone» (quali la repentinità della condotta, la lontananza dalle strisce, la non visibilità del tenuto conto della sua bassa statura e di una fila di macchine che ne ostruiva la vista ecc.).

propri (come ad esempio, un malessere) ecc. Questa previsione costituisce l'elemento essenziale della prudenza»⁹⁴.

A niente, infatti, è servito il rilievo dell'imputato per cui la regola cautelare di cui all'art. 191 co. 3 c.s. – indubbiamente elastica e, almeno in parte, contenutisticamente generica – prevede una condizione essenziale per il suo attivarsi, ossia la presenza di una situazione di fatto in cui vi sia, o sia ragionevolmente prevedibile, la presenza di anziani.

Detto altrimenti, la doverosità della regola cautelare che prescrive l'obbligo di porre in essere una manovra di emergenza non trovava alcun conforto nella specifica *Anlaß* che si presentava all'agente: nella situazione di fatto, la presenza degli anziani era diventata “vedibile” solo quando tale regola non poteva più essere utilmente osservata, essendo il sinistro ormai imminente e inevitabile. Al contrario, secondo i giudici l'inevitabilità dell'impatto non sarebbe da ricondurre all'imprevedibile condotta della vittima, ma sarebbe piuttosto indice della violazione della regola prudenziale e cautelare fondamentale, che deve presiedere al comportamento di ciascun conducente: «l'“obbligo di attenzione” che questi deve tenere al fine di “avvistare” il pedone sì da potere porre in essere efficacemente i necessari accorgimenti atti a prevenire il rischio di un investimento». Da che, se non l'ha prevenuto, significa che non era abbastanza attento⁹⁵. Anche perché, come concludono ugualmente moltissime altre sentenze, la situazione di pericolo derivante dal comportamento scorretto del pedone è «un rischio tipico e ragionevolmente prevedibile [n.d.r.: in astratto] della circolazione stradale»⁹⁶. Non vi è chi non veda che la dilazione dell'*Anlaß* della regola cautelare “emergenziale” imposta dall'uso, abbia comportato un'anticipazione del momento iniziale della tipicità colposa a un momento

⁹⁴ Così, in dottrina, DUNI M., *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1964, p. 317 ss., spec. p. 323. *Contra*, muove una fervida critica alla tendenza espansiva della colpa generica in questo settore, D'AURIA D., *Investimento del pedone*, cit., c. 473 ss.

⁹⁵ *Contra*, in maniera condivisibile, Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 2017, n. 12192, che ha cassato la sentenza dei giudici di merito che troppo semplicisticamente avevano ricostruito il fatto ritenendo un motociclista responsabile della morte del ciclista investito; senza però considerare adeguatamente tutte le condizioni, tra cui quella dell'avvistabilità del ciclista da parte del centauro entro un tempo che consentisse e rendesse doverosa una qualunque manovra di emergenza (corsivo nostro).

⁹⁶ Cfr., *ex multis*, la recente Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio, 2019, n. 10062, Nostrani, non mass. e le conformi Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2017, n. 27513, Mulas, Rv. n. 269997 e Cass. pen., sez. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260, cit.

in cui la doverosità di quella regola modale non si era ancora concretizzata; già operative, invece, erano altre regole cautelari (quale il rispetto dei limiti di velocità) che nel caso di specie erano state rispettate: da che, la necessità di ricorrere al generico dovere di attenzione per imputare “comunque” l’evento all’agente.

Viceversa, proseguono i giudici, il conducente potrebbe andare esente da responsabilità non tanto perché risulti accertato un comportamento colposo del pedone, ma solamente in quanto la condotta del pedone configuri una vera e propria causa eccezionale, atipica, non prevista, né prevedibile, che sia stata da sola sufficiente a produrre l’evento (*ex art. 41 c.p., comma 2*). Il che, *va da sé*, difficilmente verrà riconosciuto. A complicare il quadro, quindi, è anche la confusione tra categorie del reato, ovvero tra parametri valutativi propri del giudizio sulla causalità materiale e parametri propri del giudizio di colpa (in particolare circa la sua misura c.d. normativa); il risultato è un appiattimento delle valutazioni relative a quest’ultima sul piano eziologico, tale per cui la condotta colposa del terzo viene privata della propria funzione delimitativa della responsabilità a livello di colpa⁹⁷.

Similmente, in un’altra vicenda, il fatto che i due pedoni fossero “sbucati” irregolarmente dallo spazio tra due autovetture poste alla destra nel senso di marcia della conducente, mentre questa procedeva rispettando i limiti massimi di velocità e comunque piano (come confermato dalla ricostruzione dei fatti) a causa del traffico intenso, non è bastato ad escluderne la responsabilità. Per concluderlo è bastato rievocare il generico principio del *neminem laedere* al quale andrebbe sempre subordinato l’esercizio del diritto di precedenza, che mai può considerarsi illimitato⁹⁸.

⁹⁷ Fanno riferimento alla causa interruttiva del nesso di causa anche Cassazione penale sez. IV, 11 ottobre 2018, n. 57353, in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia*, 2019, 27 dicembre, che addebita l’investimento del pedone negligente alla condotta di guida del conducente che «era improntata a distrazione [...] in quanto la presenza del pedone era agevolmente percepibile da un attento conducente» e non si poneva come causa eccezionale ed atipica, imprevista e imprevedibile dell’evento, che sia stata da sola sufficiente a produrlo; Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2018, n. 38219; nonché già Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2013, n. 10635, Calarco, p. 3 e, similmente, Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2013, n. 33207, Corigliano, cit., 6.

⁹⁸ A titolo esemplificativo, declinano la colpa generica (residuale) nella violazione di un inconsistente principio del *neminem laedere*: Cass., pen., sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 15229, P.G. in proc. Fiorinelli, secondo cui, nonostante l’osservanza delle norme precauzionali scritte può «residuare una colpa generica quando tali norme siano non esaustive delle regole precauzionali adottabili e, perciò, l’agente debba rispettare anche regole cautelari non scritte. È questo, appunto, il caso delle norme sulla circolazione stradale [...] I conducenti, infatti, rimangono vincolati all’obbligo del *neminem laedere* [...] con la conseguenza che indipendentemente dall’eventuale disciplina legislativa della condotta posta in essere, la violazione di tale principio, anche se non sanzionata dalla legge, costituisce pur sempre colpa per imprudenza e determina responsabilità penale in caso di morte o lesioni»; Cass., Sez. IV pen.,

Da che, ove un pedone attraversi la carreggiata fuori delle apposite strisce, il conducente del veicolo è tenuto a rallentare la velocità e, addirittura, ad interrompere la marcia al fine di evitare incidenti; se ciò non faccia, la responsabilità per l'evento “colposo” verificatosi è *sempre* a lui attribuibile, pur se al comportamento del pedone possa, secondo le condizioni del caso, attribuirsi una efficienza causale concorsuale⁹⁹. Il dovere generale del *neminem laedere* non viene meno neanche in ipotesi di (in quel caso appurato) abbagliamento solare momentaneo: questo non costituisce caso fortuito, ma impone di adottare tutte le cautele al fine di non creare ostacolo alla circolazione o l'insorgere di altri pericoli, in attesa di superare gli effetti del fenomeno impeditivo della visibilità. Non è dato capire quali, anche perché, procedendo la conducente a passo d'uomo, una sua brusca frenata in condizioni di traffico intenso avrebbe fatto insorgere un evidente pericolo di tamponamento.

Sulla scorta medesimi principi – stavolta sviluppati senza confusioni sul piano della colpa – è risultata irrilevante la circostanza che la manovra di svolta a destra posta in essere dall'camionista fosse consentita, i limiti di velocità rispettati e che il conducente del motoveicolo tamponato avesse, invece, assunto una condotta irregolare sotto il profilo della velocità. Infatti, in virtù di alcune norme del codice stradale che ne estendono al massimo la portata, l'obbligo di attenzione e prudenza ricomprenderebbe un «vero e proprio dovere dell'agente di prospettarsi le altrui condotte irregolari»¹⁰⁰.

Accanto a queste, una cospicua serie di pronunce si mantiene in una “zona grigia”, abbracciando, solo sulla carta, l'esigenza di appurare la concreta percepibilità, da parte dell'agente, della situazione di rischio dovuta all'altrui imprudenza. Dopo averne suggestivamente evocata la necessità, infatti, la funzione delimitativa della

16 aprile 2008, n. 20027, Di Cagno; Cass., pen., sez. IV, 14 febbraio 2007, n. 15224, La Penna; Cass., pen., sez. IV, 13 ottobre 2005, n. 40908, Tavoliere; Cass., pen., sez. IV, 12 ottobre 2005, n. 44651, Leonini. In dottrina, critica questa prassi D'AURIA D., *Investimento del pedone*, cit., c. p. 468 ss.

⁹⁹ Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 2019, n. 27876, in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia*, 2019, 26 giugno.

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2019, n. 138, in *DeJure*, massimata in *Guida al diritto*, 2020, fasc. 11, p. 91, che ha ribadito che nella materia de qua il principio di affidamento «trovi un temperamento nell'opposto principio per cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della prevedibilità».

valutazione in parola non riceve sviluppo alcuno, mentre l'addebito resta fondato sul medesimo dovere omnicomprensivo di diligenza.

Basti pensare al caso del conducente che, pur rispettando i limiti di velocità, si è visto addebitare “comunque” la morte della vittima a seguito dell'avvenuto tamponamento, sebbene questa avesse rallentato repentinamente l'andatura di marcia. Dopo un fugace riferimento al criterio della prevedibilità in concreto, la responsabilità viene affermata perché l'agente «non aveva prestato la *dovuta attenzione* alla guida»: se l'avesse prestata avrebbe sicuramente avvistato la vettura della vittima che aveva improvvisamente rallentato la marcia. L'improvvisa decelerazione del veicolo che precede, infatti, non è certo un evento imprevedibile nell'ambito della circolazione stradale, «ben potendosi verificare che il conducente di un veicolo abbia necessità di ridurre la velocità, per una esigenza improvvisa»¹⁰¹. Ancora, la responsabilità del conducente è stata confermata per non aver «prestato la necessaria attenzione allo stato dei luoghi»: se lo avesse fatto avrebbe sicuramente compiuto la manovra di emergenza necessaria a evitare la morte della vittima che, ferma al centro della carreggiata autostradale dopo aver perso il controllo del proprio veicolo, non indossava il prescritto giubbotto catarifrangente, né aveva posizionato l'apposito segnale mobile di pericolo nel tratto di strada immediatamente precedente¹⁰².

Le esemplificazioni potrebbero continuare: costituirebbero altresì circostanze prevedibili – l'agente modello le avrebbe certamente messe in conto – la presenza, dietro a un autocarro che procedeva in retromarcia, di una persona anziana giacente sulla sede stradale che aveva perso l'equilibrio mentre passeggiava sulla strada¹⁰³; ancora, la condotta autolesionistica di un ciclista che viaggiava, senza fari e senza

¹⁰¹ Così Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2018, n. 16096, in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia*, 2018, 4 giugno (cors. nostro).

¹⁰² Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2018, n. 16096, in *DeJure*, massimata in *CED Cass. pen.*, 2018. In posizione “intermedia” anche: Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2018, n. 38219, in *DeJure*, massimata in *Guida al diritto*, 2018, fasc. 39, p. 81, che ha ritenuto prevedibile l'attraversamento della vittima su un tratto di strada privo strisce pedonali, di cartellonistica stradale, in ora notturna, in zona senza alcuna illuminazione, per il solo fatto che la zona medesima era frequentata dagli avventori di un locale notturno, circostanza che l'imputato non poteva ignorare stante la sua residenza nel medesimo comune; Cass. pen., sez. IV, 1 giugno 2017, n. 27513, Mulas, Rv. n. 269997, con nota di CAPPELLINI A., *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, in *Parola alla difesa*, 2017, fasc. 6, p. 643 ss., alle cui condivisibili considerazioni si rimanda.

¹⁰³ Cass. IV, 17 giugno 2015, n. 36039

indossare dispositivi o abiti catarifrangenti, lungo una strada buia¹⁰⁴; la comparsa di un bambino, sbucato da dietro un pullman, su una strada extraurbana priva di strisce pedonali¹⁰⁵; o ancora, quella di tre pedoni che, invece di usare gli appositi passaggi, avevano deciso di attraversare in diagonale una rotatoria¹⁰⁶. In tutti questi casi, la mancata effettuazione della manovra di emergenza non sarebbe pertanto la prova provata dell'impossibilità (in concreto) di rilevare l'*Anlaß* dell'altrui condotta illecita, ma l'indizio di un'attenzione difettosa.

Il campionario è ancor più criticabile considerato che una schiera (seppur ancora minoritaria) di sentenze, fa invece buon uso delle regole che presidono l'imputazione colposa. Sulla scia dei principi, all'epoca "rivoluzionari", stabiliti in una pronuncia del 2009, queste mettono in luce la natura "ricognitiva" e non "investigativa" dell'*Anlaß*: all'agente non è richiesto (e sarebbe perfino disfunzionale) di perlustrare la zona alla ricerca di fattori tali da rendere "ragionevolmente" prevedibile un evento dannoso, ma solamente di rilevare i campanelli di allarme che gli si presentano di fronte. Perciò, il transito dalla fiducia alla diffidenza non scatta se non alla presenza di un dato materiale e oggettivo (non meramente congetturale o statistico, peraltro sempre presente in simili contesti) che faccia inequivocabilmente supporre l'ipotesi di una violazione cautelare altrui: «*emergenze concrete e risolutive, onde evitare che l'apprezzamento in ordine alla colpa sia tutto affidato all'imponderabile soggettivismo del giudice*»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2017, n. 38548, in *Diritto & Giustizia*, 3 agosto 2017, con nota di GRILLO P., *Velocità sotto il limite ma la colpa rimane*.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260, cit., che è giunta ad annullare una doppia assoluzione nel merito.

¹⁰⁶ Cass. IV, 4 ottobre 2012, n. 3834. Per questo e per un cospicuo campionario di altri esempi v. MICHELETTI D., *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 535 ss.; ID., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 338 s. nonché da ultimo ID., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 36 ss.

¹⁰⁷ Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741, Minunno, cit. laddove, muovendo una rigorosa critica all'indirizzo tradizionale, stabilisce che: la necessità «di una indagine concreta [...] non viene meno neppure quando, come nella circolazione stradale, la condotta inosservante di altri soggetti non costituisce in sé una contingenza imprevedibile». In giurisprudenza, ne hanno seguito la scia: Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2019, n. 2252 in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia*, 2020, 23 gennaio, che ha annullato la sentenza di appello definendo addirittura come abnorme (dunque interruttiva del nesso di causa) la condotta del motociclista che procedeva a velocità molto elevata; Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 2017, n.12192, cit.; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 2016, n. 35834, in *Giur. It.*, 2017, fasc. 2, c. 468, con nota di D'AURIA D., *Investimento del pedone*, cit.; Cass. pen., sez. IV, 19 novembre 2013, n. 4042, *Diritto & Giustizia*, 30 gennaio 2014, che ha confermato l'assoluzione dell'automobilista in ragione del fatto che l'arrivo del motociclista che procedeva a velocità elevatissima (125/130 km/h)

Ne discende il corollario per cui – laddove il riconoscimento in concreto del rischio rimanga incerto – la libertà di fare affidamento deve presumersi in virtù il principio generale dell’*“in dubio pro reo”*; senza spazio per un soverchiante dovere di prevedere che, a dispetto della natura dichiaratamente relazionale della colpa, conduce a minimizzarne la c.d. tipicità passiva, accentuando la “valenza fortuita” dell’evento¹⁰⁸. *A fortiori* nel caso degli incidenti stradali, dove è spesso la sorte a stabilire chi sarà la vittima: in una prospettiva sociologica, infatti, il fattore di pericolo che connota questo tipo di colpa è tanto diffuso da essere coperto da assicurazione obbligatoria e tanto “democratico” da colpire tutti allo stesso modo; al rischio di risultare autori di un reato colposo connesso alla violazione delle norme cautelari in materia di circolazione, equivale il rischio di risultarne vittima¹⁰⁹.

Nei casi di addebito dell’automobilista per “fiducia mal riposta”, poi, è ancora più forte l’impressione che la responsabilità tocchi in sorte a colui che ha avuto la sfortuna di provocare l’evento, più che a un soggetto veramente deviante¹¹⁰: in altre parole, l’evento sembra la conseguenza di un rischio legato al sistema (c.d. sistemico), espressivo della forte relazionalità che lo connota, più che di una condotta anti-sociale degna di essere penalmente stigmatizzata. Da che, anche il rischio che l’utente della strada sia votato al destino del “colpevole per definizione” o del “capro espiatorio”, strumentalizzato a fini di prevenzione generale¹¹¹.

«non poteva essere percepito: onde, il conducente dell’autoveicolo nulla poteva fare per evitare l’impatto»; Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2011, n. 36067, *Diritto & Giustizia*, 8 ottobre 2011, che ha annullato la condanna dell’automobilista perché la struttura curvilinea della strada non permetteva l’avvistamento dell’ostacolo (nella specie due autocarri). Nel merito cfr. Trib. Pisa, 12 marzo, 2018, n. 379, cit.

In dottrina fa queste considerazioni GIUNTA F., *Culpa, Culpae*, cit., p. 16 ss. Dello stesso avviso MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 37 ss., nonché ID., *Il criterio della competenza*, cit., p. 537 s. In linea anche CAPPELLINI A., *Circolazione stradale e principio di affidamento*, cit., p. 650 ss.; D’AURIA D., *Investimento del pedone*, cit., c. 468 ss.

¹⁰⁸ In questo senso, approfonditamente MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 323 ss., spec. p. 327 s., nonché ID., *Il criterio della competenza*, cit., p. 538. Per un approfondimento sulle derive paternalistiche in materia colposa, per tutti v. ID., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, *passim* e spec. p. 292 ss. Sulla valenza fortuita dell’evento colposo, oltre gli autori già citati (Cap. III, nota n. 169), v. EUSEBI L., *La prevenzione dell’evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell’illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G., Napoli, Jovene, 2011, p. 962 ss.

¹⁰⁹ Sul punto v. anche le considerazioni di GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 159.

¹¹⁰ Cfr. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19 s.

¹¹¹ In giurisprudenza paventa questo rischio Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741, Minunno, cit., p. 5. In dottrina, tra i tanti v. CAPPELLINI A., *Circolazione stradale e principio di affidamento*, cit.,

In ultima analisi, valorizzando le caratteristiche del “tipo” di rischio preso di mira dalle regole stradali c.d. ordinatorie o relazionali – la cui funzione è proprio quella di consolidare il principio di affidamento e di rendere prevedibile la condotta degli altri utenti – si dovrebbe convenire: da un lato, dell’impossibilità di fondare addebiti per “mera disattenzione”, o meglio per l’affidamento malriposto che ne è conseguito, senza tuttavia individuare con precisione la specifica regola cautelare violata dal conducente (la quale abbia “dato causa” all’evento); dall’altro lato, dell’infondato rigorismo con cui la giurisprudenza nega di accordare rilevanza ai comportamenti imprudenti delle vittime (pedoni o altri conducenti); infondato, se si considera che la funzione cautelare delle regole in parola consiste proprio nel realizzare un coordinamento “ordinato” tra un pluralità di condotte pericolose potenzialmente interferenti (comprese quelle delle eventuali vittime) e, come tale, presuppone la condivisione da parte di tutti i soggetti coinvolti (pedoni compresi) dei codici di condotta ivi prescritti. Detto altrimenti, è la natura spiccatamente “relazionale” del tipo di rischio e della relativa regola cautelare a richiedere che l’accertamento della condotta pretesa ed esigibile dal potenziale danneggiante tenga conto anche della condotta tenuta dal potenziale danneggiato¹¹².

Peraltro, nei casi di rischio geneticamente “esogeno” (interamente introdotto dal comportamento imprudente altrui), l’omnicomprensivo “dovere di attenzione” postulato dalla giurisprudenza assume quasi le sembianze di una “dovere di impedimento” dell’evento del tutto privo di appiglio normativo: si è già detto, infatti, che l’utente della strada non ha una posizione di garanzia (in senso tecnico) nei confronti degli altri partecipanti al traffico (nemmeno se pedoni). Certo, nella fenomenologia esaminata l’incidente avviene sempre a causa di un impatto/investimento naturalisticamente cagionato (anche) dell’imputato; tuttavia, se difetta la violazione di una regola cautelare specifica da parte del conducente (“casualmente”) “danneggiante”, la sua condotta “naturalistica” non dovrebbe assumere rilevanza penale; si comprende allora, che aggirare l’ostacolo attraverso il

p. 654. Più in generale, sui rischi di strumentalizzazione dell’individuo connessi alla teoria della colpa come prevedibilità secondo l’agente modello, v. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19 s.

¹¹² Approfonditamente sul punto CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa*, cit.

confezionamento di una imputazione per “mancata attenzione” fa assumere alla condotta contestata una valenza quasi “omissiva” (seppure difetti una posizione “formale” di obbligo *ex art. 40, comma 2, c.p.*).

Considerazioni a parte, invece, meritano i casi di guida in condizione di ebbrezza o sotto l’influenza di sostanze stupefacenti, il cui ben diverso disvalore di azione denota un “disprezzo” per i beni altrui meritevoli di tutela espressivo di grave colpevolezza: infatti, a differenza del rischio connesso alla “promiscuità” tipica dell’attività stradale “di massa”, qui la negligenza non denota una “svista”, magari dovuta a forte stanchezza (in dottrina si fa l’esempio del medico che, affaticato dopo un aver effettuato una delicata operazione chirurgica durata molte ore, nel ripensare all’eseguito intervento non si accorge dello “scatto” della luce semaforica sul rosso, procede oltre e investe un pedone), né si ricollega alla accentuata “deregolamentazione” di fatto che segna questo settore (si pensi ai sorpassi vietati, agli stop “bucati”, alle precedenza non concesse o, ancora, agli attraversamenti fuori dalle apposite strisce)¹¹³.

Piuttosto, la condotta inosservante si sostanzia in una “rottura” conclamata del patto sociale al quale aderiscono, implicitamente, tutti coloro che si mettono alla guida di un autoveicolo¹¹⁴. In effetti, chi si immette nel traffico avendo assunto dette sostanze, note per i loro effetti inibitori sulla concentrazione, in qualche modo “accetta” il rischio connesso della propria condizione di inidoneità, ovvero il pericolo a cui espone la sicurezza altrui. Senza con ciò prendere posizione sulla condivisibilità (o meno) dell’orientamento giurisprudenziale propenso a riconoscere la sussistenza del dolo eventuale in un contesto a base “lecita” – com’è quello stradale – deve quantomeno riconoscersi l’accentuato disvalore impresso alla condotta da una negligenza di questo tipo, che esprime effettivamente un “di più” rispetto alla semplice colpa cosciente¹¹⁵.

¹¹³ L’esempio è di ROIATI A., *L’introduzione dell’omicidio stradale e l’inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2016, p. 13.

¹¹⁴ Così GIUNTA F., *Culpa, culpa, cit.*, p. 23. Analogamente PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 259, che la definisce una «frattura irreversibile del quadro cautelare».

¹¹⁵ Per approfondimenti su questo indirizzo giurisprudenziale, invalso prima della citata riforma v. l’analisi condotta da PISA P., *Incidenti stradali e dolo eventuale: l’evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, n. 12 speciale (“Dolo e colpa negli incidenti stradali”), p. 13 ss.

In dette ipotesi, allora, l'auspicata rivalutazione del "rischio" in chiave normativa, rende più comprensibile l'atteggiamento intransigente della giurisprudenza; un rigorismo, questo, oggi condiviso dallo stesso legislatore, che ha tratto la fenomenologia in parola a oggetto di un'autonoma fattispecie penale dal trattamento sanzionatorio particolarmente severo (cfr. art. 589-*bis* c.p. introdotto dalla legge 25 marzo 2016, n. 41)¹¹⁶.

In pratica, spingendosi a tipizzare le condotte provviste del disvalore necessario a giustificare l'innalzamento (draconiano, in particolare nella soglia minima) di pena, il legislatore ha introdotto una sorta di sotto-sistema differenziato di colpa, la cui finalità è quella di garantire l'apertura delle porte del carcere a una tipologia particolare di "autori" (in specie: i "drogati", gli "ubriachi" e gli "ebberi", cui si affianca anche la figura del "pirata della strada"); una riforma quindi nata "*ad hoc*", per assecondare le richieste sociali di maggior tutela con riguardo a un gruppo di condotte contraddistinte dall'"eccezionale sconsideratezza" dei loro autori: a indiziare questo tratto personologico, appunto, sarebbe la frattura del microcosmo cautelare di riferimento o la previa assunzione di un rischio "illecito" (qual è quello di chi si pone alla guida in condizioni di inidoneità psicofisica).

L'iniziativa della "differenziazione", che non sarebbe biasimevole in quanto tale, lo diventa laddove manchi di coerenza "sotto-settoriale": all'intervento in parola, infatti, si può muovere la critica, non da poco, che le condotte individuate come meritevoli dell'inasprimento sanzionatorio siano del tutto disomogenee quanto a disvalore espresso: in pratica, pur essendo chiara la volontà di colpire un ventaglio ristretto di situazioni eccezionali, la riforma finisce per abbracciare una fenomenologia ampia ed eterogenea di comportamenti "negligenti", contraddistinti dalla presenza di rischi profondamente diversi e, quindi, anche da un grado di anti-socialità di variabile intensità.

¹¹⁶ La riforma ha ricevuto commenti particolarmente negativi dalla prevalente dottrina, per cui v. MANTOVANI M., *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 152 ss.; MASSARO A., *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2016; ROIATI A., *L'introduzione dell'omicidio stradale*, cit.; PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 258 ss. che la ritiene una riforma spinta da «pressioni massmediatiche, portatrici di istanze di "maggior" tutela dinanzi a eventi causati da alcune figure di autore (...) gravate da una diffusa proiezione sociale negativa».

Ne consegue, in sostanza, un risultato diametralmente opposto a quello che qui si intende suggerire: l'affermata necessità di una diversificazione dei modelli di imputazione colposa, infatti, muove dal riconoscimento di un particolare disvalore della condotta "negligente", in virtù del tipo di rischio ad essa correlato; e, perciò, si oppone a una "presa di posizione" legislativa che accomuni ingiustificatamente dei comportamenti espressivi di tipologie di rischio molto diverse tra loro in punto di disvalore.

Basti pensare che, accanto alle citate condotte di guida sotto l'influenza di alcool e di sostanze stupefacenti, viene dato (identico) rilievo: alla condotta di guida a velocità particolarmente elevata (pari o superiore al doppio di quella consentita in un centro urbano e comunque non inferiore a 70 km/h; superiore di almeno 50 km/h a quella consentita su strade extraurbane), a quelle di attraversamento con il semaforo rosso e di circolazione contromano, fino a quella – sensibilmente meno grave – di sorpasso di un altro mezzo in corrispondenza di un attraversamento pedonale o di linea continua (cfr. art. 589-*bis* commi 3, 4 e 5, c.p.).

Se le prime (si pensi all'uso del veicolo per provare l'ebbrezza di una guida veloce e spericolata) sono appunto sintomatiche di una "personalità colposa", ovvero di un atteggiamento di profondo "sprezzo" per i beni altrui meritevoli di tutela, e si pongono quasi a mezza via tra il dolo eventuale e la colpa cosciente – sulla falsariga dell'istituto della "sconsideratezza" (c.d. *recklessness*) del diritto inglese o dell'elemento soggettivo considerato dalla c.d. *Mise en danger de la vie d'autrui*, di cui all'art. 223-1 del codice penale francese; una fattispecie anticipativa che punisce la messa in pericolo "immediata" dell'altrui incolumità, da parte di chi abbia deliberatamente violato una preesistente regola di prudenza – lo stesso non potrebbe dirsi delle ultime.

Le condotte di attraversamento con il rosso o di sorpasso vietato, infatti, non sembrano imprimere sul fatto quella "frattura" conclamata del quadro preventivo connessa alla "sconsideratezza" dell'autore; non sembrano incontrovertibilmente sintomatiche di una personalità "pericolosa" analoga a quella dell'"ubriaco", del "drogato" o del "pirata della strada" (un soggetto, ad esempio, che guida per chilometri contromano in autostrada). È ben possibile (anzi frequente), infatti, che il rischio ad esse associato non venga attivato "temerariamente"; ben potendo, invece, essere anche

l'esito, del tutto involontario, della stanchezza o di una momentanea distrazione (emblematico è il passaggio con il rosso), oppure della (non certo legittimabile, ma purtroppo molto frequente) deregolamentazione che affligge la prassi del settore (si pensi, appunto, al citato sorpasso in corrispondenza della linea continua).

Infrazioni, quindi, sintomatiche del "tipo" di conducente "comune" (piuttosto che di una delle categorie di "autori" bersagliate dalla riforma), alle quali non era mai stata associata una sfumatura di particolare disvalore, ma che, anzi, hanno da sempre goduto di un trattamento "benevolo" in virtù della loro natura intrinsecamente "relazionale"¹¹⁷; ovverosia, in ragione del tipo di rischio, "diffuso" e "democratico", che le connota¹¹⁸. Anche la funzione delle relative cautele – che, lo si è detto, è quella di arginare il potenziale di offesa relativo all'interferenza dell'azione altrui – è quindi ben diversa dalla *ratio* preventiva che anima le precedenti; le quali sono orientate, invece, a ridurre i fattori di pericolo di una specifica condotta di guida pericolosa (perché eccedente i limiti di velocità, perché intrapresa in condizioni inidonee ecc.), a prescindere dal suo coordinamento con l'agire degli altri utenti.

Tuttalpiù, la temerarietà presa di mira dal legislatore si potrebbe riscontare in caso di inosservanza deliberata (quindi, volontaria e pienamente dolosa) di qualcuna di queste regole, purché integrativa di una rottura evidente del quadro normativo (valga l'esempio di cui sopra del conducente che procede "dolosamente" in contromano in autostrada; a questo può accostarsi anche la condotta di chi procede deliberatamente a velocità elevatissima per provare il "brivido" della guida spericolata e non accenna a rallentare nemmeno in prossimità delle strisce pedonali).

Può dunque ritenersi fondata la sensazione che la riforma in parola, animata da chiari intenti "populistici", abbia voluto colpire con particolare severità – peraltro irragionevole e sproporzionata non solo al suo interno, con riguardo ai diversi "tipi" di colpa che vi sono accorpati, ma anche al suo esterno, con riguardo ad altre fattispecie astratte: lampante è l'incongruenza tra la pena prevista per l'omicidio colposo comune

¹¹⁷ Il riferimento alla "benevolenza" del trattamento va alle lesioni personali colpose connesse alla violazione delle norme in materia stradale che, in linea di massima, sono di competenza del giudice di pace, dunque punite con pena non detentiva.

¹¹⁸ Così PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 260, che li definisce autori «anonimi», le cui condotte hanno meritato al settore la «coloritura ideologicamente neutra e relazionale» che da sempre lo connota. Per una valorizzazione delle differenze intercorrenti tra queste due "tipologie" di condotte colpose (e tra le relative regole cautelari) v. già GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 158 s.

e quella, superiore, associata alle lesioni colpose aggravate – una specifica categoria di “autori” ma, nel voler fare troppo, abbia finito per colpire anche chi tale “autore” non è¹¹⁹.

Non solo: la creazione di questo modello “differenziato” di colpa può criticarsi anche in sé e per sé (ovvero, anche rispetto alle categorie tipologiche di “autori” colpite) perché è stata guidata dalla valorizzazione di un disvalore soggettivo/“personologico” (indirizzato su un tipo specifico di autore per via della sua “personalità”); piuttosto che, come sarebbe invece auspicabile in via generale, dalla rivalutazione del disvalore di condotta.

5.2. *Segue: all’espansione senza limiti del dovere di vigilanza e controllo*

Analoghe tendenze “paternalistiche” si registrano, con evidenza ancora maggiore, nel settore della sicurezza sui luoghi di lavoro: in questo, per ragioni di contesto (legate al rapporto di dipendenza/supremazia che lega le parti coinvolte, ovvero alla vulnerabilità del titolare del bene minacciato) dunque attinenti al *tipo di rischio* che vi è insito (che grava sulla parte “debole”, da cui però non dipende direttamente, né è da questa dominabile, a vantaggio esclusivo della parte “forte”), si registrano ancora difficoltà a rinunciare (o quanto meno a razionalizzare) alla vocazione espansiva e promozionale della colpa generica ricostruita secondo una logica predittiva¹²⁰.

In pratica, prima ancora che a livello giuridico, le rigidità nell’accertamento della responsabilità datoriale trovano spiegazione nel particolare atteggiarsi del sentire sociale, meno disposto a sopportare la realizzazione di eventi lesivi riconducibili alle scelte decisionali e organizzative di coloro che traggono un utile economico da quelle attività, piuttosto che alla consapevole esposizione al rischio da parte di coloro che li

¹¹⁹ Le condivisibili critiche sono di PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit. p. 259 s., per cui, non solo «la ‘parte’ (i tipi di autore) assorbe il ‘tutto’ (colpisce, cioè, anche chi tipo di autore non è)», ma «non sempre si è in presenza di un rischio sconsideratamente attivato». Per un’altra voce critica v. PICCIONI F., *Molte incongruenze che rischiano la scure della Consulta*, in *Guida al diritto*, 2016, n. 16, p. 51 ss.

¹²⁰ Per una dettagliata analisi della tendenza in questo settore v. essenzialmente, MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., *passim*.

patiscono¹²¹. A maggior ragione se si considera che questi ultimi sono soggetti “doppiamente” subordinati: prima in termini economico-sociali, in virtù del proprio rapporto di lavoro, e poi perché “obbligati” a delegare ad altri la gestione di un rischio li interessa in prima persona¹²².

La presenza di un siffatto un orientamento “pre-comprensivo” – che chiama in causa la colpa generica in funzione “suppletiva” o “migliorativa” – può scorgersi in diversi “luoghi” del sistema prevenzionistico e trova “sponda” nell’ampia posizione di garanzia configurata in capo al datore di lavoro, oltre che un facile appiglio normativo nella clausola di cui all’art. 2087 c.c., se ritenuta espressiva della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”.

A differenza del settore stradale, generalmente privo di posizioni di questo tipo, il datore di lavoro è senza dubbio costituito “garante della salute e della sicurezza” dei lavoratori e, come tale, può essere chiamato a rispondere anche per omesso impedimento dell’evento, *ex artt.* 2087 c.c. e 40, comma 2 c.p.¹²³. Dal rivestire il datore di lavoro una posizione di questo tipo, alcune sentenze hanno espressamente desunto l’esito interpretativo per cui il principio di affidamento non avrebbe alcun margine di operatività¹²⁴.

Identificato dalla normativa vigente come il principale debitore di sicurezza dell’impresa, il datore di lavoro è effettivamente gravato di un’ampissima gamma di obblighi preventivi, finalizzati a eliminare o ridurre i rischi per la salute dei lavoratori¹²⁵: come già evidenziato, accanto agli obblighi cautelari di natura modale-tecnica, attinenti al momento esecutivo dell’attività e volti a disinnescare rischi

¹²¹ DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima*, cit., p. 51.

¹²² Così PALAZZO F., *Causalità e colpa*, cit., p. 1231.

¹²³ Sul punto v. MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit., p. 208 s., per cui l’art. 2087 c.c. rappresenta, oggi come in passato, il referente normativo su cui fondare un obbligo di protezione a carico del datore che è suscettibile di innescare l’operatività della clausola di equivalenza normativa tra cagionare e non impedire l’evento. Dello stesso avviso, *ex multis* PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, fasc. 4, p. 178 ss. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 2143, in *Riv. pen.*, 2009, fasc. 5, p. 565.

¹²⁴ Sul punto criticamente BISACCI M. C., *Il principio di affidamento*, cit., p. 201 ss. In giurisprudenza esplicita chiaramente questa conclusione già Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 1999, Grande, in *CED Cass.*, n. 214997, che ha negato al datore di lavoro la possibilità di invocare a propria scusa il principio di affidamento, in ragione dell’imprevedibilità dell’operare (negligente) del lavoratore; posto che, appunto, non opererebbe (in radice) nelle situazioni in cui sussiste una posizione di garanzia.

¹²⁵ Il Testo Unico definisce “datore di lavoro” chi ha la responsabilità dell’organizzazione ed esercita poteri decisionali e di spesa (art. 2, comma 1, lett. b), d. lgs. 81/2008).

“puntiformi”, il dovere di diligenza a suo carico contempla anche una serie di compiti *lato sensu* organizzativi, prodromici allo svolgimento dell’attività (come il dovere di valutazione del rischio *ex artt.* 17, 28 e 29 d.lgs. 81/2008 e il dovere di prevenzione informativa e formativa del lavoratore di cui agli artt. 18 lett. 1), 36 e 37 del medesimo decreto) ovvero contestuali allo stesso (come il dovere di vigilanza e controllo *ex art.* 18, comma 3-*bis*)¹²⁶. Con una precisazione: il datore di lavoro non è l’unica figura gravata da una posizione di garanzia c.d. di controllo, tale per cui il garante ha il dovere giuridico di impedire tutti gli eventi lesivi dei beni giuridici altrui che siano esposti alle fonti di pericolo (quali sostanze, materiali o macchinari pericolosi) sulle quali egli abbia un potere di signoria, organizzazione e controllo.

È bene tenere presente, infatti, che la normativa vigente enuclea una serie di posizioni di garanzia a carico di una pluralità di soggetti, tutti gravati da obblighi di sicurezza e provvisti di diversi poteri dispositivi e di organizzazione sulle fonti di pericolo (oltre al datore si pensi ai dirigenti e al c.d. preposto, di cui agli artt. 2, comma 1, lett. d) ed e), 18 e 19). Nell’organigramma complesso del sistema prevenzionistico, ciascuno di essi si vede assegnato un potere-dovere giuridico sulle fonti di rischio declinato diversamente a seconda delle funzioni, delle competenze e dei poteri che gli sono conferiti (cfr. artt. 18, 19 e 299 d.lgs. 81/2008).

Nessun automatismo, dunque, nel riconoscere una responsabilità omissiva *ex art.* 40, comma 2, c.p. in capo al garante: infatti, dalle norme richiamate si desume, da un lato, la necessità di accertare la presenza di un effettivo potere impeditivo in corrispondenza di ciascun obbligo – tanto è vero che tra i garanti trova espressa menzione anche colui che, privo di formale investitura, eserciti di fatto poteri direttivi (cfr. il richiamato art. 299) – dall’altro lato che, alla luce del tessuto normativo complessivamente inteso, oltre ai soggetti espressamente menzionati anche altri

¹²⁶ In tema PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, Jovene, 2012, p. 53 ss. nonché GROTTI M., *Obblighi di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, Nota a Trib. Piacenza, sent. 25 maggio 2012 (dep. 8 agosto 2012), n. 592 e Trib. Forlì - sez. Cesena, sent. 23 maggio 2011 (dep. 18 agosto 2012), n. 480, in www.penalecontemporaneo.it, 25 settembre 2012.

possono ritenersi gravati da una posizione di garanzia (in dottrina si segnalano, ad esempio, il fornitore, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, il progettista ecc.)¹²⁷.

Da che, anche l'impossibilità di fondare un addebito per omesso impedimento dell'evento *ex art. 40, comma 2, c.p.* limitandosi a richiamare, a base dello stesso e senz'altra precisazione, l'ampia clausola di cui all'art. 2087 c.c., che pure costituisce, per opinione condivisa, la fonte costitutiva "originaria" della posizione di garanzia datoriale¹²⁸. Si è già detto, infatti, dell'estrema generalità degli obblighi che vi sono sanciti, comprensibile (e accettabile) se si muove nel contesto del diritto privato, necessaria di ben altra specificazione quando si tratta di determinare la condotta *tipica*, rilevante in sede penale (come imposto dal principio di tassatività-frammentarietà *ex art. 25, comma 2, Cost.*). Nel caso di reati omissivi impropri, poi, non è certo sufficiente fondare una responsabilità che sia "personale" su una norma che si limita a prescrivere obblighi generici, senza individuare i poteri (giuridici) impeditivi di ciascun garante; al contrario, per delimitare i contorni della posizione di garanzia è necessario riferirsi alle fonti ulteriori del sistema che precisano la sfera dei poteri-doveri di ognuno di essi (come appunto la normativa di settore, cfr. gli artt. 18 e ss., del d.lgs. 81/2008, le disposizioni del codice civile relative alle attribuzioni dell'imprenditore, ma indicazioni sui compiti e poteri di ciascuno sono desumibili anche dalle discipline di organizzazione aziendale ecc.)¹²⁹. Un'operazione di perimetrazione della posizione di garanzia e di chiarimento del suo contenuto che, adottando una logica normativa, è da ritenersi logicamente precedente all'indagine sul contenuto del dovere di diligenza¹³⁰.

Come già accennato, poi, nel quadro tratteggiato non può non considerarsi il riconoscimento di un ruolo non più meramente passivo del lavoratore, il quale – se certo non può ritenersi gravato di veri e propri obblighi impeditivi, sprovvisto com'è

¹²⁷ Così LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., p. 107 ss., spec. p. 109 s.

¹²⁸ Così, tra i tanti, MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit. p. 209; LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 111 s.

¹²⁹ Approfonditamente LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 112 ss.

¹³⁰ In argomento, con specifico riguardo al settore medico e, più in particolare, alla posizione dello psichiatra, si vedano le considerazioni di CUPELLI C., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2014, p. 225 ss. e, più di recente ID., *La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, fasc. 3, p. 370 ss.

di poteri di signoria sui fattori di rischi circostanti, e tantomeno di poteri di vigilanza o di intervento sui comportamenti dei colleghi – è comunque tenuto a rispettare una serie di obblighi che ne fanno un soggetto “attivo” e auto-responsabile, anch’egli chiamato a collaborare in vista della salvaguardia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Tra questi, possono ricordarsi l’obbligo di attivarsi di fronte all’insorgenza di una situazione di pericolo *ex art. 20, comma 2, lett. e*), oppure l’obbligo di (mera) segnalazione delle deficienze dei dispositivi, dei mezzi o di altre situazioni di pericolo in sua conoscenza *ex art. 20, comma 2, lett. e*)¹³¹. Egli ha, inoltre, il compito di attenersi alle direttive ricevute e alle istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti ai fini della protezione tanto individuale che collettiva; deve eseguire con dirigenza i propri compiti, utilizzando in modo corretto le attrezzature, i mezzi, le sostanze pericolose, nonché i dispositivi cautelari messi a sua disposizione, senza spingersi – di propria iniziativa – a compiere manovre che esulano dalle proprie competenze e mettono a repentaglio l’incolumità propria e altrui (cfr. art. 20, comma 2, lett. b)-g), D. Lgs. n. 81/2008).

Trattasi di regole cautelari la cui trasgressione può: essere autonomamente punita tramite reati puramente omissivi (cfr. art. 59, comma 1, lett. a)); rilevare nel caso in cui dalla suddetta violazione colposa conseguano evento lesivi nei confronti di terzi; ma, per quanto qui più interessa, i difetti di collaborazione del lavoratore possono (o meglio dovrebbero) assumere un peso rilevante anche per escludere che da alcune condotte negligenti auto-lesive dello stesso consegua (quasi in automatico) la responsabilità del garante (spesso per una *culpa in vigliando* concepita in termini omnicomprendivi).

Detto altrimenti, un’attenzione maggiore a queste violazioni – distinguendo tra negligenze del lavoratore indipendenti dalle forme organizzative e di controllo (o addirittura espressive di un rischio “elettivo” in senso giuslavoristico¹³²) e mancanze

¹³¹ Sul punto v. LEONCINI I., *L’obbligo di impedire l’infortunio*, cit., p. 110 ss.

¹³² La teoria civilistica in parola definisce “elettivo” il rischio, completamente avulso dalla normale attività lavorativa, pur latamente intesa (come tale estraneo alla “occasione di lavoro”), dipeso, invece, da un comportamento abnorme, volontario ed arbitrario del lavoratore, volto a soddisfare esigenze personali indipendenti dal contesto lavorativo. Queste condotte, diversamente dai casi di infortunio caratterizzati da grave negligenza della vittima, non escludono solo la responsabilità datoriale per violazione dell’art. 2087 c.c., ma anche la possibilità da parte del lavoratore infortunatosi di conseguire l’indennizzo dall’INAIL. In argomento *ex multis*: BUSNELLI F., *In tema di c.d. “rischio elettivo” negli infortuni sul lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1965, II, p. 406 ss.; FONTANA A., *Rischio professionale*

invece espressive di carenze in senso lato “organizzative” o dipendenti dalle condizioni di lavoro, queste a carico del garante – servirebbe a dar corpo, all’interno di una colpa sempre più “relazionale”, a una “tipicità passiva” altrimenti del tutto depotenziata¹³³; con evidenti ripercussioni, si vedrà, anche rispetto alla tenuta del principio di sussidiarietà della tutela penale rispetto ad altre forme (meno invasive) di tutela previste dall’ordinamento (*in primis* quella civilistica).

Alla luce di queste brevi considerazioni è ora possibile portare a galla le diverse situazioni in cui una colpa, in fondo “generica”, ancora incardinata sulla mera prevedibilità-evitabilità dell’evento, viene ad innestarsi all’interno di un sistema fortemente “positivizzato”, che lascia invece sottintendere l’intenzione legislativa di perimetrare con maggior precisione l’area di rischio consentito, dunque il “debito di sicurezza” pretendibile da ciascuno dei diversi soggetti coinvolti.

In primis, in maniera simile a quanto accade in materia stradale, anche in questo settore si registra una scarsa propensione a ritenere operativo il principio di affidamento; un rigorismo, questo, in parte certamente condivisibile, del quale sono però stigmatizzabili alcuni estremi, cui talvolta conseguono vere e proprie “derive paternalistiche”¹³⁴.

e rischio elettivo nell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni, in *Nuovo dir. agr.*, 1998, p. 90 ss.; SCUDLER P., *Infortunio, occasione di lavoro e rischio elettivo. Un caso di mala gestio dei principi da parte della Corte di Cassazione*, in *il Giurista del Lavoro*, 2007, fasc. 3, p. 27 ss. In ambito penalistico dà rilevanza al concetto, essenzialmente, MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., *passim*, spec. p. 335 ss.

¹³³ Sulla valenza “relazionale” della colpa, in particolare CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa*, cit., p. 9 ss. In ambito penalistico cfr. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento*, cit., *passim*; DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima*, cit. p. 399 ss.; CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 343 ss. e *passim*, nonché ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G., Napoli, Jovene, 2011, p. 826 s.; CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 321 ss., p. 330 ss.; GROTTI M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 7 ss.; PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 109 ss.; MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., *passim*, spec. p. 352 sulla «natura intrinsecamente relazionale» di certi obblighi cautelari e p. 357 s. per la distinzione tra negligenze indotte da carenze organizzative e negligenze indipendenti da queste. Da ultimo, in argomento, ancora DI GIOVINE O., *L’autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in www.legislazionepenale.eu, 13 maggio 2019.

¹³⁴ In tema, cfr. VOLPE G. P., *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, nota a Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 1993, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 101; GIOVAGNOLI R., *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, nota a Cass. pen., 22 ottobre 1999, n. 12115, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 990; e, più recenti, BELLINA M., *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell’infortunio sul lavoro: una timida apertura*, nota a Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1013; PERIN A., *Colpa penale relazionale*, cit., p. 105 ss.

Vale la pena notare sin da subito che anche, in questo ambito, la valutazione circa l'incidenza delle condotte imprudenti dei lavoratori sul giudizio di responsabilità del garante viene di regola trattata ed esaurita sul piano della causalità: in genere, si esclude che il comportamento della vittima possa assurgere a concausa da sola sufficiente a cagionare l'evento ex art. 41, comma 2, c.p., mentre l'eventuale richiamo al principio di affidamento, puramente formalistico, serve solo ad confermare l'impossibilità da parte del datore di invocarlo¹³⁵. «Solo una condotta abnorme, eccezionale, esorbitante del lavoratore» potrebbe escludere il nesso di causalità: per sondare questa eccezionalità – raramente riscontrata – si ricorre però allo stesso criterio (dell'imprevedibilità o meno) tradizionalmente impiegato per accertare la responsabilità colposa¹³⁶. Per cui, da un lato, l'art. 41, comma 2, c.p. è privato di qualsivoglia capacità selettiva e, dall'altro, il ricorso alla prevedibilità, unito all'impiego dell'art. 2087 c.c. – in veste di fonte della posizione di garanzia e, insieme, delle regole cautelari doverose – non consente quasi mai di escludere la responsabilità del garante¹³⁷.

A venire in rilievo sono, anzitutto, gli addebiti – particolarmente frequenti – per mancata informazione, formazione e addestramento del lavoratore: obblighi appunto pre-modali e prodromici al concreto esercizio dell'attività lavorativa, la cui violazione è però suscettibile di porsi in rapporti di stretta consequenzialità con l'evento lesivo occorso al lavoratore non sottoposto a debita formazione¹³⁸.

¹³⁵ Sono molte le voci critiche sul punto, tra cui v. ROIATI A., *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, nota a Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 7-8, p. 2867 ss. Ritiene più corretto collocarla sul piano della ricostruzione della regola cautelare, sul piano della dimensione oggettiva della colpa, GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 8 ss. (spec. nota n. 33); analogamente PERIN A., *Colpa penale relazionale*, cit., p. 112 ss. In tema v. anche le argomentazioni diffuse di MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva de lavoratore*, cit., p. 338 ss.

¹³⁶ Lo conferma il fatto che, nei rari casi in cui si afferma l'abnormità della condotta del lavoratore, l'assoluzione non si è realmente fondata sull'assenza del rapporto eziologico tra la condotta del garante e l'evento, ma bensì sulla radicale assenza di qualsivoglia violazione cautelare da parte dello stesso. Tra le tante v. Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 2011, n. 42021, in *olympus.uniurb.it*.

¹³⁷ Sul ruolo decisivo giocato dall'art. 2087 c.c. v. LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 116 ss. In giurisprudenza, per un richiamo generico all'art. 2087 c.c. v. Cass. pen. sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 4123, in *Cass pen.*, con nota di STRATA; Cass. pen., csez. IV, 4 luglio 2006, Civelli, in *CED Cass.*, n. 235368.

¹³⁸ Per una definizione delle tre diverse operazioni v. art. 2, comma 1, lettere aa), bb) e cc) del d. lgs. 81/08. Per un approfondimento sui doveri informativi e formativi del datore di lavoro v., tra i tanti GROTTO M., *Obblighi di informazione e formazione*, cit.

Ovvero, se un lavoratore – proprio perché non adeguatamente informato, formato e addestrato sui rischi presenti in ambito lavorativo e sui rischi c.d. specifici, legati all'utilizzo di un certo macchinario, di un dispositivo o di altro mezzo pericoloso, quindi incapace di usarlo in sicurezza – subisce un evento (auto-)lesivo adoperandolo, di questo potrà certamente rispondere anche il datore di lavoro per mancato impedimento dell'evento; *rectius*, per non aver posto in essere adeguati programmi di formazione/addestramento, che avrebbero consentito alla vittima di rispettare le regole cautelari modali relative al rischio occorso. Il loro scopo “pre-cautelare”, infatti, è proprio quello che di mettere il sottoposto nella condizione di utilizzare diligentemente e in modo sicuro determinati dispositivi, mezzi o sostanze, ovvero dotarlo delle conoscenze e abilità necessarie per entrare in contatto le fonti di pericolo presenti in ambito lavorativo, in maniera tale da non provocare danni a sé stesso o ad altri. Né la responsabilità datoriale potrebbe escludersi per il solo fatto che il macchinario impiegato fosse effettivamente dotato dei prescritti dispositivi di sicurezza, o che il lavoratore fosse fornito dei dispositivi di sicurezza individuali richiesti dalla legge.

In questi casi, infatti, ciò che si rimprovera al datore di lavoro non è la mancata predisposizione di adeguati sistemi di protezione, ma il fatto di non aver fornito al lavoratore addetto a maneggiarli le prescritte istruzioni di sicurezza, ovvero di non averlo edotto dei rischi che vi erano insiti e/o non averlo addestrato a impiegarli in protezione. Ciò che importa, inoltre, non è la forma di somministrazione delle informazioni obbligatorie o delle attività pratico-educative prescelta dal garante (il legislatore ha omesso di tipizzarla espressamente), ma che siano “adeguate” allo scopo (un “criterio di effettività” codificato all'art. 37 comma 1 del T.U.). Per cui, laddove intenda adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle abitualmente svolte, va da sé che il datore sia comunque tenuto a ripetere la formazione in relazione ai rischi connessi a questi diversi compiti. Un dovere di prevenzione informativa e formativa comprensibilmente esigente, ma che, una volta correttamente espletato, dovrebbe permettere al datore di lavoro di confidare sulla corretta esecuzione dei compiti spettanti al dipendente¹³⁹; ciò non significa, ovviamente, che il datore di lavoro possa

¹³⁹ L'obbligo informativo non potrebbe, ad esempio, ritenersi assolto con la sola consegna di un manuale di sicurezza contenente norme generali di comportamento (cfr. Cass. pen., sez. IV, n. 41997 del 2006,

poi completamente disinteressarsi, egli deve, invece, ripetere periodicamente la formazione «*in relazione all'evoluzione dei rischi o all'insorgenza di nuovi rischi*» (cfr. art. 37, comma 6, cors. nostro), come accadrebbe ad esempio in caso di introduzione di nuove attrezzature, tecnologie e sostanze pericolose.

Alla luce di quanto detto, possono dunque stigmatizzarsi: da un lato, la tendenza a ritenere l'evento auto-lesivo occorso come una prova *in re ipsa* dell'insufficiente formazione o di un difettoso addestramento, foriera di una responsabilità “da mera posizione”. Si pensi ai casi in cui si è giudicata insufficiente l'attività informativa-formativa svolta dal datore di lavoro, svalutando la circostanza per cui i lavoratori fossero dotati di una consistente esperienza pregressa¹⁴⁰. Un'insuperabile “presunzione di inadeguatezza”, questa, che potrebbe evitarsi solo operando il giudizio alla stregua di una prognosi postuma a base parziale (quindi in ottica *ex ante*), facendo emergere i motivi per cui le conoscenze e le esperienze pregresse dei lavoratori o i corsi effettivamente impartiti da datore di lavoro non siano sufficienti a produrre un effetto liberatorio¹⁴¹.

Criticabile, invece, limitarsi a fondare una colpa, per giunta ritenendola “specificata”, sulla violazione dell'obbligo formativo genericamente richiamato¹⁴²: la pura trasgressione della regola pre-modale in parola, peraltro già autonomamente sanzionata dalla relativa fattispecie contravvenzionale (di pura condotta), non può però servire, da sé sola, come base normativa per una colpa “d'evento”, senza che venga

cit.), o attraverso semplici “istruzioni” sull'uso di macchine e sulle cautele da adottarsi (cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 2006, n. 14175, in *ISL*, 2006, n. 8, p. 493). A favore dell'operatività del principio di affidamento, una volta che l'obbligo in parola sia stato adeguatamente adempiuto, cfr. GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 5.

¹⁴⁰ Cfr. in tal senso, Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2016, n. 22147, in *olympusuniurb.it*, ma già Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2011, n. 11112, in *CED Cass.*, n. 252729, che per questo ha ribaltato una doppia assoluzione nel merito; Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 2004, n. 14875, in *ISL*, 2004, n. 8, p. 507; in tal senso anche Cass. pen., sez. IV, 2 febbraio, 2006, n. 4161, in *ISL*, 2007, n. 6, 341, nonché Cass. pen., sez. IV, 26 luglio 2002, n. 28791, in *ISL*, 2002, p. 573.

¹⁴¹ Ritiene di dubbia determinatezza (alla stregua dei canoni che valgono nel diritto penale) la locuzione per cui la formazione richiesta è quella “sufficiente e adeguata”, MICHELETTI D., *I reati sulla gestione del rischio lavorativo ordinario*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., p. 260.

¹⁴² Pare affetta da questo vizio Cass. pen., sez. IV, 02 ottobre 2015, n. 39765, in *olympusuniurb.it*, che si limita richiamare quasi “*ad colorandum*” il difetto di informazione/formazione senz'altro dire in proposito.

indicata la specifica regola modale, concretamente violata dal lavoratore, che una formazione professionale adeguata gli avrebbe, invece, consentito di rispettare¹⁴³.

Dall'altro lato e soprattutto, la ricorrente affermazione per cui la colpa concorrente del lavoratore non farebbe venire meno la responsabilità del garante, nemmeno quando questi abbia fornito ai dipendenti tutte le istruzioni di sicurezza "adeguate" prescritte dalla legge: una volta adempiuto l'ampio dovere informativo, si dice, questi sarebbe comunque tenuto sincerarsi che il lavoratore si attenga alla normativa prevenzionistica e alle istruzioni ricevute; per cui, solo comportamenti abnormi, ossia assolutamente eccezionali e imprevedibili, del lavoratore potrebbero esonerarlo da una responsabilità per *culpa in vigilando*, spesso supportata dal generico richiamo all'art. 2087 c.c. a darle una qualche parvenza normativa; in effetti, la sussistenza della trasgressione cautelare sembra piuttosto desunta dal semplice realizzarsi dell'evento, mentre l'individuazione della regola specificamente violata dal garante, o viene fatta meccanicamente coincidere con una trasgressione qualsiasi, senza alcuna attenzione allo "scopo" della norma violata, quindi al tipo di rischio che mirava a prevenire, oppure manca e viene nuovamente in soccorso l'ampia clausola di cui all'art. 2087 c.c.¹⁴⁴.

Basti pensare al caso del lavoratore feritosi mentre stava eseguendo la pulizia della macchina per la lavorazione del legno (c.d. scorniciatrice): la responsabilità omissiva del legale rappresentante della società, per violazione della norma "specificata" sulla formazione dei lavoratori e per colpa generica *ex art. 2087 c.c.*, era stata esclusa dai giudici di appello perché la macchina era risultata conforme alle norme di sicurezza e perché il lavoratore stesso, addestrato "sul campo", aveva ammesso di conoscere i due comandi di sicurezza, molto semplici, da utilizzare per scongiurare infortuni come quello verificatosi (e cioè l'apertura del cofano per fermare le linee di guida, ovvero le

¹⁴³ Sul punto v. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss. e CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 21 ss. Così anche MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 11 s., che aggiunge che nel caso delle regole è pre-modali non riescano nemmeno a funzionare i criteri d'imputazione dell'evento (come ad esempio il giudizio sull'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito). In linea, seppur partendo dalla concezione classica della colpa, GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 12 s.

¹⁴⁴ Tra le tante voci critiche in dottrina v. PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., *passim* (sull'impiego dell'art. 2087 c.c. v. in partic. § 4) e ID., *Colpa e attività produttive*, cit., p. 400; LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 116 ss. e p. 122 ss., nonché più di recente PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

ruote, e soprattutto il pulsante di emergenza, che, se premuto, avrebbe fermato le frese che avevano causato l'incidente); la formazione era dunque da ritenersi “effettiva”, né era stata dimostrata una prassi tollerante nell'intervenire imprudentemente (ovvero, senza arrestare il movimento delle frese), tale da giustificare una eventuale *culpa in vigilando* del datore.

Viceversa, i giudici di legittimità hanno colto l'occasione per ricordare che anche «ammesso che vi sia stata informazione [...] ciò che appare essere mancato del tutto è il *controllo sull'osservanza da parte del lavoratore delle norme antinfortunistiche*», controllo che deve essere «*continuo e pressante* per imporre che i lavoratori rispettino la normativa e *sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi*»¹⁴⁵.

A questo, è analogo l'orientamento per cui la colpa del lavoratore non è capace di liberare il datore essendo lui «*garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore*», anche se adeguatamente formato¹⁴⁶: «la normativa antinfortunistica mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore» anche dai rischi «che possono scaturire dalla sue stesse disattenzioni, imprudenze o disubbidienze alle istruzioni o prassi raccomandate, purché connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa»¹⁴⁷; da che, nessuna possibilità di confidare sul corretto adempimento, né da parte del lavoratore, ma nemmeno da parte di altri soggetti, anche esterni all'organizzazione dell'impresa, gravati a loro volta di obblighi di sicurezza. Si pensi all'impossibilità di confidare sulla resistenza o l'idoneità all'uso di un macchinario provvisto del marchio C.E., dovendosi invece sempre controllare che il costruttore o il venditore si siano allineati alle regole della migliore tecnica¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre 2008, n. 39888, in *www.olympus.uniurb.it* (cors. nostro).

¹⁴⁶ Equiparabile a responsabilità oggettiva (se non “per fatto altrui”) è la *culpa in vigilando* riconosciuta in capo al presidente del C.d.a. di una società per la morte dell'operaio, correttamente istruito e specializzato, precipitato dalla tromba delle scale per aver eliminato di sua sponte la staffa di protezione (cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2009, n. 37467, che si è limitata a richiamarne la posizione di garanzia estesa alla correttezza dell'agire del lavoratore).

¹⁴⁷ Tra le tante: Cass., pe., sez. IV, 27 marzo 2009, n. 18998, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p.1640.

¹⁴⁸ Tra le più recenti cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 ottobre 2019, n.6566, in *Guida al diritto*, 2020, fasc. 15, p. 77 e in *DeJure*. In dottrina critici sul punto: MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 341 ss.; LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 116 (v. nota n. 9 per una giurisprudenza meno recente).

Peraltro, anche il cenno alla connessione con l'attività lavorativa, per cui potrebbe ritenersi "abnorme" il comportamento del soggetto che esorbita dal procedimento lavorativo, dalle direttive ricevute o dalle «*mansioni rientranti nei propri compiti*», è sconfessato da una serie di pronunce che hanno ritenuto la disubbidienza, il comportamento autolesionistico tenuto nello svolgimento di mansioni diversi dalle proprie, o perfino l'assunzione di un rischio "elettivo", insufficienti a fondare l'"eccezionalità"¹⁴⁹. Ciò a conferma degli ampi margini di discrezionalità lasciati all'interprete nella ricostruzione della colpa (generica) basata sul criterio della prevedibilità (qui di "imprevedibilità/eccezionalità" della condotta del dipendente).

Certo, oltre a garantire una corretta informazione e un esatto addestramento, al datore di lavoro vengono attribuiti anche un serie di obblighi "organizzativi" ulteriori: tra questi, l'accennato dovere preventivo di valutazione del rischio e, per quanto ora interessa, il compito di vigilare e verificare il rispetto da parte dei lavoratori delle norme antinfortunistiche. Tutto, però, sempre nei limiti del buon senso e tenendo conto della normativa vigente, che distingue le diverse figure di garanti sulla base delle funzioni svolte e dei poteri a ciascuno attribuiti.

Criticabile, allora, è il richiamo a una posizione di garanzia omnicomprensiva, senza domandarsi se il datore avesse un dovere (e poi ovviamente un potere) di agire a impedimento dell'evento, e senza indicare la regola cautelare disattesa, che fosse effettivamente rivolta a disinnescare il tipo di rischio poi concretamente verificatosi¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Per un caso di disubbidienza v. da ultimo Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2019, n. 27787, in *Guida al diritto*, 2019, fasc. 32, p. 69 e in *DeJure* (cors. nostro), nonché Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2019, n. 18326, in www.olympus.uniurb.it, per cui «anche il comportamento del lavoratore che abbia disapplicato elementari norme di sicurezza non può considerarsi eccentrico o esorbitante dall'area di rischio propria del titolare della posizione di garanzia»; ma gli esempi sarebbero moltissimi (cfr. tra i tanti altri Cass. pen., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 22247, in olympus.uniurb.it; Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2009, n. 37467, in olympus.uniurb.it). Per un caso di negligenza nello svolgimento di mansioni diverse v. Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 15009, in *CED Cass.*, n. 243208. Per un caso eclatante di responsabilità del garante per rischio "elettivo" v. Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 2013, n. 38129, in *CED Cass.*, n. 256417, per cui il fatto che il lavoratore stesse operando in stato di abbrezza alcolica (peraltro elevata) non è una condotta idonea ad interrompere il nesso causale; anzi la condotta maldestra o confusionale che ne consegue è un comportamento imprudente che rientra tra quelli per fronteggiare i quali è posto l'obbligo prevenzionistico in capo al datore. Sul punto v. anche l'ampia ricostruzione giurisprudenziale di MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 323 ss.; nonché la giurisprudenza citata da GROTTO M., *Obbligo di formazione e informazione*, cit., p. 8, nota n. 33.

¹⁵⁰ Sul punto v. LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 118 s., nonché PIVA D., *La responsabilità "del vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, Jovene,

Ad esempio, non potrebbe non considerarsi il diverso atteggiarsi del dovere di controllo del datore di lavoro “apicale” (controllo c.d. generale sulla “adeguatezza della sicurezza aziendale”) rispetto al dovere di sorveglianza gravante sul c.d. preposto durante la fase operativa. In pratica, la *culpa in vigilando* del datore può affermarsi quando l’infortunio sia il riflesso della violazione del sistema *organizzativo* di controllo, non invece di un obbligo *materiale* di vigilanza; a meno che, ovviamente, egli non fosse venuto a conoscenza (grazie a concreti segnali di allarme da indicare in sentenza) della “negligenza auto-cautelare” del lavoratore, di una prassi contraria a diligenza tollerata dal preposto, oppure della scarsa vigilanza operata dallo stesso¹⁵¹. Correttamente, quindi, è stata affermata la responsabilità del responsabile di un cantiere che, pur presente sui luoghi, omise di vigilare sul rispetto delle prescrizioni di sicurezza richiamate anche dal P.O.S. (Piano operativo di sicurezza), «*avallando una prassi improvvida e pericolosa utilizzata per rendere la sostituzione più celere ma particolarmente rischiosa*»¹⁵².

Fuori da queste ipotesi, invece – una volta organizzata l’attività in maniera da garantire la sicurezza, nominati i preposti e debitamente informati e addestrati i lavoratori – il datore di lavoro non è tenuto a una stringente vigilanza, momento per momento, della fase esecutiva: sarebbe perfino irragionevole ritenere che egli mantenga un dominio attuale su ciascuna fase dell’attività imprenditoriale e che abbia

2011, *passim*. Critico è anche GROTTO M., *Obbligo di formazione e informazione*, cit., p. 10 ss. Sulla scarsa attenzione alla c.d. concretizzazione del rischio nei casi di condotta autolesionistica del lavoratore v. MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 358 ss.

In giurisprudenza: tra le pronunce più recenti, generalmente più attente a verificare l’esistenza ed i contenuti delle varie posizioni di garanzia (soprattutto nei confronti dei soggetti diversi dal datore “apicale”) v. Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 2018, n. 57937, in www.olympus.uniurb.it, che ha correttamente annullato la condanna di due consulenti esterni in materia di sicurezza perché fondata su «affermazioni apodittiche di responsabilità» senza alcun riscontro, in capo agli stessi, della titolarità c.d. di fatto di una posizione di garanzia; giudicata parimenti inaccettabile è anche l’affermazione dei giudici di appello per cui «l’inserimento di un qualsiasi soggetto nella valutazione dei rischi del ciclo industriale non lo esenta da corresponsabilità».

¹⁵¹ Per un’ampia ricostruzione dei compiti di controllo spettanti ai diversi garanti v. PIVA V., *La responsabilità del vertice*, cit., p. 100 ss. In argomento anche MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 358.

¹⁵² Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2019, n. 16228, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 16 aprile con nota di DELLA NOCE P. (cors. nostro).

il potere *effettivo* di impedire gli eventi legati a errori materiali/esecutivi dei dipendenti¹⁵³.

Invece – ed è questo l'aspetto più problematico – ciò che ancor troppo spesso si manca di considerare nella prassi, è proprio il ruolo giocato dalla condotta (esecutiva) maldestra o disubbidiente del lavoratore; ruolo appunto assorbito dal fagocitante obbligo di controllo del garante acriticamente desunto dall'art. 2087 c.c.¹⁵⁴.

La negazione di eventuali margini di *auto-responsabilità* del lavoratore e del correlativo *affidamento* da parte del garante non tiene però conto delle radicali trasformazioni avvenute sul versante normativo e, prima ancora, sociologico: come emerso in più punti della trattazione, infatti, nella maggior parte dei contesti di attività che caratterizzano la società del rischio, assumono rilevanza anche obblighi cautelari il cui adempimento richiede la necessaria collaborazione dei beneficiari degli stessi (o in altri casi di più soggetti (si pensi alla presenza di una pluralità di garanti nell'attività medica in *équipe*). Dalla relazionalità degli obblighi, ovvero dalla natura bilaterale o plurale del modello cautelare doveroso, non possono non farsi discendere conseguenze sul versante della responsabilità: alla ripartizione delle misure di precauzione tra le parti (beneficiario della tutela compreso) dovrebbero corrispondere responsabilità parimenti divise.

Ovviamente senza svilire la condizione di debolezza del lavoratore: non sarebbe infatti accettabile consentire all'imprenditore di scaricare sul lavoratore le conseguenze delle proprie scelte organizzative (quali la fissazione dei tempi e dei ritmi lavorativi o la fornitura di una strumentazione adeguata). In relazione ai rischi non autonomamente dominabili dal lavoratore – perché attinenti a decisioni che non sono in sua signoria – egli si trova in una posizione di *effettiva vulnerabilità*¹⁵⁵.

¹⁵³ Sul punto v. SCARCELLA A., *I riflessi del Testo Unico sul ruolo di dirigenti e preposti*, in *ISL*, 2011, p. 209 ss. In argomento v. anche le considerazioni di GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit. p. 10 ss.

¹⁵⁴ Nella giurisprudenza meno recente v. la massima chiarissima di Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre 2008, n. 39888, cit. Per una dottrina particolarmente critica v. LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 116 ss. cui si rimanda per una rassegna delle sentenze meno recenti sul punto (v. in partic. note n. 10-12). In argomento v. anche le considerazioni di DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima*, cit., p. 65 s.

¹⁵⁵ Sul punto cfr. LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., p. 125, dove distingue tra negligenze dal lavoratore dipendenti dalle condizioni di lavoro (dovute alla ripetitività dei propri compiti, alla stanchezza o alla fretta), da prassi tollerate, dall'inadeguatezza delle istruzioni o dei d.p.i.

Si pensi al caso del lavoratore impegnato in lavori di tinteggiatura sul solaio di copertura di un immobile che, privo di qualsivoglia dispositivo di sicurezza individuale, era deceduto precipitando dal tetto¹⁵⁶. È vero che il lavoratore si era infortunato a seguito di una propria condotta esecutiva incauta, ma non può non assumere rilievo che fosse del tutto privo di misure di protezione idonee a proteggerlo in caso di caduta. Parimenti ragionevole pare anche la condanna di un coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori con funzione di alta vigilanza, per la morte di un dipendente che, alla guida di una betoniera, precipitava nella scarpata sottostante a causa di una manovra errata: in quel caso, infatti, non solo il garante aveva completamente trascurato una serie elementi premonitori del rischio, espressamente elencati in sentenza (quali: la vetustà del mezzo, in pessime condizioni, privo di sistemi di protezione antischiacciamento del guidatore e di sistemi di ritenuta; la limitata dimensione dello stesso in relazione alle lavorazioni da svolgere) ma, conscio della pericolosità della situazione derivante dalla presenza di una ripida scarpata, si era limitato a dare disposizioni affinché la rete rossa posta sul ciglio della discesa fosse sorretta da tondini di ferro, chiaramente «*inadatti a reggere la eventuale spinta di un mezzo in movimento*»¹⁵⁷.

Per altro verso, però, ove correttamente informato, formato ed equipaggiato, il lavoratore non può considerarsi, di per sé, alla stregua di un soggetto “incapace”, come tale sempre “vulnerabile”, da proteggere anche dai rischi che si sia consapevolmente assunto o dalle proprie condotte esecutive “maldestre”, palesemente contrastanti alle più comuni regole di diligenza¹⁵⁸: in relazione a questi rischi egli è – secondo alcuni,

ricevuti, dalla insufficiente formazione (ecc.) e negligenze invece non riferibili alle carenze del sistema di sicurezza.

¹⁵⁶ Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2017, n. 33773, in *www.olympus.uniurb.it*. Simile il caso del lavoratore caduto a terra mentre imbiancava una cappella funebre: per assolvere l’incarico, gli era stata solamente fornita una scala a pioli (al posto del più costoso trabatello) che non gli consentiva di raggiungere in sicurezza la parte centrale del soffitto (Cass. pen., sez. IV, 25 febbraio 2014, n. 29266, in *Diritto & Giustizia*, con nota redazionale intitolata “*Responsabile il datore di lavoro per l’infortunio occorso a lavoratore distratto o maldestro*”).

¹⁵⁷ Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 10136, in *www.olympus.uniurb.it*. (cors. nostro).

¹⁵⁸ Sul punto v. le considerazioni di BISACCI M. C., *Il principio di affidamento*, cit., p. 202 per cui il lavoratore, benché parte debole non sia però incapace di provvedere a se stesso, come dimostra il fatto che sia a sua volta destinatario di alcuni obblighi cautelari; MICHELTETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 350 ss. (spec. p. 357 s. per la distinzione tra disattenzione “indotta” o meno dalle forme di organizzatore del lavoro decise dal datore); GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 7 ss.

un vero e proprio “garante di sé stesso” e degli altri¹⁵⁹ – più verosimilmente, un protagonista attivo del sistema di prevenzione, autonomamente chiamato a fronteggiarli (cfr. art. 20 d. lgs. 81/08). Ritenere il contrario significherebbe svilire anche la *ratio* che sta dietro alla richiesta di un’attività di informazione e formazione effettiva ed efficace: che senso avrebbe assicurarsi con tanta attenzione che il lavoratore disponga *effettivamente* delle conoscenze e della preparazione necessarie a gestire il rischio insito nei propri compiti, se poi il garante fosse comunque tenuto a un monitoraggio costante dei propri dipendenti?

Coerenza, vorrebbe, invece, che la responsabilità del garante possa escludersi almeno nelle seguenti situazioni: quando la condotta del lavoratore sia contraria alle disposizioni ricevute, a un divieto dettato da esigenze di sicurezza a lui note, o comunque al senso “comune” di prudenza (ovviamente sempre sul presupposto che l’organizzazione del lavoro, comprensiva della formazione, disposta dal datore sia tale da porre il primo in condizione di operare in sicurezza); o, ancora, quando il rischio che caratterizza la condotta negligente del dipendente possa addirittura definirsi “elettivo”. In tutte queste ipotesi, è ragionevole concludere che l’evento dannoso sia espressivo di un difetto di collaborazione da parte del lavoratore, più che di una colpa del garante: anche senza ricorrere al c.d. criterio della competenza, infatti, in casi simili sembrerebbe mancare (già a monte) la violazione di una regola cautelare doverosa da parte del secondo o, comunque, di una regola il cui spettro preventivo ricomprendesse anche l’evento per come concretamente realizzatosi¹⁶⁰. Purtroppo però, sono ancora molte le vicende in cui la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, si dimostra di diverso avviso¹⁶¹.

¹⁵⁹ Di questo avviso GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 7, spec. nota n. 30.

¹⁶⁰ Per approfondimenti sul criterio della competenza v. *ex plurimis* CORNACCHIA L., *Concorso di colpe*, cit., *passim*; ID., *La cooperazione colposa*, cit., p. 821 ss.; MICHELETTI D., *Il criterio della competenza* cit., *passim* e ID., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 355 ss.

¹⁶¹ Tra rare pronunce assolutorie v. nella giurisprudenza di merito: Trib. Pisa, 22 aprile 2014, n. 776, in www.olympus.uniurb.it, che escluso la responsabilità di tutti i garanti per le ustioni provocatesi da un lavoratore che, assumendo una condotta assolutamente irragionevole e insensatamente pericolosa, si era introdotto nel vano trasformatore di un impianto eolico senza metterlo fuori tensione; Trib. Terni, 7 giugno 2012, in www.olympus.uniurb.it, che ha escluso la responsabilità del garante perché non ricorrevano fattori organizzativi tali da indurre la disattenzione del lavoratore che, debitamente formato, si era ferito usando maldestramente una sega elettrica (questa conforme alla normativa settoriale). Tra quelle, ancor più rare di legittimità v. Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2009, n. 7267, in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 12, p. 103., con nota di AMATO A. e in *Riv. it. med. leg.* (dal 2012 *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*), fasc.3, 2011, p. 852, con nota di SPRICIGO B, che ha confermato la sentenza assolutoria di

Basti rievocare il caso recente del lavoratore addetto alle operazioni di sramatura di alberi – operazione da svolgere sulle piante già a terra, dopo che altri le avessero recise – che era rimasto schiacciato da una pianta di abete rosso di cui aveva proceduto al taglio con una tecnica non corretta, eludendo il controllo del collega più esperto che gli aveva detto di limitarsi alla sramatura delle piante («me l’ha fatta proprio sotto il naso») e in presenza di contrarie istruzioni fornite dallo stesso datore di lavoro nel corso di un sopralluogo avvenuto alcuni giorni prima dell’infortunio. I giudici di legittimità hanno confermato la responsabilità del datore per non aver assicurato alla vittima un’adeguata formazione e informazione sull’attività di abbattimento di piante, che pur fuoriusciva dai compiti che le era stato richiesto di svolgere, perché si trattava dalla principale attività dell’azienda; né la condotta da esse tenuta poteva definirsi eccezionale o abnorme, essendo al contrario prevedibile che il lavoratore decidesse di propria iniziativa – disobbedendo ai divieti e ai limiti posti tanto dal datore, che dal preposto, caposquadra – di procedere al taglio delle piante, operazione a cui appunto non era stato autorizzato. Nemmeno potrebbe avere rilievo che gli fossero stati forniti strumenti e dispositivi di sicurezza idonei alle attività da compiersi, né che l’incidente fosse occorso a seguito della condotta di taglio erroneamente eseguita dalla vittima su un abete che, in ragione della patologia fungina da cui era affetto, ebbe un raggio di caduta non convenzionabile, preventivabile solo da chi avesse esperienza in questo campo; al datore di lavoro, infatti, non sarebbe unicamente richiesto di predisporre «idonee misure di sicurezza», «presidi volti ad assicurare la protezione dei singoli dipendenti» e di «impartire le direttive da seguire a tale scopo, ma anche e *soprattutto controllarne costantemente il rispetto* da parte dei lavoratori, *di guisa che sia evitata la superficiale tentazione di trascurarle*»¹⁶².

appello perché la condotta imprudente del lavoratore, deceduto precipitando dalle forche di un muletto che aveva spontaneamente deciso di impiegare per affrettare la conclusione dei lavori (pur essendo disponibile un regolare carrello elevatore) era da considerarsi del tutto imprevedibile e ingovernabile dal datore. *Contra*, tra le tante v. Cass. pen., sez. IV, 17 ottobre 2019, n. 6567, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2019, n. 18326, in *olympus.uniurb.it* e, tra le meno recenti, Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre, 2008, n. 45016, in *Diritto & Giustizia*, 2009, reperibile anche in *DeJure*.

¹⁶² Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2019, n.27787, in *Guida al diritto*, 2019, fasc. 32, p. 69 (cors. nostro). Similmente tra le meno recenti v. Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2014, n. 44106, leggibile in *DeJure* e massimata in *Guida al diritto*, 2014, fasc. 45, p. 25, che ha annullato la pronuncia assolutoria di appello che aveva escluso la responsabilità del datore di lavoro per non aver fornito adeguata formazione, ritenendo che l’obbligo formativo non sia ravvisabile in relazione a compiti che fuoriescono dalle

Affermazione discutibile se si considera che, in casi come questo, un dovere di immediato intervento “correttivo” in capo al garante – altrimenti privo di una signoria effettiva rispetto all’evento dannoso – può postularsi solo nelle situazioni in cui l’inaffidabilità del lavoratore emerga in concreto¹⁶³.

L’automatismo con cui la giurisprudenza penale esclude l’operatività del principio di affidamento in questi casi appare ancor più problematico considerando l’orientamento più prudente e garantista serbato, in situazioni del tutto analoghe, dalla giurisprudenza civile¹⁶⁴. A prescindere alle ragioni di una siffatta discrepanza – da collegare principalmente alla presenza di una assicurazione obbligatoria contro gli infortuni nella quale la grave negligenza della vittima, se può condurre a escludere la responsabilità del datore *ex art. 2087 c.c.* e con essa l’azione di regresso dell’INAL, non può mai comprometterne il diritto all’indennità, viceversa riconosciuto a chiunque si sia infortunato «in occasione di lavoro» a prescindere dal proprio grado diligenza, fatti salvi i soli casi di casi di rischio “elettivo” e ovviamente di dolo¹⁶⁵ – non possono non percepirsi le tensioni del quadro che ne deriva con il principio di sussidiarietà, qui inteso nella sua funzione di canone ermeneutico: sul versante applicativo, infatti, il principio di *extrema ratio* dovrebbe indurre interpretazioni restrittive dell’area del penalmente rilevante, di modo che le valutazioni di liceità pronunciate da altre branche del sistema sulla medesima fattispecie concreta non vengano contraddette¹⁶⁶. Inoltre, così facendo, si finisce per rinnegare la sussistenza di un’area di rischio “consentito” nell’attività lavorativa, assumendo implicitamente che all’operatore sia invece

mansioni del lavoratore e che questi si sia volontariamente (e imprudentemente) assunto, peraltro disobbedendo all’espressa raccomandazione contraria del garante.

¹⁶³ In questo senso v. anche GROTTO M., *Obbligo di informazione e formazione*, cit., p. 11.

¹⁶⁴ Per un’ampia rassegna delle pronunce civilistiche che hanno viceversa dato rilevanza alla condotta colposa della vittima, escludendo la responsabilità datoriale *ex art. 2087 c.c.* v. MICHELETTI D., *La condotta esclusiva del lavoratore*, cit., p. 329 ss.

¹⁶⁵ Sul punto v. Cass. civ., sez. lav., 25 giugno 2009, n. 14946, in CED Cass., n. 608833, nonché Corte Cost., 12 luglio 1985, n. 221, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, II, p. 8, per l’assicurazione contro gli infortuni in realtà si atteggia come uno strumento di assistenza sociale *ex art. 38 Cost.*, che non presuppone la presenza di un “rischio” da fronteggiare ma solo di una qualsiasi “occasione di lavoro”; ciò che importa, cioè, è che la condotta della vittima, per quanto abnorme e negligente possa essere stata, sia collegata da un nesso di occasionalità con l’attività lavorativa. In dottrina v. l’approfondimento di MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 330 ss.

¹⁶⁶ Per un approfondimento generale sul principio v. DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss. Sulla sussidiarietà intesa come buona regola interpretativa v. GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell’economia*, vol. I, *Delitti contro l’economia pubblica e reati societari*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 46 ss.

richiesto di eliminare in radice ogni rischio, ovvero di raggiungere l'irrealistico livello di rischio "zero".

Peraltro, alcuni strumenti atti a porre un freno a questo abbrivio sarebbero già disponibili. Pur non potendosi dilungare sul punto, il riferimento va anzitutto alla disciplina della responsabilità degli enti, in particolare quella per i reati di cui all'art. 25-*septies* d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che potrebbe "potenziarsi" per ridurre alcune "disfunzioni" della responsabilità individuale in questi frangenti.

La natura "organizzativa" della colpa "collettiva" e la mancanza, nelle persone giuridiche, di una condotta *naturalisticamente* produttiva dell'evento – oltre a farne un qualcosa di ("ontologicamente"?) diverso dalla colpa "individuale"¹⁶⁷ – consentirebbero, senza troppi problemi, di fondare questo tipo di responsabilità anche sulla violazione di regole "molto lontane" dalla concretizzazione dell'evento *hic et nunc*¹⁶⁸. Ovverosia, di addossare alle imprese la responsabilità (anche) per fatti invece non imputabili al garante per mancanza di una violazione cautelare specifica, di natura modale, teleologicamente diretta a prevenire l'evento poi verificatosi.

Per concretizzare ancor più il discorso: a fronte di obblighi prevenzionistici di natura procedimentale, strumentale o c.d. propedeutica, i criteri che assistono l'imputazione individuale consentono di fondare la responsabilità colposa per l'evento sulla loro inosservanza, a patto che sussista un rapporto di stretta strumentalità tra la sfera di rischio considerata dalla singola norma (che detti obblighi prevede) e il tipo di evento realizzato. Si pensi, ad esempio, alla differenza che intercorre tra l'omessa valutazione di un rischio "tipico" di una certa attività produttiva e l'omessa (assunzione di) informazione o l'omessa richiesta di autorizzazione: la prima ipotesi può, senza troppe difficoltà, portare all'imputazione dell'evento dannoso concretizzante il rischio non considerato nel d.v.r.; più problematica è l'imputazione individuale dell'evento concreto negli altri due casi, dato che gli obblighi rimasti

¹⁶⁷ Per approfondimenti sulla suddetta diversità cfr. ATTILI V., *L'agente-modello 'nell'era della complessità'*, cit., p. 1247 ss. e p. 1258 ss. (in particolare sul dovere di adeguamento cautelare riferibile all'ente), nonché PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 260 ss. Sulla colpa da organizzazione, tra i tanti v. PALIERO C. E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, fasc. 3, p. 167 ss.

¹⁶⁸ Cfr. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss. Evidenzia la natura "organizzativa" della colpa dell'ente ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, fasc. 2, p. 537 s.

inadempiti non parrebbero specificamente diretti alla prevenzione di un rischio “specifico”. Difficoltà, queste, che invece non sussisterebbero nel caso dell’attribuzione colposa dell’evento (o meglio del reato) all’ente, per violazione dell’obbligo di adottare un “modello organizzativo” efficace, per certi versi assimilabile ai suddetti doveri strumentali¹⁶⁹.

Da che, le esigenze di tutela dei lavoratori potrebbero trovare principale soddisfazione nella colpa di organizzazione dell’ente, appunto fondata sulla violazione di regole che incidono sui pre-requisiti strutturali e funzionali di gestione del rischio; in conseguenza, la responsabilità del garante potrebbe essere accertata in maniera più rigorosa e garantisca, senza il timore di vuoti di tutela. Detto altrimenti, potrebbe valutarsi, *de iure condendo*, la necessità di rafforzare l’autonomia della responsabilità dell’ente rispetto a quella dell’individuo persona fisica; principalmente allo scopo di evitare che un accertamento più “garantista” della colpa individuale (tanto sul piano della tipicità, che della misura soggettiva) venga ostacolato per non lasciarsi sfuggire la possibilità di ascrivere il reato alla persona giuridica¹⁷⁰.

In questo modo, diminuirebbe anche il rischio di addebiti fondati sulla mera violazione, da parte del singolo, di regole organizzative pre-cautelari, oppure sulla violazione di regole sì specificamente formalizzate, ma non pertinenti, perché dirette a prevenire rischi diversi da quello verificatosi in concreto (magari determinato da colpe macroscopiche del lavoratore infortunatosi, previamente edotto e formato, sul quale l’imputato non era dunque tenuto a vigilare). In altre parole, ciò consentirebbe anche di valorizzare le ipotesi di “indominabilità” del fatto da parte del garante, quindi di non innalzare a dismisura lo *standard* oggettivo di diligenza pretendibile dallo stesso; e, in un secondo momento, di apprezzare anche l’“esigibilità” della

¹⁶⁹ Sul punto v. PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 185 ss. e, da ultimo, ID., *Obblighi prevenzionistici*, cit. Sulla necessità di valorizzare i casi di *indominabilità del fatto* da parte del garante cfr. MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 329.

¹⁷⁰ Così PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, cit. Già prima dell’introduzione dell’art. 25-septies v. PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 956 ss. che, relativamente ai reati colposi, riteneva comunque suggeribile l’introduzione di un criterio attraverso il quale svincolare completamente la responsabilità dell’ente dal fatto colposo del singolo. Sul tema v. anche le considerazioni di MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Tyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, in *I Working papers di Olympus*, 2012, n. 8, www.olympus.uniurb.it, 13 marzo 2012, p. 21 ss., spec. p. 24 s.

responsabilità individuale sul versante soggettivo (della c.d. colpevolezza colposa)¹⁷¹; senza appunto temere – laddove il sistema di sicurezza dell’impresa sia (comunque) risultato deficitario – di lasciare del tutto prive di protezione le vittime di infortuni sul lavoro.

Peraltro, solo riconoscendo efficacia liberatoria all’adozione di un adeguato sistema di sicurezza – quindi escludendo la possibilità di postulare un macroscopico dovere di vigilanza in capo al garante per affermare la sua colpa in ogni caso di “incidente” – potrà diventare appetibile per i vertici delle imprese investire nel sistema in parola. Al contrario, la ferrea esclusione di qualsiasi spazio per dimostrare la propria mancanza di responsabilità alimenta l’impressione che, a prescindere dagli accorgimenti adottati, non ci sia nulla che consentirà di pervenire alla “non pena”; e, così facendo, rischia di produrre un effetto inverso e disincentivante e, quindi di vulnerare l’efficacia general-preventiva perseguita attraverso il sistematico ricorso all’incriminazione colposa individuale.

Non solo, percorrere questa direzione sarebbe del tutto coerente con i risultati dell’analisi sociologica svolta, che ha identificato nell’“attore diffuso”, ovvero nell’“organizzazione complessa” la fonte di molti dei rischi inerenti allo svolgimento delle attività moderne, in particolare quella economico-industriale (la quale appunto, si snoda sempre più spesso all’interno di sistemi organizzativi complessi).

Peraltro, l’inadeguatezza di un paradigma di gestione del rischio interamente incentrato sul modello tradizionale della responsabilità penale individuale (per definizione *ex post factum*) è stata implicitamente riconosciuta anche dallo stesso legislatore, che concepito in maniera diversa il modello di controllo del rischio attorno al quale ruota il sistema della responsabilità dell’ente. In effetti, all’interno del c.d. “sistema 231”, la sussistenza di un modello organizzativo efficace comporta l’esclusione della responsabilità para-penale dell’impresa: si tratta dunque di un meccanismo che trasferisce il baricentro della tutela dal momento *ex post*

¹⁷¹ In questa direzione sembra spingere anche PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 185 ss. In argomento v. anche ATTILI V., *L’agente-modello ‘nell’era della complessità’*, cit., p. 1258 s., secondo cui la centralità accordata dal “decreto 231” alla prevenzione tramite l’adozione dei “modelli di organizzazione” già «prefigura una responsabilità collettiva *autonoma* dell’ente» che si muove nel contesto della colpa di organizzazione”, peraltro avvalorata anche dall’essere di organizzazione *autonomo* dell’ente, che resta distinto da quello incardinato in capo ai soggetti individuali.

(caratteristico della responsabilità penale individuale) a un paradigma di controllo *ex ante* (propriamente “preventivo”) del rischio, indipendente dalle problematiche imputative e da tutta l’incertezza dei relativi parametri. In altri termini, l’accennata divaricazione tra il paradigma individuale e quello collettivo di dominio del rischio consisterebbe in una maggiore capacità del secondo di raggiungere risultati realmente *preventivi*¹⁷². Impensabile, invece, che il medesimo risultato possa conseguirsi incentivando atteggiamenti “colpevolisti” protesi, costi quel che costi, a rinvenire un qualche capro espiatorio “in carne ed ossa” (overosia, favorendo l’instaurarsi di una c.d. *blame culture*).

D’altro canto, però, un’opzione radicalmente rinunciataria è parimenti improponibile: la “società del rischio” necessita un modello di responsabilità colposa individuale “forte” e coerente con le esigenze di tutela che la caratterizzano; *a fortiori* in un settore di attività come quello in esame, intriso di un rischio creato ad esclusivo vantaggio della parte “forte” del rapporto di lavoro (perciò tentata a non investire in sicurezza in rispondenza alla logica del risparmio), ma sopportato interamente dai soggetti “deboli” dello stesso.

Su questo versante (della “colpa individuale”), una maggiore attenzione *normativa* al “tipo” rischio che connota il disvalore di azione consentirebbe di risolvere molte delle criticità del modello di imputazione consegnato dal “diritto vivente”.

In certi casi, infatti, il rigorismo giurisprudenziale caratterizzane il settore – peraltro recepito anche al livello legislativo, attraverso l’introduzione delle fattispecie “differenziate” di omicidio e lesioni colpose “aggravate” dalla violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro – è del tutto giustificato alla luce del “tipo” di rischio “filtrato” dalla regola cautelare disattesa dall’imprenditore; si tratta evidentemente delle ipotesi in cui la mancata implementazione di un sistema di sicurezza efficace sia la chiara espressione di una politica imprenditoriale sistematicamente volta al risparmio delle spese, anche al costo di porre a repentaglio l’incolumità dei propri dipendenti. Il rischio a cui questi ultimi vengono esposti assume pertanto una coloritura di forte disvalore: infatti, sebbene rimanga “involontaria”, l’inosservanza in

¹⁷² Sul punto v. PALAZZO F., *Relazione di sintesi*, cit., p. 700 ss. e, più di recente, ID., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

parola assume una natura che non è eccessivo definire “antagonistica” nei confronti della società e dei valori da essa condivisi.

Per fare solo un esempio: alla luce di quanto detto può condividersi il rigore con il quale una recente pronuncia di legittimità ha escluso la rilevanza della condotta negligente del lavoratore addetto alle manovre di movimentazione di travi (prospettata come interruttiva del nesso di causa) il quale, in chiara violazione del d.v.r. – secondo cui dette operazioni dovevano eseguirsi con la partecipazione di due persone, una della quali in funzione di coordinatore – aveva operato senza avvalersi dell’ausilio di un collega¹⁷³. È vero che il decesso della vittima, rimasta schiacciata a causa del ribaltamento di una trave, era avvenuto in conseguenza della condotta esecutiva dell’addetto alla movimentazione; tuttavia, dall’istruttoria dibattimentale era emerso che: non solo gli imputati avessero, nelle loro rispettive qualità, omesso di sovrintendere e vigilare sull’osservanza delle norme antinfortunistiche da parte dei lavoratori; ma che fossero anche edotti tanto della prassi non conforme venutasi a instaurare, quanto degli specifici rischi ad essa conseguenti (peraltro ben evidenziati nel d.v.r.).

Di più: era risultato che i preposti avessero addirittura incentivato la suddetta prassi in ragione degli evidenti vantaggi che ne derivavano per l’azienda, nella specie il risparmio di risorse umane per ciascun turno (in particolare, uno di essi, che utilizzava un solo lavoratore per lo svolgimento delle manovre in parola, «mostrava fastidio di fronte alle richieste di affiancamento» rivolte dai dipendenti).

In altri casi, invece, questo forte accento di antisocialità della negligenza non sussiste, mentre (esemplificativa è la corposa casista poc’anzi analizzata) l’incidente sembra piuttosto il frutto di fattori diversi dalla (eventuale) violazione da parte del datore di lavoro di una delle tante disposizioni antinfortunistiche (che viene dunque a “perdere di significato” in relazione al fatto complessivo); uno di questi è risultato proprio il comportamento negligente della vittima che, in virtù della componente intrinsecamente “relazionale” della colpa (o meglio del tipo di rischio rilevante in questi casi), dovrebbe ricevere adeguata valorizzazione sul versante imputativo della responsabilità del datore di lavoro; non solo nei casi di rischio propriamente “elettivo”,

¹⁷³ Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 2020 (ud. 22 settembre 2020), n. 28726, reperibile sul sito www.giurisprudenzapenale.com.

ma anche, più semplicemente, quando la condotta esecutiva “maldestra” del dipendente non abbia tratto origine da un *deficit* organizzativo imputabile al garante o da una carente informazione/istruzione di sicurezza da parte sua.

Ciò considerato, resta certamente auspicabile anche l’affiancamento al modello di responsabilità penale individuale, di meccanismi propriamente *preventivi* capaci di colmare le incertezze create dalla modernità sul versante della valutazione/gestione del rischio, quindi di diminuire l’opacità dei criteri di imputazione. Per citarne solo alcuni suggeriti in dottrina: aumentare lo scambio di informazioni, creare comitati *ad hoc* dotati delle competenze necessarie a svolgere le suddette attività valutative, implementare la diffusione di linee guida pubblicistiche e privatistiche da parte dei c.d. *saperi esperti ecc.*)¹⁷⁴.

Prima di passare in rassegna una fenomenologia ancora diversa di “incursioni” da parte della colpa generica, non può non notarsi una certa analogia tra l’espansione delle posizioni di garanzia c.d. di controllo in materia della sicurezza e l’orientamento che si è diffuso in ambito sanitario nei confronti del c.d. dirigente apicale (*ex* primario) e del chirurgo *capo-équipe* – spesso semplicisticamente assimilato al primo – ai quale viene sistematicamente negata la possibilità di fare affidamento sulla corretta esecuzione dei compiti da parte dei colleghi (di reparto, nel caso di collaborazione c.d. diacronica, o della squadra operatoria nel caso di attività collaborativa c.d. sincronica)¹⁷⁵. Un atteggiamento, sicuramente comprensibile quando coinvolge i rapporti tra

¹⁷⁴ Cfr. PALAZZO F., *Relazione di sintesi*, cit., p. 702.

¹⁷⁵ Quanto ai rapporti medico-infermiere, l’orientamento oggi prevalente estende la responsabilità anche all’infermiere, stante la sua posizione di maggiore autonomia: *ex multis* Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2011, n. 24573, *inedita*. Il che non esclude il quasi costante riconoscimento di una concorrente *culpa in vigilando* del medico: si veda, ad es., Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 8615, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2010, con nota di MATTHEUDAKIS M. L., *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, *ivi*, p. 1478 ss., che ha ritenuto responsabile anche il chirurgo per la scorretta esecuzione di una trasfusione da parte di un’infermiera che aveva deciso di procedervi da sola in modo del tutto autonomo; Cass. pen., sez. IV, 28 maggio 2008, Rago ed altri, n. 24360, Rv. n. 240941, che ha riconosciuto la colpa del medico per omessa vigilanza sulla preparazione di un composto medicinale, compito delegato all’infermiere ma ritenuto di competenza del chirurgo; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 1983, Prelong, in *CED Cass.*, Rv. n. 160049, che condannava l’anestesista per omesso controllo sul corretto posizionamento del paziente sul letto operatorio; Cass. pen., sez. IV, 1° febbraio 1982, Berio, in *Riv. pen.*, 1983, p. 345, dove la responsabilità dell’anestesista per omesso controllo riguardava la corretta sostituzione, da parte dell’infermiere capo-sala, di un flacone di sangue da trasfondere. Eccezionalmente assolutoria è Cass. pen. sez. IV, 2 marzo 2000, Troiano, in *Cass. pen.* 2002, p. 574, con nota di CAVALLO A., *In tema di rapporto di causalità*, che ha escluso la responsabilità di un medico che aveva delegato all’infermiere la chiamata di un collega perché si occupasse di un paziente sopraggiunto, compito rimasto inadempito.

medico e specializzando (ma non per questo condivisibile nella sua automaticità), ancor più discutibile quando la condotta imperita che il garante avrebbe asseritamente dovuto impedire è quella di un medico specializzato, *a fortiori* se in una branca diversa da quella di appartenenza del primo.

Anche in questo ambito, allora, sarebbe auspicabile che la giurisprudenza prestasse maggiore attenzione ai profili “relazionali” e normativi della colpa: anzitutto, guardando alla normativa vigente (cfr. art. 63 del d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, come integrato dall’art. 15 del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e succ. mod.), può agevolmente escludersi che il chirurgo capo-*équipe* abbia un vero e proprio dovere di “vigilanza”, nel senso che sia chiamato a impedire le condotte colpose altrui; in capo allo stesso si delinea, invece, un più generico ruolo di direzione-coordinamento tra le diverse professionalità in campo, che lo rende un *primus inter partes*, più che un medico gerarchicamente sovraordinato (cioè a differenza del c.d. dirigente-apicale di struttura complessa)¹⁷⁶.

Quanto alla natura interazionale degli obblighi cautelari in questa materia – piuttosto che risultare in un aumento esponenziale del rischio penale – questa dovrebbe portare in primo piano l’accertamento dell’*Anlaß* che si prospettava all’agente nel caso concreto: infatti, solo accertando l’esistenza di oggettivi indizi dell’inadempienza altrui, potrebbe ritenersi doveroso un qualche intervento del garante cui venga normativamente affidato un ruolo di vigilanza.

Infine, focalizzando l’attenzione sulle attività sincroniche (quale lo svolgimento di un’operazione chirurgica), assume centrale rilevanza la diffusione di regole procedimentali – in particolare quelle formalizzate nelle *checklists* di sala

In dottrina, tra i tanti v. già VALLINI A., *Colpa. Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, p. 1626 ss.; GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, Milanofiori Assago, IPSOA, 2011; MASSARO A., *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull’operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, nota a Cass, Sez. IV, 2 aprile 2010, n.19637, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 11, p. 3857 ss.; RISICATO L., *L’attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L’obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 56 s., e più di recente, MATTHEUDAKIS M. L., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme” della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, Anno LXI, fasc. 3, p. 1220 ss.

¹⁷⁶ Così PIRAS P.-LUBINU G. P., *L’attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T., Pisa, ETS, 2009, p. 303. In dottrina, evidenziano le differenze tra *ex* primario e capo-*équipe* anche CAPUTO M., *“Filo d’Arianna” o “flauto magico”?*, cit. p. 34 e GUIDI D *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, cit., p. 237 s.

operatoria – che sono di ausilio per ricostruire i compiti affidati a ciascun operatore e, correlativamente, gli obblighi di diligenza prescritti in capo a ognuno¹⁷⁷.

Purtroppo, la rilevanza di questi strumenti viene ancora sminuita; con il rischio – avveratosi in alcune vicende concrete – che di fronte all’esito infausto di un trattamento medico sempre più “spersonalizzato”, si finisca per “spersonalizzare” anche la responsabilità, attribuendola all’*équipe* nel suo complesso: attraverso il confezionamento addebiti da “mera partecipazione al gruppo”, “da posizione” (in particolare nei confronti del capo-*équipe*) o persino per “fatto altrui”, in violazione dell’art. 27 Cost¹⁷⁸.

Leggendo alcune sentenze, l’impressione è che a partire dal dato *fattuale* dello svolgimento dell’attività in forma “collettiva” e organizzata, sia stata addirittura teorizzata una sorta di “entificazione” dell’*équipe* densa di conseguenze *normative* sul piano della responsabilità colposa. In una sentenza recente, infatti, si legge che «in forza del *fine unitario* che caratterizza gli apporti professionali che si susseguono nel procedimento terapeutico, *l’équipe medica, sia essa operante sincronicamente o diacronicamente, è da considerare come una entità unica e compatta e non come una collettività di professionisti in cui ciascuno è tenuto a svolgere il proprio ruolo, salvo intervenire se percepisca l’errore altrui*».

Da che, l’ulteriore conseguenza per cui ad ogni membro è «imposto un *dovere ulteriore: la verifica che il proprio apporto professionale e l’apporto altrui, sia esso precedente o contestuale, si armonizzino in vista dell’obiettivo comune (...)* Proprio in virtù della posizione di garanzia che il sanitario assume nei confronti del paziente, ciascun medico dell’*equipe, oltre al rispetto delle leges artis del settore di competenza, è, pertanto, tenuto al rispetto di una regola cautelare più ampia, avente ad oggetto un onere particolare di cautela e di controllo* sulle modalità di effettuazione

¹⁷⁷ Cfr., ad esempio, la *checklist* di cui alla *Raccomandazione* n. 2, marzo 2008, del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, per prevenire la ritenzione di garze, strumenti o altro materiale all’interno del sito chirurgico (in partic. p. 3 s. della versione pdf reperibile sul sito www.salute.gov.it).

¹⁷⁸ L’espressione è di GUIDI D., *L’attività medica in équipe*, cit., p. 211, che ricollega la “spersonalizzazione dell’atto medico” alla trasformazione dell’assetto operativo-gestionale delle ASL, oggi conformate come organizzazioni complesse e dinamiche basate su un modello aziendalistico di ripartizione di ruoli e responsabilità.

dell'intervento, anche relativamente all'attività precedente e/o coeva svolta da altro collega, pur quando questa non rientra nella sua diretta competenza»¹⁷⁹.

In altri termini, l'unitarietà del risultato perseguito viene usata come veicolo per accomunare in un destino penalistico comune tutti i partecipanti: concependo l'*équipe* come un'entità che travalica il singolo e quasi “vive di vita propria”, si giunge a configurare una responsabilità omissiva fondata sull'asserita violazione di un dovere di controllo privo di base giuridica, che scatta con l'insorgere del pericolo, o con la realizzazione, di una (qualunque?) azione pericolosa altrui, il cui contenuto consiste nel compito di prevenirla o di bloccarne gli effetti (ma secondo quale potere-dovere di avocazione? E poi concretamente come, ingerendosi nei compiti altrui? Addossandosi, al minimo dubbio di errore?). A temperare gli effetti dirompenti del suddetto dovere solo la precisazione che vada parametrato all'agire di un agente modello dotato di conoscenze scientifiche e abilità del professionista medio. Davvero poca cosa a fronte delle virtù colpevoliste di una figura che stenta ad avere una dimensione propriamente normativa.

A ciò si aggiunga che l'*équipe* è priva di personalità giuridica, per cui non vi è proprio alcuna ragione di considerarla come un'entità compatta e distinta dai professionisti che la compongono. Si riconferma dunque quanto poc'anzi concluso: la valutazione della responsabilità colposa va ancorata al parametro normativo e deve avvenire in relazione al contributo singolarmente apportato da ciascun medico, alla luce del ruolo rivestito all'interno del gruppo e degli specifici compiti ad esso attribuiti.

Nel caso giudicato dalla citata pronuncia, attinente alla dimenticanza di una garza nel corpo del paziente, la regola cautelare che “seleziona” il tipo di rischio rilevante ai fini dell'imputazione del fatto al capo-*équipe* è contenuta nella ricordata *checklist* di sala operatoria. Alla luce delle disposizioni in esse contenute, l'obbligo di conteggio delle garze è espressamente affidato al personale infermieristico (strumentista o infermiere di sala), oppure a degli operatori di supporto a ciò appositamente preposti, mentre il chirurgo è unicamente chiamato verificare che il «conteggio sia stato eseguito e che il totale di garze utilizzate e rimanenti corrisponda

¹⁷⁹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 54573, in *De Jure* e massimata in *CED Cass. pen.*, 2019 (cors. nostro).

a quello delle garze ricevute prima e durante l'intervento», il che è ben diverso dal dovere eseguire personalmente la conta¹⁸⁰.

Da che, è criticabile l'affermazione per cui detta mansione di conteggio si estenderebbe all'*équipe* operatoria complessivamente intesa, in maniera tale da "estendere", insieme a questa, anche la platea dei soggetti responsabili. Al contrario, la dimenticanza della garza potrebbe ascrivarsi al capo-*équipe* nei seguenti casi: se questi non si sia sincerato dell'avvenuto conteggio e del suo esito positivo; ovvero se, una volta edotto di un'anomalia (*id est*, della mancata corrispondenza numerica tra le garze inserite a inizio intervento e quelle contate alla conclusione dello stesso), non abbia fatto nulla per rimediare; o, ancora, se la scheda relativa al conteggio non sia stata minimamente compilata, con ciò lasciando emergere un totale disinteresse dell'*équipe* per la procedura imposta dalla *checklist*. In quest'ultimo caso, ben si comprende la risolutezza della giurisprudenza nell'estendere la responsabilità a tutti i partecipanti.

Anche in questi casi si dovrebbe però riflettere se, e fino a che punto, sia corretto ed efficace cercare di raggiungere una prevenzione maggiore attraverso la repressione penale quando, per impedire i più grossolani errori di disattenzione, sarebbe molto più proficuo investire nell'informazione-formazione dei medici, nella diffusione di una "cultura della *checklist*" negli ospedali e nella valorizzazione della comunicazione all'interno delle sale operatorie¹⁸¹.

Non solo, gli errori e le frequenti trascuratezze commesse in ambito chirurgico hanno talvolta origini più profonde: carenze di organico, quindi orari di lavoro spesso "ai limiti dell'umano", e un numero di pazienti sproporzionato al numero di medici

¹⁸⁰ In argomento v. già MARTIELLO G., *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 347 ss. Per approfondimenti su questi aspetti e per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rimandare a BUZIO C., *Riflessioni in tema di attività medica svolta in équipe*, in *Riv. pen.*, fasc. 7-8, 2019, p. 662 ss.

¹⁸¹ La già citata *Raccomandazione* n. 2, marzo 2008, del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, per prevenire la ritenzione di garze, strumenti o altro materiale all'interno del sito chirurgico, richiede l'introduzione di "programmi aziendali di formazione, che includano periodi di addestramento del personale coinvolto nelle attività di camera operatoria per il conteggio sistematico di garze, strumenti o altro materiale chirurgico" (p. 10 della versione pdf reperibile sul sito: www.salute.gov.it). Anche il video esplicativo dell'utilizzo della *checklist* potrà essere utilizzato come strumento di informazione e formazione, cfr. *Manuale per la Sicurezza in Sala operatoria: raccomandazioni e checklist*, ottobre 2009, del medesimo Ministero (v. p. 3 s. della versione pdf reperibile sul sito: www.salute.gov.it). Inoltre, i documenti sollecitano la promozione di una comunicazione efficace all'interno della sala, cfr. *Raccomandazione*, cit., p. 10 e *Manuale*, cit., p. 29 s.

disponibili – tutte condizioni che ostacolano la rispettosa attuazione della *checklist* perché non c'è tempo di “perdere tempo” dietro ai “*checks*” imposti dalle Raccomandazioni del Ministero.

Senza contare che quando l'omissione dei controlli è scaturita, a monte, da una mancata implementazione delle istruzioni ministeriali nella struttura di riferimento, la responsabilità assume una natura più che altro politica, da riconoscere in capo alla Direzione aziendale quale organo espressamente deputato a sviluppare ed attuare la *checklist*, tenendo presenti le differenze di organizzazione tra le diverse regioni e strutture sanitarie, e in particolare l'eterogeneità nella composizione delle *équipes* operatorie¹⁸².

Concludendo sul punto, anche in questo settore trova conferma la sensazione per cui la spinta “propulsiva” ed eticizzante connaturata all'illecito colposo (in particolare se omissivo improprio) abbia, in certi casi, portato a “barattarne” l'impianto garantisco con il soddisfacimento di un bisogno “emotivo” di pena, finendo così per far coincidere la colpa con l'esistenza stessa di un rischio non neutralizzato. Ciò a prescindere dalle caratteristiche “genetiche” del coefficiente in questione.

Attraverso questo modo di ragionare, infatti, si dimentica: da un lato, che di fronte al rischio c.d. esogeno il dovere di adottare la diligenza “impeditiva” necessaria ha come presupposto logico l'esistenza di un dovere normativo di agire in senso “solidaristico” (mancante, ad esempio, in relazione al capo-*équipe*, che non ha un dovere di vigliare sulla corretta esecuzione de compiti da parte dei colleghi, ma è chiamato intervenire solo quando la loro inosservanza sia emersa chiaramente, e quindi sia da lui “vista”, non solo prevista); dall'altro, che nella colpa penale il “modo” diligente di rapportarsi al rischio è solo quello dipinto *ex ante* dalla regola cautelare.

Su questo versante, la diffusione dei protocolli dovrebbe precludere, almeno in parte, che l'individuazione degli accorgimenti cautelari doverosi venga addossata a più instabili giudizi di singoli soggetti¹⁸³. Inoltre, potrebbe aiutare a circoscrivere meglio le condotte “esigibili” (in quanto doverose) dal capo-*équipe*, limitando i casi

¹⁸² *Raccomandazione*, cit., p. 9 e *Manuale*, cit., p. 12. Sulle responsabilità organizzative dei vertici aziendali v. anche PALAZZO F., *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, fasc. 9, p. 1064 s.

¹⁸³ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 154.

di responsabilità per *culpa in vigilando* che la giurisprudenza ha esteso così tanto da far parlare di “*interpretatio abrogans* del principio di affidamento”¹⁸⁴.

Tra tutti i protocolli, la *checklist* è particolarmente funzionale ad arginare queste conseguenze perché, frazionando lo svolgimento dell’operazione in una serie di fasi, consente di individuare specifici momenti o circostanze in cui si attiva (ed è esigibile) l’obbligo di coordinamento e controllo del *leader* del *team* e, così facendo, spinge verso il riconoscimento di un contenuto più che altro organizzativo alla *culpa in vigilando*¹⁸⁵; un contenuto quindi stabile e ben determinato, congeniale alla necessità che durante fase esecutiva dell’operazione, il chirurgo-capo possa concentrare tutta la sua attenzione sullo svolgimento dell’intervento.

5.3. Segue: alla colpa generica “residuale”, “analogica”, “retroattiva”

Tra i tanti “cedimenti” della colpa specifica che s’inverano in ambito lavorativo, non può non farsi un breve cenno al riconoscimento all’art. 2087 c.c. di una valenza precettiva autonoma rispetto alle prescrizioni puntualmente previste dalla normativa settoriale: interpretata quale norma “di chiusura” del sistema prevenzionistico, questa andrebbe a colmarne le restanti lacune.

A dire il vero, l’impiego dell’espressione per dar corpo ad una colpa generica “residuale” – ricorrente in alcune massime ormai datate – oggi pare decisamente recessivo¹⁸⁶: la costellazione di regole formalizzate (dal legislatore, dalla pubblica autorità o nel documento di sicurezza adottato dall’impresa) lascia in effetti pochi spazi all’ingresso sussidiario di una colpa generica “ulteriore” tecnicamente intesa, fondata sulla clausola civilistica. Inoltre, non sono nemmeno mancate pronunce che hanno chiaramente escluso la possibilità di postulare una colpa generica “residuale”

¹⁸⁴ M. CAPUTO, “*Filo d’Arianna*” o “*flauto magico*”?, cit., p. 35.

¹⁸⁵ Sul punto v. M. CAPUTO, “*Filo d’Arianna*” o “*flauto magico*”?, cit., p. 36 s., che restringe la responsabilità del capo-*équipe* distinguendo tra regole organizzative e regole operative, quindi tra rischio non consentito organizzativo (di primo livello) e operativo (di secondo livello).

¹⁸⁶ La diffusione dell’orientamento nella prassi applicativa risale alla fine del secolo scorso, tra le tante v. Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 1996, n. 5114, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 588, leggibile anche in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 1999, n. 13377, Bassi, in *CED Cass.*, n. 215537. Nello stesso senso, più recentemente v. Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2015, n. 46979, in *olympus.uniurb.it*. In dottrina, sulla definizione dell’art. 2087 c.c. come norma con funzione di “chiusura” del sistema v., per tutti MARANDO G., *Il sistema vigente della sicurezza del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 47 ss.

quando tutte le regole previste dal piano di sicurezza siano state rispettate e l'evento non concretizzi un tipo di rischio strutturalmente diverso da quello preso di mira dalle regole positivizzate¹⁸⁷. Accanto a queste, però, se ne registrano altre sul cui sfondo argomentativo ancora riecheggia la concezione “estensiva” della diligenza, incardinata sul *neminem ledere* («al di là dell'obbligo di rispettare» le «norme tecniche, eventualmente dettate in materia dal competente organo amministrativo», ovvero «prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, sussiste pur sempre quello di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocumento a terzi»)¹⁸⁸.

Ad ogni modo, anche se la prassi di fondare una colpa generica c.d. residuale sul generico richiamo all'art. 2087 c.c. è recessiva – non è difficile, infatti, trovare una qualche disposizione scritta, tra la miriade di quelle oggi vigenti, su cui basare l'addebito – ciò non significa, lo si è visto, che lo stesso esito non si raggiunga altrimenti.

Nel nuovo sistema a elevato tasso di positivizzazione, infatti, per ricavare regole cautelari “ulteriori” e ottenere una “espansione” di colpa, si usa generalmente un diverso espediente: quello di far coincidere la regola cautelare “specificamente”

¹⁸⁷ Per questa posizione equilibrata v. Cass. pen., sez. IV, 24 aprile 2014, n. 34119, in *CED Cass*, n. 262717, che ha annullato la condanna pronunciata dai giudici di appello nei confronti di un installatore di cancelli perché, in mancanza di norme specifiche, si era limitata a evocare «l'obbligo generico di realizzare l'opera in modo tale che non costituisse una fonte di pericolo», senza accertare violazione di una specifica prassi cautelare doverosa che mirasse a fronteggiare lo specifico rischio di cui si trattava. Tra le meno recenti v. Pret. Brescia, 18 aprile 1994, Faraglia, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 377.

In questo senso è anche la giurisprudenza civile, più disposta di quella penale a escludere la possibilità di ricorrere all'art. 2087 c.c. per configurare una colpa generica residuale, quando siano state rispettate le regole cautelari previste dal piano di sicurezza (cfr. Cass. lav., 7 agosto 2012, n. 14192, Rv. 623496).

¹⁸⁸ Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre, 2008, n. 45016, in *Diritto & Giustizia*, 2009, reperibile anche in *DeJure*. Tra le più recenti v. Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2015, n. 46979, cit., per cui, per configurare la responsabilità del datore non occorre «che sia integrata la violazione di specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni stessi, essendo sufficiente che l'evento dannoso si verifichi a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 cod. civ.», per cui «ricadono sul datore di lavoro, che abbia omesso di adottare tali misure ed accorgimenti, anche quei rischi derivanti da cadute accidentali, stanchezza, disattenzione o malori comunque inerenti al tipo di attività che il lavoratore sta svolgendo». Analogamente, già prima, Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 2014, n. 36348, in *Diritto e giustizia on line*, 4 settembre 2014; Cass. pen., sez. IV, 1 dicembre 2009, n. 4917, Filiassi, in *www.olympus.unirb.it* e in *CED Cass*, n. 24664; Cass. pen., sez. IV, 16 settembre 2008, n. 38819, in *DeJure*, che ricava dall'art. 2087 c.c. la necessità che il datore «ottemperi non soltanto alle regole cautelari “scritte”, ma anche alle norme prevenzionali che una figura-modello di “buon imprenditore” è in grado di ricavare dall'esperienza, secondo i canoni di diligenza, prudenza e perizia».

violata con gli ampi obblighi “organizzativi” pre-cautelari di valutazione del rischio, di informazione, di adeguamento alle evoluzioni della tecnica, oppure con l’anzidetto dovere omnicomprensivo di vigilanza. Invece, l’eventuale richiamo alla clausola civilistica di “chiusura” (e alle indefinite locuzioni di comune “diligenza” o “esperienza” da essa desunte) nella formulazione degli addebiti, non serve tanto a circoscrivere autonomamente la tipicità della colpa generica, quanto ad avvalorare la doverosità delle norme “positivizzate” o solo apparentemente tali¹⁸⁹. Nella sostanza, comunque, cambia poco: in tutti i casi in cui l’individuazione di una specifica regola *modale* doverosa manca, vi sarà sempre il rischio di addebiti condizionati dalla logica del senno di poi¹⁹⁰.

Inoltre, in questo come in altri settori – si pensi alle attività sportive pericolose – la copertura cautelare “a tappeto” del *neminem ledere* viene conseguita anche in altra maniera¹⁹¹. Alle anzidette ipotesi di “colpa aggiuntiva” può infatti affiancarsi l’ulteriore tendenza ad allargare la proiezione imputativa di una norma scritta, previamente postulata come violata, a eventi diversi da quelli che la stessa mirava a evitare. Per fare un esempio di scuola: guardando alla regola che impone di fermarsi allo stop, non potrebbe ritenersi “tipica” la morte per infarto di un pedone, dovuta alla paura provata nel vedere che la macchina in avvicinamento non si stava arrestando (c.d. morte pre-impatto); il dovere di arrestarsi ha infatti alla base una precisa proiezione di rischio, che implica quale evento c.d. intermedio una collisione, un impatto.

Detto altrimenti, a parità di regole cautelari, queste vengono applicate a un rischio “estraneo” allo spettro cautelare (ovvero all’ambito di rischio “tipico”) posto al loro fondamento: in pratica, l’impiego della regola specifica viene esteso analogicamente a delle situazioni di pericolo estranee allo scopo cautelare della

¹⁸⁹ Registra questa “evoluzione” nell’uso e nella funzione svolta dall’art. 2087 c.c. all’interno del nuovo contesto normativo di riferimento MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit., p. 208 ss., spec. p. 210.

¹⁹⁰ In argomento v. PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, cit., p. 185 ss. Similmente v. GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit. p. 94 s.

¹⁹¹ Con particolare riguardo al contesto stradale v. D’AURIA D., *L’investimento del pedone*, cit., c. 468 ss., che contesta il ricorso all’«ombrello cautelare» del *neminem laedere*, anche a fronte del rispetto delle regole di condotta scritte, perché foriero del rischio che sia il giudice nel processo a forgiare la regola cautelare che l’agente avrebbe dovuto rispettare nella situazione concreta.

medesima; in questi casi, quindi, la dilatazione non riguarda la modalità di condotta da tenere, ma la sua connessione di scopo con una tipica categoria di rischio¹⁹².

Si è già visto, ad esempio, che l'insufficiente considerazione del c.d. nesso di rischio sia talvolta servita per affermare la responsabilità del datore di lavoro per non aver impedito la condotta del lavoratore imprudente o trasgressiva delle misure di prevenzione disposte, a prescindere dal fatto che il comportamento della vittima deviasse dal modello di prevenzione presupposto della regola cautelare violata¹⁹³. Nei casi, poi, in cui la regola violata viene fatta coincidere con il generico dovere di vigilanza, il ricorso alla prevedibilità consentirà facilmente di ricondurre qualsiasi accadimento concreto tra quelli che l'obbligo si prefiggeva di prevenire: anche se innescato da una condotta così abnorme della vittima da potersi annoverare tra le ipotesi di "rischio elettivo" (basti pensare al caso del lavoratore messi all'opera in stato di alterazione da alcool o da stupefacenti)¹⁹⁴; anche, lo si vedrà, se l'evento *hic et nunc* abbia concretizzato un rischio ancora ignoto *ex ante*. Un esito del genere non può certo stupire: radicando la tipicità della condotta su una regola priva di natura modale, è inevitabile che risulti scolorita anche la tipicità dell'evento.

Ma il fenomeno non caratterizza il solo ambito della prevenzione sul lavoro: analoghe tendenze possono infatti individuarsi anche nel settore delle attività sportive pericolose, in particolare nei casi di responsabilità colposa dei gestori degli impianti sciistici.

Basti ricordare il caso della sciatrice che, procedendo lungo una pista regolamentare, era entrata in collisione con un terzo sopraggiunto da un fuori pista, il

¹⁹² Ampliamente FORNARI D., *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti della giurisprudenza" sul terreno della imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 719 ss.; MASSARO A., *"Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass., pen.*, 2009, p. 4699 ss.; PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit., p. 564 ss. Già prima v., in particolare, FORTI G., *La descrizione dell'"evento prevedibile" nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1559 ss.; ID., *Colpa ed evento*, cit. p. 418 ss.

¹⁹³ Per esemplificazioni ulteriori di questa prassi in ambito lavorativo v. MICHELETTI D., *La colpa esclusiva del lavoratore*, cit., p. 345 ss. e p. 359 ss., e già prima ID., *Il paternalismo penale*, cit., p. 303 ss. e, in partic., p. 309 ss. Diversamente, nel settore stradale la giurisprudenza è più propensa a ricomprendere l'evidente autoesposizione al pericolo della vittima tra le ragioni di atipicità dell'evento, seppure con qualche confusione circa il luogo "dogmatico" in cui collocare detta valutazione, che è quello della c.d. concretizzazione del rischio, logicamente precedente al giudizio di c.d. causalità della colpa (per l'esemplificazione di alcune condivisibili pronunce v. op. ult. cit., p. 310). Più in generale in argomento v., *ex plurimis*, FORNARI D., *Descrizione dell'evento*, cit., p. 725 ss.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. IV. 13 giugno 2013, n. 38129, cit.

quale invadeva la pista regolare da uno dei suoi lati, saltando da un dente formatosi al bordo della stessa. Sul presupposto che la normativa vigente (in particolare l'obbligo di delimitazione e quello di protezione della pista previsti dagli artt. 9, 11, comma 2, lett. b) e 13, comma 1, della legge della Provincia di Bolzano, 23 novembre 2010, n. 14) fosse volta a tutelare lo sciatore soltanto dalle collisioni con ostacoli esterni conseguenti a possibili uscite di pista – non invece dagli scontri con terzi che invadano imprudentemente la pista dai lati – il Giudice di Pace aveva assolto tutti gli imputati dal reato di omissione colposa ex art. 40, comma 2, c.p., (in riferimento ai suddetti articoli della legge provinciale e agli artt. 113 e 590, comma 2, c.p.).

Per quanto condivisibile, l'interpretazione dello scopo delle norme violate fornita dal Giudice di pace è stata prontamente sconfessata dai giudici di legittimità: annullando il verdetto assolutorio, questi stabilivano che il pericolo da prevenire, oggetto della posizione di garanzia del gestore, non sia solo «quello interno alla pista: ed invero l'obbligo di protezione [...] riguarda *anche i pericoli atipici, cioè quelli che lo sciatore non si attende di trovare*». Certo – i giudici hanno cura di sottolinearlo – «deve escludersi che un tale obbligo di protezione si possa dilatare sino a comprendervi i c.d. pericoli esterni», ma – si aggiunge – «il gestore, nel caso in esame, doveva prevenire quei pericoli fisicamente esterni alle piste, ma cui si poteva andare incontro anche in caso di comportamento imprudente di terzi»¹⁹⁵. La dilatazione dello spettro cautelare è evidente: è vero, infatti, che l'art. 13, comma 1, prevede che le piste siano protette «da pericoli oggettivi ed atipici», ma l'esemplificazione subito successiva («in particolare dal pericolo di valanghe e frane») consente agevolmente di escludere che l'evento verificatosi nel caso in esame potesse ricomprendersi tra quelli che la norma mirava a evitare. Quando alla *ratio* dell'obbligo di delimitazione, invece, è lo stesso art. 9, comma 1, a esplicitarla, confermando la lettura datane in primo grado: la finalità, infatti, è quella di «rendere chiaramente visibile il tracciato ed il confine tra area sciabile attrezzata ed area non attrezzata, anche in condizioni di scarsa visibilità»; dunque, di evitare che, non rendendosi conto del confine, lo sciatore esca dalla pista ed entri in collisione con un qualche ostacolo esterno (ovviamente di tipo “naturalistico”, come potrebbe essere un albero o un masso). Ad ogni modo, ogni forza

¹⁹⁵ Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2015, n. 44796, in *DeJure*, massimata in *Diritto & Giustizia* 2015, 10 novembre (cors. nostro).

definitorio è vano se poi si conclude, come fanno i giudici, che in capo al gestore di impianti sciistici sussiste l'obbligo (generico) di «porre in essere *ogni cautela* per prevenire i pericoli anche esterni alla pista ai quali lo sciatore può andare incontro»¹⁹⁶.

Altre volte, invece, l'estensione “analogica” non ha interessato lo spettro preventivo della regola cautelare, ma ha investito l'*Anlaß* che ne attualizza l'obbligatorietà. Si è già fatto l'esempio della base situazionale di pericolo presupposta dalla regola impositiva della manovra di emergenza, dilatata oltremisura dalla giurisprudenza stradale. Il fenomeno, però, non riguarda unicamente le regole esperienziali di colpa generica – dove è più facile che si innesti una logica predittiva “dilatativa” dell'*Anlaß* – ma se ne registrano alcune manifestazioni anche in presenza di regole scritte, peraltro determinate quanto alla descrizione dei propri presupposti operativi.

Per un esempio ormai famoso, si pensi al caso in cui la figura della colpa generica residuale è servita per imporre al gestore di una pista di go-kart data a noleggio l'impiego di un casco integrale da parte dei frequentatori, sebbene non fosse integrata la situazione di pericolo atta a farne scattare la doverosità: oltre ad avere un contenuto modale definito (l'obbligo di utilizzo del casco), infatti, la regola cautelare prevista dalla Federazione italiana karting descrive tassativamente la situazione di rischio che ne determina la cogenza, limitandola alle sole ipotesi di «svolgimento di una gara». Nel caso di specie, l'evento *hic et nunc* (lesioni patite a seguito della caduta dal veicolo) rientrava indubbiamente nello spettro di rischio che la norma si prefiggeva di evitare, mentre la manipolazione applicativa è servita a ricollegarne l'obbligatorietà a presupposti diversi da quelli tipizzati (la circolazione fuori gara)¹⁹⁷.

In molti casi, poi, l'intervento fagocitante della colpa generica è risultato nell'applicazione “retroattiva” di regole cautelari non ancora cogenti o ancora indisponibili al momento della condotta (fenomeno della c.d. cripto-retroattività

¹⁹⁶ In senso conforme già Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2004, n. 27861, Rv. n. 229073, in *Cass. pen.*, 2006, p. 147 (cors. nostro).

¹⁹⁷ Cass., sez. IV, 1 febbraio 2000, ud 17 dicembre 1999, n. 1170, con nota di MICHELETTI D., *Colpa generica residuale*, in *Studium iuris*, 2000, fasc. 7-8, pp. 907-908. Sempre in merito alla sicurezza all'interno di un kartodromo, per una giurisprudenza favorevole alla prospettazione della colpa generica residuale, v. più di recente Cass., sez. IV, 20 gennaio 2014 n. 2343, con nota di RISICATO L., *L'insicurezza del kartodromo tra colpa specifica e “assenza di buon senso”*, in *Giur. it.*, 2014, fasc. 5, c. 1220 ss.

sfavorevole), permettendo così la sostituzione dell'area di rischio consentito previamente definita dal legislatore con una di matrice giurisprudenziale.

Basti ricordare il caso di infortunio occorso a un trattorista agricolo che cadeva da un trattore-cingolato ancora privo di cinture di sicurezza¹⁹⁸. La responsabilità del datore di lavoro – correttamente esclusa nei due gradi di merito stante la posticipazione, a un periodo successivo rispetto all'accaduto, dell'obbligo di dotare i veicoli agricoli di cinture o di altri strumenti anticaduta (cfr. circolare del Ministero del Lavoro del 16 marzo 2005) – fu invece ravvisata dai giudici di legittimità nella «violazione della generale e residuale disposizione di cui all'art. 2087 c.c.», che onera quest'ultimo «di una particolare e qualificata prudenza imponendogli di predisporre le misure idonee a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori: da individuarsi, nel caso di specie, nel montaggio di cinture di sicurezza o nell'applicazione di altro mezzo di trattenuta». Tutto ciò – i giudici lo esplicitano – benché l'emanazione delle Linee Guida ISPESL fosse stata rimandata (queste furono infatti elaborate solo nel 2007, cfr. circolare del medesimo Dicastero del 28 marzo 2007, n. 3), e benché il garante «si attenne alle misure alternative da adottare nel frattempo (secondo quanto raccomandato nella circolare del 2005)».

Viceversa, anche sotto questo profilo, la giurisprudenza civile si è dimostrata più rispettosa dei principi previsti a garanzia dell'imputato (nella specie quello di irretroattività *in pejus*), escludendo la responsabilità del datore di lavoro (*ex art. 2087 c.c.*) in alcune ipotesi in cui la normativa cautelare era stata introdotta successivamente ai fatti dedotti in giudizio, fermo in ogni caso il diritto di indennizzo la cui attribuzione prescinde da colpa¹⁹⁹.

5.4. Segue: fino al dovere di massima sicurezza possibile *ex art. 2087 c.c.* e al *maximum standard* di diligenza nella colpa medica

¹⁹⁸ Il caso, già riportato criticamente da MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 49, è tratto da Cass. pen., sez. IV, 3 giugno 2014, n. 36348 in *Diritto & giustizia*, 4 settembre 2014 (cors. nostro), che è giunta a disporre l'annullamento di una (condivisibile) doppia assoluzione di merito.

¹⁹⁹ Per un esempio v. Cass., sez. lav., 25 giugno 2009, n. 14946, in *DeJure*, massimata in *Giust. civ. Mass.*, 2009, fasc. 6, p. 983.

Ma non è ancora tutto: sempre in ambito lavorativo, l'innesto della colpa generica *ex art. 2087 c.c.*, stavolta nella sua funzione interpretativo-promozionale, ha addirittura permesso di veicolare addebiti di responsabilità per rischi oggettivamente imprevedibili al momento della condotta, perché ancora scientificamente ignoti, se non in tutto, perlomeno nella loro particolare *magnitudo* (si pensi all'esposizione ad amianto, di cui era da tempo nota la pericolosità per la salute, con conseguente apparato di regole cautelari volte a "ridurre al minimo" la dispersione di polveri, ma la cui specifica cancerogenità è stata scoperta solo in un momento successivo).

Nei casi di "scarto" tra le conoscenze disponibili al momento dei fatti e le nuove (o più diffuse e consolidate) conoscenze possedute *ex post*, il rischio – inveratosi più volte – è quello dell'applicazione retroattiva di una regola cautelare indisponibile al momento della condotta (in relazione al tipo di evento occorso), ovvero della valutazione giudiziale dei rischi: la scoperta scientifica avviene solo in sede di giudizio, quando si prende atto di un aspetto della realtà naturale prima solo sospettato (o addirittura ignorato), e spinge l'interprete a rimodellare *in pejus* tanto i parametri applicativi della colpa (generica), quanto le situazioni che fanno scattare l'obbligo di agire²⁰⁰. Al momento del fatto, invece, in mancanza di leggi scientifiche capaci di spiegare le dinamiche causali di certi fenomeni o di certe malattie (come appunto il mesotelioma della pleura da amianto), è obiettivamente impossibile formulare quel giudizio puntuale di evitabilità dell'evento che sostanzia la natura modale della cautela²⁰¹.

Per colmare *ex post* questo *deficit* – si pensi alle vicende, già citate e tristemente note, relative alle morti per tumore da esposizione all'amianto²⁰² – la giurisprudenza

²⁰⁰ SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, fasc. 4, p. 1193 ss.

²⁰¹ Sullo scollamento tra conoscenze *ex ante* ed *ex post*, v. già PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., in particolare p. 1488 s. e, da ultimo, ID., voce *Colpa*, cit. p. 251 s.; PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. e proc.*, p. 649 ss., nonché STORTONI L., *Che ne è della colpa penale?*, cit., p. 56 ss.

²⁰² Il *leading case* affrontato in primo grado dalla Pretura di Torino nel 1996 (Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto Beraud, in *Foro it.*, 1996, fasc. 2, p. 107 ss.) coinvolgeva un operaio alle dipendenze di alcune società (imprese Siceat e Beraud), deceduto nel 1992 per un tumore al polmone, che aveva prestato attività edilizia di coibentazione in cantiere, facendo uso dell'ormai noto "Asbestospray" (anche detto "amianto a spruzzo"), tra il 1961 ed il 1970. Il datore di lavoro, proprietario e titolare delle due imprese, fu chiamato a rispondere del reato di omicidio colposo *ex art. 589 c.p.*, consumatosi nel 1992. Per gli sviluppi della vicenda v. App. Torino, sez. III, 15 ottobre 1996, Barbotto Beraud, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1448 ss., con nota di PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit. e Cass., 19 settembre 1997, Barbotto Beraud, in *Ind. Penale.*, 1998, p. 541 ss.

si è invece aggrappata sulla predicabilità di un'indistinta rischiosità della sostanza, finendo così per assimilare due tipologie di eventi (disagi derivanti dal contatto con polveri fastidiose o, al più, patologie polmonari non mortali come l'asbestosi, da un lato, e malattie cancerose come il mesotelioma, dall'altro) di ben diversa natura e gravità. Per cui, ammesso e non concesso che l'evento non prevedibile potesse essere evitato attraverso l'adozione delle cautele doverose per impedire gli eventi del primo tipo, allora prevedibili, è comunque discutibile che fosse possibile formulare un giudizio positivo di concretizzazione del rischio.

L'utilizzo della sostanza nelle lavorazioni, infatti, è stato vietato solo con la legge 257/1992 (quando ne era ormai nota la reale pericolosità), mentre le regole disponibili *ex ante* – le prime condotte rilevanti risalivano agli anni '60 del secolo scorso – non erano pensate per fronteggiare una malattia mortale come il mesotelioma pleurico (per la buona ragione che non se ne conosceva il collegamento causale con l'amianto)²⁰³.

Peraltro, si trattava di regole palesemente “aperte” (v. art. 2087 c.c. in combinato con l'art. 21 del D.P.R. 303/1957) e di natura programmatica, che si limitavano a prescrivere l'adozione di provvedimenti atti a ridurre *per quanto possibile* lo sviluppo o la diffusione di polveri nell'ambiente lavorativo; e, come tali, avrebbero richiesto ben altra attenzione nell'individuazione del proprio contenuto percettivo, questo da reperire necessariamente altrove (ad es. in altre disposizioni dello stesso D.P.R. che imponevano la messa a disposizione di dispositivi di protezione individuale, da individuare in quelli disponibili all'epoca sul mercato, quali mascherine o caschi protettivi in grado di ridurre i rischi connessi all'inalazione delle polveri; o, ancora, l'adozione di impianti di aspirazione; la limitazione dei tempi di

²⁰³ Le prime limitazioni all'impiego di amianto in Italia furono introdotte con l'Ordinanza del 26 giugno 1986, attuativa della direttiva CEE 83/478, che consentiva, solo in limitati casi e fino all'aprile del '91 la commercializzazione e l'utilizzo dell'amianto blu. Due anni dopo (D.P.R., 24 maggio 1988, n. 215) il divieto di utilizzo e di immissione sul mercato viene allargato a tutti i tipi di amianto; infine, con la legge 257/92 il nostro paese ha vietato l'estrazione, l'importazione, l'esportazione, la commercializzazione e la produzione di amianto e di prodotti contenenti amianto. La stessa legge definisce inoltre i valori limite di concentrazione di fibre; i riferimenti normativi per la classificazione, l'imballaggio e l'etichettatura, introduce il controllo sulle dispersioni delle lavorazioni e sulle operazioni di smaltimento e bonifica; predispone Piani Regionali di protezione dell'ambiente, decontaminazione, smaltimento e bonifica ecc. Risalgono alla fine degli anni '80-inizi anni '90 anche le normative (in gran parte attuative di direttive europee) sui dispositivi di protezione individuale (v. d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 475) e quelle introduttive di norme specifiche per la protezione dei lavoratori (cfr. d. lgs. 15 agosto 1991, n. 277).

esposizione e la visita medica cui sottoporre periodicamente i lavoratori esposti) e, soprattutto, ben altra attenzione nella ricostruzione della *ratio* modale degli accorgimenti cautelari così individuati, questa da ancorare alle generalizzazioni nomologiche ed esperienziali che ne avevano suscitata l'adozione²⁰⁴.

Certo, sempre a condizione di partire dalla prospettiva normativa della colpa: adottando la logica predittiva, come è accaduto anche nel processo sul Petrolchimico di Porto Marghera, si potrà predicare la tipicità di qualsiasi risultato dannoso²⁰⁵. A detta della relativa pronuncia, infatti, a differenza delle regole cautelari "rigide", quelle "aperte" sarebbero per definizione volte a prevenire un ampio spettro di eventi dannosi, anche di natura diversa da quelli che il legislatore "storico" aveva considerato al momento della previsione²⁰⁶. Anche in questo caso, il riferimento va alle norme di cui gli artt. 20 e 21 del citato D.P.R., indicate, insieme all'art. 2087 c.c., come le «regole cautelari di origine normativa» cui guardare per saggiare la tipicità della condotta colposa degli imputati; senza null'altro esplicitare quanto al comportamento modale specificamente richiesto, che avrebbe permesso di impedire l'evento. O meglio, si ritiene che «la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni sia pure indistinta potenzialmente derivante dal suo agire» – anche se si tratti di «conseguenze [...] non ancora interamente descritte e conosciute» – avrebbe dovuto convincerlo ad «astenersi», «ad adottare più sicure regole di prevenzione», ad «attuare le misure di prevenzione tecnologicamente più avanzate pur se non generalmente

²⁰⁴ In argomento la letteratura è vastissima: tra i tanti lavori cfr. PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1475 ss. e, più di recente ID., voce *Colpa*, cit., p. 251 ss.; BARTOLI R., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, cit., p. 36 ss.; PERINI C., *Gli stadi della tutela e la spiegazione causale*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C. E., vol. X, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, a cura di DEIDDA B.-GARGANI A., Torino, Giappichelli, 2012, p. 152 ss.; PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 151 ss.

²⁰⁵ Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, cit. Nella vicenda, nota a tutti, si presentava uno scenario simile a quello dei processi sull'amianto, ma ancora più complesso, relativo a eventi sia di morte che di malattia di alcuni lavoratori esposti a CVM (cloruro di vinile monomero) in un momento (gli inizi degli anni '70), in cui la causalità dell'esposizione rispetto alle patologie di quel tipo era solo sospettata alla luce di alcuni esperimenti sui topi, ma non era scientificamente certa; al contrario, le opinioni scientifiche sul punto apparivano ancora piuttosto divise.

²⁰⁶ Per una applicazione del citato orientamento in un caso di colpa concorrente del lavoratore v. PERIN A., *Colpa penale relazionale*, cit., p. 105 ss. Per un altro commento v. MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 346 s.

praticate», ovvero tutte «le cautele necessarie per preservare i lavoratori dal rischio per la salute»²⁰⁷.

Ai fini del disvalore di azione, non rilevarebbe dunque la (sola) condotta contrastante con un modello cautelare *conformativo* ed “*epistemologicamente fondato*”, ma sarebbe sufficiente poter affermare la mera “non escludibilità” dell’evento (o la rappresentabilità di un danno generico alla salute) da parte dell’agente modello: «la soglia – insita nei concetti di diligenza e prudenza – oltre la quale l’agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta, non è costituita dalla certezza scientifica ma dalla probabilità o anche dalla sola possibilità». Da questa base conoscitiva – in mancanza di regole cautelari formalizzate (altrove) in modo determinato e teleologicamente rivolte a prevenire il tipo di rischio in questione – l’agente sarebbe tenuto, sempre grazie al giudizio di prevedibilità-evitabilità in concreto, a trovare lui stesso un modello di prevenzione efficace a riguardo o, *in extremis*, ad astenersi cautelativamente dall’agire²⁰⁸.

Disancorando la responsabilità per colpa dalla previa diponibilità di costanti nomologiche, anche l’agente modello della teoria classica subisce una trasfigurazione: non più un soggetto tenuto a conoscere e adeguarsi a un bagaglio di saperi a disposizione del circolo sociale di riferimento, bensì l’incarnazione di un obbligo informativo superiore, esteso «alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune», anche se non applicate nel suddetto circolo «a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma»²⁰⁹. A saltare sono sia la parità, sia la possibilità dell’accesso al sapere, non più “pubblico”, fruibile nella cerchia sociale di riferimento, ma riservato, da indagare proattivamente.

²⁰⁷ Gli estratti citati sono tratti dalle massime ufficiali della sentenza, reperibili sia in *DeJure* che in *Cass. pen.*, 2009, fasc.7-8, p. 2837 con nota di DI SALVO E., *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della cassazione sul caso “Porto Marghera”*, e in *Foro it.*, 2007, fasc. 10, II, p. 550 con nota di GUARINIELLO R., *Tumori professionali a Porto Marghera*.

²⁰⁸ Parla di “destrutturazione” o cedevolezza del tipo PIERGALLINI C., *Colpa e attività produttive*, cit., p. 390 s. Per una ricostruzione dettagliata del fenomeno v. ID., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI M.-PAVARINI M., Bologna, 2011, p. 327 ss., spec. p. 345 ss.

²⁰⁹ Sul punto ampiamente ATTILI V., *L’agente-modello ‘nell’era della complessità’*, cit., p. 1240 ss. nonché, in modo parimenti critico, PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1473 ss. e ID., *Colpa e attività produttive*, cit., p. 390 ss.

Quello della responsabilità da esposizioni professionali non è nemmeno l'unico caso in cui si sono verificate simili derive verso modelli di colpa precauzionale, che segnano il definitivo tramonto dei connotati di tipicità del dovere di diligenza (qui *sub species* del dovere di aggiornamento e adeguamento cautelare al progresso). Analoghe tendenze possono infatti riscontrarsi anche in certi procedimenti per danni da catastrofi naturali, i cui esiti sono stati parimenti condizionati dalla lente deformante del senno di poi, oltre che dalle pressioni esercitate dal bisogno *emotivo* di pena di fonte a eventi tragici e, apparentemente, inspiegabili²¹⁰. Basti rievocare la vicenda, nota a tutti, del terremoto dell'Aquila e, prima ancora, quella delle colate di fango che investirono il territorio campano: ancora una volta, la valutazione di pericolosità della condotta abbandona il retroterra sicuro delle leggi scientifiche di copertura, mentre a configurare l'obbligo di prudenza è sufficiente la presenza di una serie di indicatori fattuali, sintomatici di un peggioramento della situazione di rischio (*signa facti*,

²¹⁰ Sulla vicenda delle colate di fango che colpirono il comune di Sarno v. Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in www.ambientediritto.it, che testualmente afferma: l'obbligo di cautela si configura anche se "sulla pericolosità della condotta non vi è ex ante pieno consenso della comunità scientifica".

Sulla vicenda del terremoto che colpì L'Aquila: Tribunale di L'Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, Giud. Billi, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; Corte di Appello di L'Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, reperibile in *De Jure*. In dottrina, su questa particolare vicenda v. BARBIERI M. C., *La sentenza sul terremoto dell'aquila: una guida alla lettura. Nota a Trib. di L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi e a., Giud. Billi*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 marzo 2013 e in *Corr. mer.*, 2013, p. 531 ss.; MANNA A., *Prevedibilità-evitabilità dell'evento o prevedibilità-evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, settembre-dicembre 2013, fasc. 3, p. 1 ss.; PAGLIARO A., *Bozza di osservazioni sulla sentenza 'Grandi Rischi'*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1818 s.; RISCATO L., *Il terremoto dell'Aquila davanti al giudice: un processo alla scienza o all'incoscienza?*, in *Quest. giust.*, 2013, p. 102 ss.; VALBONESI C., *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giur. pen.*, 2013, II c. 703 ss.; VIGANÒ F., *Il capo di imputazione nel processo sul terremoto dell'Aquila*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 ottobre 2012, nonché, più di recente, AMATO D., *Comunicazione del rischio e responsabilità penale. Riflessioni a margine della sentenza della cassazione sul caso "Grandi rischi"*, in *Criminalia*, 2016, p. 107 ss. e CALCINARI R., *Il fondamento della colpa nella sentenza "Grandi rischi": pronosticabilità degli eventi sismici tra profezie di sventura e delicati sistemi di allerta informativa*, *ivi*, p. 124 ss.

Più in generale, sulle le distorsioni operate sul versante della colpa penale al cospetto di calamità naturali v., tra i tanti contributi: AMATO A.-GALADINI F., *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla "Commissione Grandi Rischi"*, in *Rivista di cultura e politica scientifica*, 2013, p. 7 ss.; GARGANI A., *Profili di responsabilità penale degli operatori della protezione civile*, *cit.*, p. 235; NOTARO D., *Scienza, rischio e precauzione. L'accertamento del nesso causale colposo all'interno di dinamiche "incerte" e "complesse"*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, a cura di GESTRI M., Milano, Giuffrè, 2016, p. 252; RISCATO L., *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico fra regole cautelari "aperte" e causalità psichica*, in *Giur. it.*, 2016, c. 1232; VALBONESI C., *Terremoti colposi e terremoti della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi rischi"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1520 s. Affronta l'argomento anche PIERGALLINI C., voce *Colpa*, *cit.*, p. 252 s.

generalizzazioni empiriche, esperimenti su animali, studi epidemiologici incompleti e, addirittura, il proprio vissuto personale). Da questa rischiosità “contestuale” l’agente-tipo sarebbe poi tenuto prognosticare tutti i possibili sviluppi della situazione pericolosa e ad applicare le misure di prevenzione pertinenti al peggiore degli scenari prospettabili (c.d. logica del *max-min*).

Sorge a questo punto spontaneo domandarsi, una volta abbandonato il lido delle conoscenze causali (scientifico-esperienziali), come si debba procedere – la scienza stessa essendo incerta – per identificare i suddetti “fattori indizianti” suscettibili di fungere da presupposti operativi dell’obbligo di diligenza (precauzionale).

Se questo è il punto di partenza, inevitabile è poi anche il “crollo a cascata” tanto del criterio di copertura del rischio tipico (quindi della necessaria operazione di “ridescrizione dell’evento”), quanto della verifica circa l’efficacia salvifica delle misure cautelative supposte come doverose, per non dire della loro stessa praticabilità (si pensi alla pretesa di evacuazione cautelativa del Comune campano, in concreto difficilmente realizzabile).

La questione dell’evoluzione tecnico-scientifica relativa ai “nuovi” rischi della modernità chiama quindi nuovamente in causa il più ampio fenomeno della obsolescenza della regola cautelare formalizzata, nonché della misura di diligenza pretendibile dai privati nell’attuazione dei precetti comportamentali “aperti” loro rivolti dal legislatore (ad es. disposizioni che impongono di adottare “strumenti adeguati”, mezzi di prevenzione “idonei” o condotte cautelari “efficaci” onde ridurre “al minimo” i rischi) e, altresì, nell’espletamento degli obblighi “di sapere”, informazione e aggiornamento (v. *retro* in questo Cap., § 3)²¹¹.

Al centro, quindi, è il problema del rapporto tra potere pubblico e sfere private nella gestione dei rischi moderni: ovvero del rapporto intercorrente tra l’ordinamento, articolato nei suoi diversi apparati, che emana regole positive senza poi attualizzarle; che, nella figura del legislatore, non adempie diligentemente al proprio dovere di “buona legislazione” (cfr. Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364) e, nella figura delle diverse istituzioni pubbliche competenti (comprese quelle “della scienza”) non

²¹¹ In merito v. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 231 ss. e, già prima, MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit., p. 213 ss.

adempie al proprio dovere di *risk assessment* (dovere di valutazione e di conoscenza generale sui tipi e sulle fonti di rischio)²¹²; la comunità, che non riesce ad aggiornare spontaneamente dette regole attraverso la formazione di usi cautelari; e il singolo, spesso chiamato a sopperire a queste carenze sulla scorta di un macroscopico dovere di “informazione” sui rischi²¹³.

Quanto al primo profilo – quello degli obblighi prevenzionistici “legali” che si rivelino lampantemente superati dal successivo progresso delle conoscenze tecnologiche e nomologiche per colpa dell’inerzia legislativa (con eventuale subentro della colpa generica) – dovrebbe, come si diceva, rimanere un’ipotesi eccezionale; non ultimo perché accorda al giudice un ampio spazio interpretativo nella valutazione del grado di obsolescenza delle regole codificate, investendolo di una delicatissima discrezionalità in un certo senso “tecnica”. Oltre a sottoporre il precetto a un’eccessiva flessibilità interpretativa, il rischio è anche quello di portare all’esasperazione la valenza solidaristica del dovere di diligenza: fino a chiedere al singolo, sotto la minaccia di sanzione penale, di disattendere la disposizione cautelare superata a favore di tecnologie più sicure, ovvero sia di essere più accorto e diligente dello stesso legislatore²¹⁴.

Nel caso specifico degli infortuni sul lavoro, il tema dei doveri di adeguamento – della loro ampiezza e titolarità, pubblica e/o privata – si ripropone (più spesso) in relazione alla disciplina cautelare, “di secondo livello” e di fonte privata, contenuta nel documento di sicurezza che il datore di lavoro è chiamato a redigere sulla scorta della previa valutazione del rischio. La questione, quindi, diventa quella della messa a fuoco del criterio diagnostico da adottare nel valutare l’adeguatezza o l’idoneità dei

²¹² C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *www.giurcost.org*, spec. § 16 ss. sull’adempimento da parte dello Stato dei propri compiti costituzionali, in *primis* di quelli “attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali”.

²¹³ Per approfondimenti sui rapporti pubblico-privato nella costruzione del sistema di prevenzione e gestione dei rischi, oltre agli autori citati nel proseguo, v. STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute sui luoghi di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, fasc. 1-2, p. 55 ss.; PULITANO D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 2, p. 778 ss.; PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, *passim*.

²¹⁴ Così PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss. Sul punto v. anche le considerazioni di ATTILI V., *L’agente modello nell’era della complessità*, cit. p. 1257 s. e, con particolare riguardo alla responsabilità medica, MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 20 e p. 46. Parla di esasperazione della valenza solidaristica del dovere di diligenza GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit. p. 176 ss. In senso critico, da ultimo MARRA G., *Il diritto penale della società punitiva. L’eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in *www.discrimen.it*, 15 settembre 2020.

mezzi, degli strumenti o dei comportamenti cautelari che l'agente era tenuto ad adottare.

In effetti, il problema del superamento della regola scritta a causa del progresso scientifico si è manifestato soprattutto in relazione alle regole cautelari codificate a c.d. “struttura mista” – dal contenuto flessibilizzato e orientate alla *minimizzazione* del rischio – che necessitano la precisazione di un parametro valutativo alla luce del quale verificare l'idoneità dell'accorgimento cautelare da seguire; e, in caso di evento avverso, in relazione alle misure di prevenzione e ai dispositivi di protezione indicati nel “piano di sicurezza” dell'impresa, da valutare se abbastanza “all'avanguardia” o meno. In questi casi, infatti, l'antinomia tra la tassatività dei precetti penali – comprensivi delle norme extra-penali, qui cautelari, che li concretizzano – e il dinamismo delle condizioni di prevenzione della sicurezza nella società moderna del rischio, si fa massima. In merito, si è già accennato alla funzione di tipo “interpretativo” riconosciuta all'art. 2087 c.c. nel nuovo sistema procedimentalizzato: nel senso che sarebbe questa disposizione a distillare il criterio teleologico da seguire per saggiare la (perdurante) efficacia o adeguatezza delle misure cautelari prescritte.

Una parte della dottrina e la giurisprudenza dominante vi traggono il principio per cui il datore di lavoro sarebbe tenuto a conformare l'assetto produttivo e organizzativo della propria impresa ai migliori *standard* di sicurezza raggiunti dal progresso, in maniera tale da eliminare in radice o minimizzare quanto più possibile i rischi cui si espongono i lavoratori (principio della massima sicurezza *tecnologicamente possibile*)²¹⁵. In questi casi, anche quando il criterio di giudizio da seguire viene identificato nell'agente modello – “adeguato” è lo strumento cautelare che avrebbe prescelto l'*homo eiusdem* – il medesimo finisce in realtà per convergere

²¹⁵ In dottrina, per tutti, MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 47 ss. In merito v. anche CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 54 e p. 243 ss., nonché, GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 20, p. 70 ss., spec. p. 74 ss. e p. 83 ss., *passim*, che riconosce espressamente la capacità derogativa della colpa generica residuale onde conseguire un innalzamento dello *standard* di sicurezza. In giurisprudenza, in linea con le sentenze già citate v. Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2020, n. 11529, in *De Jure*, che calibra l'obbligo di individuazione dei fattori di pericolo e quello di aggiornamento periodico del d.v.r. alla “migliore evoluzione della scienza tecnica”; Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2019, n. 13483, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2016, n. 3616, in *DeJure*; Cass. pen., sez. IV, 10 marzo 2016, n. 20129, in *DeJure*, dove parametrizza l'adempimento del compito di valutazione del rischio alla “migliore evoluzione della scienza tecnica”.

con la migliore scienza disponibile²¹⁶. Per porre un freno all'inarrestabile corsa verso l'alto che l'orientamento "deontico" tende a ingenerare, si ha cura di precisare che la massima sicurezza di cui si parla è quella "fattibile": in pratica, l'imprenditore sarebbe tenuto ad adeguarsi alle misure prevenzionali presenti sul mercato, che abbiano già oltrepassato le soglie dei centri di ricerca e quelle dei settori avanzati o sperimentali²¹⁷.

Come accennato, a questa interpretazione se ne contrappone un'altra d'impronta "sociologica", secondo cui la necessità di ammodernare i mezzi per ridurre al minimo i rischi connessi allo sviluppo industriale andrebbe calibrata sulle conoscenze disponibili, al momento della condotta, nel circolo di riferimento e troverebbe un limite nelle applicazioni tecnologiche e nelle misure organizzativo-procedurali *generalmente praticate*, dunque riconoscibili da parte di chi opera in quel settore (principio della massima sicurezza *ragionevolmente praticabile*), seppure non coincidenti con gli ultimi ritrovati tecnico-scientifici²¹⁸. Ovviamente a patto che non siano manifestamente carenti di idoneità preventiva. Il riferimento, dunque, va alle misure indicate nella normativa cautelare tecnica cristallizzata in protocolli e linee-guida, ovvero alle *best practices* formatesi tramite un adeguamento procedimentalizzato all'evoluzione scientifica del settore; e, come anticipato, non prescinde dalla verifica del loro (persistente) livello di efficacia preventiva.

Pare in effetti irragionevole pretendere che l'imprenditore proceda a una costante sostituzione delle tecniche appena introdotte con quelle più innovative appena scoperte: se i sistemi adottati assicurano un livello di sicurezza adeguato e la condotta tenuta dell'imprenditore denota una attenzione alla necessità di adeguamento, le singole scelte dell'impresa dovrebbero essere insindacabili dal giudice²¹⁹. La paura che per questa via si legittimino prassi scorrette, foriere di una tutela "a ribasso" di beni giuridici primari, non avrebbe dunque ragion d'essere: l'indirizzo in parola,

²¹⁶ Ritiene il criterio di giudizio solo apparentemente fondato sull'*homo eiusdem*, ma di fatto coincidente con la migliore scienza ed esperienza Palazzo, in PALAZZO F.-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 148.

²¹⁷ MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 53 s.

²¹⁸ Così già C. Cost., 25 luglio 1996, n. 312, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2957 ss. e in *Giur. cost.* 1996, p. 2575 ss. e p. 2581. In merito v., tra i tanti, VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 387 ss.; DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 115 s.

²¹⁹ In questo senso, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 41944, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1512 ss.

infatti, mira a contenere l'obbligo del datore all'unico scopo di rendere accessibile la definizione delle cautele rilevanti (come imposto dall'art. 25, comma 2, Cost.), non certo per ratificare logiche antigarantiste di risparmio ai danni dei lavoratori; detto altrimenti, lo scopo è quello di meglio bilanciare i valori della libertà e della sicurezza umane (cfr. art. 41 Cost.) con quello della stabilità e necessaria determinatezza della fattispecie penale²²⁰.

Con questi correttivi le due posizioni potrebbero sembrare sostanzialmente equivalenti nei risultati: almeno a parole, nessuno si spinge a richiedere l'allineamento alle misure avanguardiste elaborate nei centri avanzati o sperimentali di ricerca, e tutti concordano sulla necessità contemperare le esigenze di sicurezza con i costi e i tempi di adeguamento ragionevolmente pretendibili dalle imprese, essendo impensabile imporre loro un rinnovamento continuo delle proprie tecnologie.

A dividerle, invece, è una differenza concettuale profonda; in fondo, sempre la solita: tra una concezione che incardina il disvalore di azione colposa su modelli di prevenzione di tipo impersonale, che l'agente – “fruitore” di cautele – è unicamente tenuto riconoscere e applicare; e una concezione che pensa la colpa penale in termini di “prevedibilità-evitabilità” del rischio, ovvero predilige i “tipi aperti” per rispondere a istanze “pubblicistiche” di maggior tutela; una logica, questa, che nei contesti di incertezza scientifica ha dimostrato chiaramente la sua facile manipolabilità: breve, infatti, è il passo che separa la prevedibilità dalla non impossibilità (o la verosimiglianza) del rischio²²¹; e, una volta stabilito che l'insorgenza del rischio non era “impossibile”, ancor più diretta è la conclusione per cui l'agente modello avrebbe sicuramente trovato il modo di impedirlo o bloccarne il successivo decorso: astenendosi, ovvero sia bloccando la produzione in via precauzionale, se le tecniche preventive disponibili non assicurino margini di evitabilità adeguati alle esigenze di sicurezza (quali, se il rischio cui si è esposti non è compiutamente noto?); oppure,

²²⁰ Per questo correttivo v. ATTILI V., *L'agente modello nell'era della complessità*, cit., p. 1240 ss. Similmente PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 233 s. e, già prima, MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit., p. 212 ss., spec. p. 214. Sul punto v. anche DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 116.

²²¹ Lo confermano le parole di Cass. pen. sez. IV, 10 gennaio 2019, n. 27186, in *DeJure*, per cui, anche l'evento raro, mai verificatosi prima nell'attività di impresa svolta, “non è l'evento impossibile” (ma quale evento lo è?) e dunque rientra tra quelli che dovevano essere previsti. Sulle distorsioni patite dal giudizio di prevedibilità v., altresì, le considerazioni di GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., *passim*.

reperendo e implementando misure cautelari più avanguardiste, non diffuse, ma “tecnologicamente possibili”²²².

Al contrario, il riferimento alle fonti private – con le precisazioni di cui si dirà – potrebbe incidere sull’orbita del tipo introiettandovi dosi di determinatezza maggiori.

Se questo è lo scenario, la questione da risolvere con più urgenza è quella di ordine generale, relativa ai rapporti tra pubblico e privato nella gestione dei rischi (spesso “macro-rischi”) della modernità. Una questione, questa, che chiama necessariamente in causa anche il ruolo dei saperi esperti, unici in grado di fornire quei presupposti conoscitivi indispensabili per l’individuazione delle situazioni di rischio e delle regole cautelari tecnicamente fondate.

Scienza e politica sono quindi ambedue inevitabilmente coinvolte, ognuna per la propria parte. Ai saperi esperti è sicuramente precluso il compimento di scelte politiche, normo-valutative: la traduzione del bilanciamento costituzionale di interessi e il governo della cosa pubblica spettano infatti al legislatore, il quale però, in assenza di coordinate tecniche e scientifiche, è incapace di predisporre modelli normativi di tutela razionali e adeguati. A monte dei doveri statuali “di buona legislazione” – che se si vuole rappresentano un aspetto del *risk management* complessivamente inteso – stanno “doveri di sapere” relativi al profilo dell’*assessment*, che competono ad altre

²²² Sull’ingresso del principio di precauzione a fondamento del rimprovero colposo per l’evento cfr., *ex plurimis*, v. STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003, nonché ID., *La costruzione giuridica della scienza*, cit., p. 55 ss.; RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo II, *Teoria della pena - Teoria del reato*, a cura di DOLCINI E.-PALIERO C. E., Milano, Giuffrè, 2006, p. 1743 ss.; FORTI G., “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss. e, di nuovo, ID., *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, a cura di FORTI G.-BERTOLINO M., Napoli, Jovene, 2007, p. 573 ss.; GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 227 ss.; PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 647 ss.; CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne, 2012; DE FRANCESCO G., *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, fasc. 6, p. 665 ss.; MASULLO M. N., *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi della responsabilità dell’individuo e dell’ente*, Napoli, ESI, 2012; CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell’anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2013.

istituzione pubbliche, comprese come si diceva quelle “scientifiche”; doveri di conoscenza però ben diversi da quelli che fanno capo ai privati²²³.

Responsabilità della scienza è quella relativa al conseguimento, all’ampliamento, al perfezionamento e alla costante verifica del sapere tecnico-scientifico sulle fonti e le tipologie di rischio: questa è *condicio sine qua non* per la predisposizione di un tessuto generale di regole cautelari (statuali), capaci di orientare i garanti privati. È evidente, infatti, che più è corposo e affidabile il patrimonio conoscitivo messo a disposizione, più i soggetti investiti di poteri normativi prima, e i “debitori di sicurezza” privati poi, saranno in grado di adempiere ai loro rispettivi doveri.

Sul cittadino, invece, non grava né l’uno né l’altro dei richiamati doveri “generali”: lo svolgimento di attività di ricerca scientifica rientra certamente tra i suoi diritti, ma non per questo egli può esservi costretto sotto la minaccia della pena. Tutto l’opposto: al cospetto dell’ordinamento penale, il singolo garante deve rimanere un *fruitore* tanto della scienza, che delle cautele espressive dei margini di rischio consentito. Al privato si richiede unicamente di reperire le misure di prevenzione e protezione pertinenti alle situazioni di rischio precedentemente rilevate, cui dare attuazione all’interno della propria organizzazione. Un’operazione di programmazione e gestione, questa, che va dunque condotta alla stregua di criteri *normativi*, di regole cautelari espresse o implicitamente desumibili dall’ordinamento giuridico. Detto altrimenti, l’intervento del singolo si colloca “a valle” del complesso sistema di prevenzione e gestione del rischio e, come tale, presuppone il funzionamento di tutti i precedenti anelli della catena.

Rimanendo in tema di sicurezza sul lavoro, ciò non significa tuttavia disconoscere che sul garante privato facciano capo anche una serie di obblighi di acquisizione di conoscenze e di aggiornamento: in particolare, l’obbligo di rivedere periodicamente il documento di valutazione del rischio alla luce del progresso tecnico-scientifico e, conseguentemente, quello di allineare le misure di sicurezza ivi previste alle progressive acquisizioni (cfr. art. 15, lett. z), d.lgs. 81/08)²²⁴. Deve però trattarsi

²²³ Un modello di “buona legislazione” si trova tratteggiato in Corte cost., 23-24 marzo, 1988, n. 364, in www.giurcost.org.

²²⁴ In giurisprudenza v. ad es. Cass. pen., sez. IV, 10 marzo 2016, n. 20129, cit.

di tecniche cautelari già collaudate, penetrate nel settore di riferimento nella veste di *best practices*, quindi di un sapere già acquisito nella comunità scientifica.

Semmai, specialmente nelle organizzazioni complesse, può accadere che l'agente venga a contatto con studi scientifici ancora privi di conferma che prefigurano fattori di rischio nuovi (o più gravi): in tal caso, è ragionevole ritenere che il dovere informativo che grava sul garante gli imponga di tenere sotto controllo i successi sviluppi dell'ipotesi scientifica postulata, che però è cosa ben diversa dall'onerarlo di un obbligo ultra-prudenziale di apprestare cautele ulteriori (verosimilmente ancora inesistenti).

Accorta dottrina ha inoltre cura di precisare che rispetto ad attività che mostrano contorni nuovi – si fa l'esempio dell'inserimento di processi di produzione non ancora attuati su larga scala – può muoversi anche la pretesa di una previa acquisizione di conoscenze maggiori (a confermarlo anche gli artt. 229, comma 7, e 242, comma 5, del d. lgs. 81/2008). Trattasi, in pratica, di quel dovere di approfondire le conoscenze generali sulle tipologie di rischio, che normalmente compete alle istituzioni pubbliche (in particolare a quelle “della scienza”), ma che può anche gravare sul privato in relazione ad attività di tipo nuovo, oppure al verificarsi di nuove esperienze che pregiudicano le condizioni di esercizio delle attività già in corso (il verificarsi di incidenti, l'emergere di alcune patologie sui lavoratori “esposti” a seguito degli accertamenti sanitari obbligatori ecc.)²²⁵.

Un discorso a parte, invece, meriterebbero le attività sperimentali, che comunque non muovono da un “vuoto” normativo, ma si sviluppano anch'esse attraverso appositi procedimenti cautelari: anche la sperimentazione parla un linguaggio “protocollare” e risulta infatti vincolata a quella particolare categoria di regole “tecniche” che costituiscono i c.d. protocolli di sperimentazione²²⁶.

In ultimo, merita ricordare che l'insieme di compiti in cui si articola la progettazione e gestione della sicurezza necessita ampia cooperazione: non solo in ragione della loro mole, ma anche e soprattutto a causa della loro complessità fattuale e tecnica. Detto altrimenti, non è pensabile che il garante apicale abbia un dovere di

²²⁵ Di questo avviso PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit., p. 778 ss.

²²⁶ Per approfondimenti v. per tutti, GIUNTA F., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 102 ss., spec. p. 104 s. e, più di recente, ID., *Protocolli medici*, cit., p. 819 ss.

“fare tutto da sé”: vi sono infatti questioni che esigono un apporto di conoscenza, di esperienza o di abilità specialistica di altri, di fronte alle quali il datore di lavoro ha un dovere più che altro decisionale, di organizzazione e direzione.

Di regola, quindi, il sapere che a quest’ultimo è richiesto di possedere è quello sufficiente ai fini dell’indirizzo dell’impresa; mentre lo stesso non è tenuto ad acquisire in prima persona conoscenze scientifiche di tipo specialistico (v. artt. 32 e 34, d. lgs. 81/2008)²²⁷. Un sapere e una specializzazione tecnica sono invece pretesi in capo a soggetti che, in virtù della divisione dei compiti, svolgono funzioni tecnico-scientifiche (ad es. il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, o RSPP). Il sapere specialistico indispensabile all’adempimento dei compiti datoriali (o, più in generale dei soggetti apicali), primo tra tutti quello pertinente alla valutazione del rischio, deve dunque derivargli dal contributo di altri, ovvero dal funzionamento del sistema di sicurezza complessivamente inteso. Al soggetto che ne ha la direzione, allora, spetta essenzialmente il compito di assicurare le condizioni perché ciò accada, ovvero esercitare il proprio potere di scelta organizzativa in modo tale da consentire agli altri soggetti coinvolti di adempiere efficientemente alle attribuzioni di propria competenza.

Con le dovute differenze, la questione del rapporto tra sapere incerto, evoluzione scientifica e dovere di adeguamento cautelare si ripropone anche nel settore medico. Da un lato, infatti, il tramonto del rapporto paternalistico medico-paziente ha rafforzato la domanda di tutela (anche penale) dell’interesse alla salute, oggi da proteggere anche contro le mancanze del terapeuta e dell’organizzazione sanitaria, nelle cui (uniche) mani era invece precedentemente rimessa. Dall’altro lato, però, a questa sottrazione delle scelte terapeutiche del medico dall’alveo dell’“insindacabilità” si è abbinata una profonda incertezza riguardo alle regole tecnico-scientifiche necessarie per la gestione del rischio (sia patologico che clinico) corso dagli interessi del paziente; regole parimenti indispensabili per valutare la fondatezza e la correttezza delle opzioni terapeutiche praticate in caso di esito infausto.

Infatti, a dispetto del notevole sviluppo in termini di conoscenze e tecniche sanitarie a disposizione, la medicina moderna è stata definita la medicina

²²⁷ Lo rileva PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit.

“dell’incertezza”²²⁸: un esito, questo, solo apparentemente paradossale se si tiene a mente quanto emerso dall’analisi sociologica del rischio (cfr. *retro* Cap. I). Anche in campo medico, infatti, lo straordinario progresso scientifico e le grandi innovazioni tecnologiche si sono accompagnate a un aumento, quasi proporzionale, dell’incertezza causale: se, da un lato, il novero delle leggi scientifiche di spiegazione causale dei fenomeni biologici e patologici dell’essere umano è decisamente cresciuto; dall’altro, ognuna di queste conquiste ha fatto da base per la prospettazione di nuove ipotesi causali, che richiedono future convalide per poter raggiungere uno *status* di maggiore certezza e applicabilità²²⁹.

Da che, la già citata insicurezza nell’individuazione delle correlative *leges artis*, ontologicamente riluttanti alla standardizzazione: la pluralità dei saperi, il loro perenne mutamento, la specificità di ogni singolo caso clinico – talvolta inadattabile al modello di cura scientificamente valido nella maggior parte dei casi – complicano notevolmente la valutazione circa la validità della piattaforma scientifica posta a supporto alla terapia praticata dal medico. Le conseguenze di questa complessità sul versante dell’imputazione penale colposa sono ben note.

Trascurando anche qui le problematiche legate alle distorsioni del nesso causale, che esulano dall’oggetto della presente ricerca, il riferimento va alla tendenza giurisprudenziale a sfruttare il carattere “aperto” delle *leges artis* per intensificare la tutela contro il rischio terapeutico, ovvero – sempre sotto l’influenza della logica del “*post hoc, propter hoc*” – alla prassi di innalzare lo *standard* di diligenza doveroso incarnato dall’agente modello, il cui carattere atipico consente di trovare sempre una regola ulteriore il cui rispetto avrebbe garantito di evitare l’evento. A ciò si aggiunga, nei casi di particolare difficoltà e complessità tecnica, la pratica di espungere il rinvio all’art. 2236 c.c. dalla colpa penale; con conseguente torsione del principio di sussidiarietà rispetto al diritto civile, le cui regole imputative vengono superate in modo poter imputare comunque l’evento infausto. Infine, soprattutto nei casi di responsabilità per omissione, merita un cenno la tendenza a sovrapporre la colpa con la causalità, ovvero a costruire la tipicità colposa su base causale: l’identificazione

²²⁸ Così PALAZZO F., *Relazione di sintesi*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 700.

²²⁹ Sul punto cfr. PALAZZO F., *Causalità e colpa*, cit., p. 1233 s., che perciò distingue “*due facce, come Giano bifronte*” del progresso medico-scientifico.

dell'atto terapeutico omesso, che la scienza riconosce dotato di efficacia impeditiva, basta a muovere un rimprovero colposo; con l'effetto ultimo di staccare la responsabilità da una realistica esigibilità del comportamento impeditivo asseritamente doveroso²³⁰. In breve, l'"apertura" alle peculiarità del caso concreto e la dipendenza da uno specifico razionale scientifico in costante divenire, rendono le *leges artis* mediche facilmente manipolabili dall'interprete, anche in questo caso propenso a sfruttarne il carattere "aperto" onde garantire maggior tutela all'offeso. Come accade nel settore dell'attività imprenditoriale, l'incertezza dei criteri imputativi finisce per tradursi in un rigorismo giurisprudenziale che genera negli operatori la sensazione di un c.d. rischio penale generalizzato, esteso a coprire anche la frazione di rischio "lecito" insito nell'attività.

Tuttavia, è altresì noto che al suddetto orientamento rigorista e al dilagante fenomeno di c.d. medicina difensiva (vuoi positiva, vuoi negativa) che vi ha fatto seguito, abbiano reagito gli ultimi due interventi di riforma (d.l. 13 settembre 2018, n. 158, conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189, c.d. Balduzzi, e legge 8 marzo 2017, n. 24, c.d. Gelli-Bianco); entrambi nella direzione di una più decisa formalizzazione del tipo, raggiunta grazie al recepimento di un ideale regolativo "privato"²³¹.

Ai fini del presente discorso, è proprio questo l'aspetto che preme evidenziare. Nel fenomeno dell'auto-normazione, infatti, può scorgersi un interessante "filo rosso" che lega il settore dell'attività medica a quello, per altri versi profondamente diverso, della sicurezza sul lavoro e dell'attività di impresa. In entrambe le suddette macro-aree, l'avvento della modernità e la connessa globalizzazione hanno infatti decretato il dominio di una scienza tanto incerta, quanto indispensabile, con conseguente erosione della valenza conformativa della regola cautelare rilevante nella colpa; in entrambe, l'antidoto contro lo speculare allargamento degli spazi di discrezionalità del

²³⁰ In argomento v. PALAZZO F., *Causalità e colpa*, cit., p. 1231 ss., nonché GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 589.

²³¹ Sul problema della medicina difensiva, divenuto ormai un *topos* nella dottrina penalistica, v. FORTI G.-CATINO M.- D'ALESSANDRO, F.-MAZZUCATO C.-VARRASO G. (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, ETS, 2010; ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012; MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, Pisa University Press, 2014, nonché ID., *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 1176 ss.; CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 41 ss.

giudice penale si è scorto nel rilievo da accordare, sia pure con meccanismi diversi, a forme di auto-regolamentazione privata²³².

6. Focus: istanze di autonormazione vs. istanze “pubblicistiche”

Sebbene tradizionalmente ostile all’idea che la regola di comportamento possa essere plasmata dai suoi stessi destinatari, organizzati in comunità di esperti o ceti professionali, anche il diritto penale – “statuale” d’elezione – si è dovuto arrendere di fronte all’incapacità dei decisori pubblici (carenti delle competenze scientifiche necessarie) a distillare regole puntuali e determinate, adeguate alle esigenze sistematiche della tipicità²³³. Da che l’apertura del sistema penale al fenomeno dell’autoregolazione, soprattutto se proveniente da comunità di esperti scientificamente autorevoli, che non patiscono il *deficit* conoscitivo dell’organo pubblico e sembrano dunque capaci di garantire una gestione più efficace del rischio.

Tra le caratteristiche della società del rischio, infatti, non può dimenticarsi la fioritura di “comunità epistemiche”, composte da soggetti detentori di “saperi esperti”, che intervengono nella gestione dei nuovi rischi con una legittimazione appunto radicata nelle loro capacità “superiori” (si pensi ai membri delle società tecnico-scientifiche professionali cui si deve la predisposizione di protocolli e *medical guidelines*)²³⁴. In effetti, non è certo azzardato conferire maggior credibilità ai prodotti ottenuti dal lavoro delle più autorevoli società scientifiche, peraltro costantemente aggiornato e sottoposto a sistematica revisione, rispetto all’opinione del singolo interprete, privo di competenza specifica e costretto ad affidarsi alle considerazioni dei periti medico-legali, sul quale finisce altrimenti per ricadere la valutazione.

²³² In tema, v. TORRE V., *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività d’impresa*, Bononia University Press, 2013, *passim*; PIERGALLINI C., *Autonormazione*, cit., p. 261 ss. Da ultimo v. PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 155 ss., nonché BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell’autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1477 ss., spec. p. 1488 ss.

²³³ In argomento, cfr. PALAZZO F., in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 155 s. e, similmente, BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p.1496 ss., spec. p. 1499 s., che ricostruisce dettagliatamente le ragioni storiche che hanno spinto il legislatore penale ad affidarsi alle fonti auto-regolative per raggiungere i propri obiettivi.

²³⁴ PIERGALLINI C., *Autonormazione*, cit. p. 262 s.

Non solo: soprattutto per quanto riguarda l'ambito imprenditoriale, a ciò si aggiunge l'idea che affidando la valutazione del rischio e l'indicazione delle misure atte a limitarlo ai soggetti che hanno il "governo" concreto dei fattori di rischio (datore di lavoro *in primis*), si possano appagare speciali esigenze di efficienza nel contenimento del medesimo. Trattandosi di soggetti che operano, più da vicino, in quella complessità organizzativa, avranno verosimilmente maggior consapevolezza delle potenzialità dannose insite nella propria attività, dunque maggior facilità a dominare il campo e ad individuare le regole prevenzionistiche più adeguate, rispetto a quanto riuscirebbe a fare il "legislatore", chiamato ad operare da un piano inevitabilmente più astratto e distante. Proprio a causa di questo *deficit* cognitivo l'ordinamento statale si spoglia di una parte del proprio potere regolativo e affida la statuizione delle norme cautelari contenitive dei livelli di rischio – o addirittura l'integrale configurazione di sistemi di *risk management* – a coloro che svolgono l'attività socialmente utile produttiva del rischio; inoltre, vi affianca procedure dirette ad accertare le violazioni ai prodotti auto-normati, a sanzionarle e a migliorarne nel tempo l'efficacia.

Gli aspetti della società post-moderna che spiegano la crescente "contaminazione" tra la responsabilità penale, quindi un diritto pubblico e imperativo e l'autonomia privata, possono quindi riassumersi in due fondamentali: la presenza di fattori di rischio il cui controllo presuppone conoscenze tecnologico-scientifiche qualificate, in una condizione di rapido sviluppo conoscitivo e spesso di incertezza; una complessità organizzativa difficilmente dominabile dal legislatore. Il che dà anche ragione della veste c.d. procedurale assunta dai più recenti modelli di auto-disciplina cautelare: consentendo la partecipazione di soggetti portatori di competenze specialistiche diverse, nonché il dialogo tra i vari attori sociali, la procedimentalizzazione è parsa una, se non l'unica, modalità capace di dominare la suddetta complessità.

6.1. L'ambito medico

A differenza di quanto è accaduto nel settore lavorativo, in quello medico la creazione di cautele "dal basso" è avvenuta in modo spontaneo da parte delle società

scientifiche ed è stata solo successivamente “ratificata” dall’ordinamento giuridico, che in un certo senso “ne ha preso atto”, accogliendone le risultanze entro certi limiti e per determinati effetti; in questi casi, il legislatore penale mostra interesse per il “prodotto”, più che per il “processo” autopoietico e si rivolge ai risultati dell’autonormazione per fini suoi propri, indipendentemente dalle finalità che hanno mosso il fenomeno auto-regolativo²³⁵.

In effetti, anche se le *guidelines* sono nate per uno scopo “interno” alla classe medica – quella di divulgare percorsi diagnostico-terapeutici “paradigmatici”, suggeriti sulla base della migliore scienza ed esperienza del momento, onde agevolare i professionisti nella scelta delle modalità di assistenza più adeguate ai diversi quadri patologici – un diritto penale che pretendesse di disciplinare la materia della medicina prescindendo totalmente dal modo in cui questa si esprime risulterebbe irragionevole.

Come anticipato, l’istanza di autonormazione ha infatti trovato chiaro riscontro nelle ultime riforme, che ne hanno, per così dire, suggellata la partecipazione all’opera di “riempimento” del tipo colposo: una privatizzazione della regola conformativa che, sul versante sostanziale, ambisce evidentemente realizzare una diversa distribuzione dei poteri, ovvero a chiudere le porte a una colpa generica dai parametri incerti, spesso orientati al *maximum standard*; e, sul versante processuale, si oppone al all’ingresso di una scienza estemporanea e al ruolo egemonico assunto dei periti.

Certo, il privilegio accordato alle linee guida e ai protocolli, in una parola alle *best practices* dotate di autorevolezza scientifica, pone evidenti, ma non insormontabili, problemi di validazione dell’autorevolezza e della “correttezza” dell’istanza di autonormazione; soprattutto laddove, accanto alla perizia necessaria per lo svolgimento dell’attività di cura, questi documenti prendano in considerazione anche esigenze economiche di sistema, relative al contenimento dei costi. Non a caso, l’insopprimibile libertà terapeutica del professionista, la molteplicità dei saperi, la grande mole dei documenti a disposizione la loro diversa provenienza e credibilità, sono tutti argomenti addotti per negare la riconducibilità delle regole auto-normate al *genus* della colpa specifica (più precisamente nella veste di “discipline”)²³⁶.

²³⁵ Per approfondimenti sulla distinzione tra autonormazione “spontanea” e “delegata” v., per tutti, BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1485 ss. e p. 1489 ss.

²³⁶ In dottrina lo negano, tra i tanti, CUPELLI C., *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, osservazioni su Cass. pen, sez. IV, ud. 29 gennaio 2013, n. 16237,

Sul punto, valga quanto già detto in relazione alle cautele a fondamento scientifico: a fronte di regole “tecniche” – le *leges artis* mediche lo sono per eccellenza – vale il principio per cui “*veritas facit cautelam*”; “cautelari” (e dunque suscettibili di completare il precetto colposo) sono solo le procedure preventive fondate su una verità scientifica valida. Certo è, però, che anche ricomprendendole nell’alveo della colpa generica, le *guidelines* apportano criteri più chiari e verificabili dell’agente modello e divengono il principale punto di riferimento nella formulazione dei quesiti peritali²³⁷. A ciò si aggiunga quanto emerso in relazione alle regole procedurali contenute in alcuni protocolli e soprattutto nelle *checklist*, la cui prioritaria valenza organizzativa induce considerazioni opposte.

Ciò detto non possono nemmeno sottacersi le ragioni che spingono a riconoscere nelle *leges artis* i cromosomi della colpa specifica: anzitutto, perché la loro ufficializzazione ad opera dell’ultima riforma si è accompagnata a un meccanismo pubblicistico di accreditamento che ha instillato un “elemento di istituzionalità” nella loro selezione²³⁸: essendo governata nel suo divenire da un’istituzione governativa *ad hoc*, la procedura introdotta conferisce al sistema delle *medical guidelines* connotati decisamente più pubblicistici²³⁹. Né si può ritenere che il meccanismo accreditativo in parola sottintenda una valutazione meramente tecnica, circa la “bontà” delle regole sul versante scientifico, il loro allineamento alla migliore scienza del momento, dunque la loro efficacia prevenzionistica. Al contrario, possono anche scorgersi alcuni

in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2013 e in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 9, p. 2999 ss.; GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit., p. 819 ss., che in ragione della loro origine spontanea le riconduce nel *genus* delle regole cautelari sociali. Similmente, anche a seguito dell’ultima riforma v. ancora CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, nota a *Cass. pen.*, sez. IV, sent. 20 aprile 2017, n. 28187, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017, nonché VALLINI A., *Linee guida e colpa medico nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590 sexies cp*, in www.legilsazionepenale.eu, 7 dicembre 2017, p. 5 ss. *Contra*, oltre agli autori già citati, CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 243 ss.

²³⁷ Cfr. PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, cit., p. 297 s. Da ultimo, si vedano le acute riflessioni di VALBONESI C., *La ricerca di un efficace medicina per la colpa a un anno dalla legge Gelli-Bianco*, in *L’Indice penale*, 2018, fasc. 2, p. 334 ss., spec. p. 341 ss.

²³⁸ Così MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p.

²³⁹ Ne evidenzia i connotati “pubblicistici” anche Suprema Corte: *Cass. pen. sez. IV*, 20 aprile 2017, n. 28187, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3152, con nota di CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, *ivi*, p. 3164 ss. e in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 713, con nota di CAPUTO M., *‘Promossa con riserva’. La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi*, *ivi*, p. 724 ss.; *Cass. pen.*, sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *DeJure*.

“marcatori” più politici, in linea con la *ratio* caratteristica della colpa specifica: il riferimento va al bilanciamento tra beni costituzionalmente rilevanti e alle valutazioni costo-beneficio ravvisabili sullo sfondo di alcune delle regole cautelari mediche, che non sono certo immuni da considerazioni “di merito”.

Basti pensare, per tutte, alle linee guida per la gestione dei traumi cranici minori elaborate dalla Società Italiana di Neurologia, che sconsiglia l’esecuzione della TAC su pazienti rientranti nella categoria c.d. di “rischio zero” (con trauma cranico minore, senza disorientamenti, perdite di coscienza, vomito ecc.), da dimettere dopo una valutazione clinico assistenziale; con l’unica eccezione dei pazienti in età avanzata disabili²⁴⁰. È evidente che questa opzione lasci residuare un certo margine di rischio (in particolare quello di versamenti occulti), che però si ritiene soccombente (poiché assolutamente remoto) rispetto alle esigenze di contenimento delle spese e, ovviamente, alla necessità di mettere al riparo il paziente da un eccesso di radiazioni. Considerazioni analoghe meritano le linee guida psichiatriche disciplinanti i programmi di riduzione dei farmaci, alla cui base si scorgono agevolmente ponderazioni tra interessi contrapposti – la tutela della società e dello stesso paziente da atti suicidari, da un lato, il recupero della salute psico-fisica e della capacità di autodeterminazione del medesimo, dall’altro – che risultano nella fissazione di un’area di rischio consentito inderogabile in sede processuale²⁴¹. Proprio in questo – nella definizione dell’area di “rischio permesso”, cioè del confine tra condotte potenzialmente dannose lecite e illecite – sta il carattere politico-valutativo della predisposizione delle regole cautelari, comprese le linee guida in campo medico.

Ignorare i vincoli organizzativi e le restrizioni necessarie a garantire la sostenibilità economica dell’amministrazione sanitaria sarebbe dunque un atteggiamento foriero di gravi distorsioni nel sistema. In effetti, anche in questo settore

²⁴⁰ Degna di nota è Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2006, Cardillo che ha assolto un medico che, in ottemperanza alle suddette *guidelines*, non aveva eseguito la TAC su un paziente a rischio zero. Per approfondimenti sulla vicenda v. PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica*, cit., p. 294 ss.

²⁴¹ Fa questo esempio MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 31. Sul punto v. altresì PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica*, cit., p. 295 ss., che riporta una vicenda giurisprudenziale in cui si è data corretta applicazione alle linee guida psichiatriche in vigore. Sulle linee guida che mirano a bilanciare tra loro coefficienti di rischio e riduzione della spesa v. però le considerazioni di GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit., p. 824 ss., che oltre a dubitare della loro funzione propriamente cautelare, ritiene preferibile procedere a un esame concreto delle stesse onde saggiare il primato dell’efficienza cautelare sul risparmio economico.

possono delinearsi delle sfere di responsabilità “sistemiche”, politiche e organizzative, distinte da quelle “operative” che sorgono in capo ai professionisti: a questi non competono decisioni di governo del settore sanitario sul versante macroeconomico, né lo svolgimento di ponderazioni tra interessi cui è intrinseco un alto tasso di “politicità”; a ciò si aggiunga, per inciso, la necessità di valutarne la responsabilità per gli eventi infausti da rischio terapeutico tenendo conto dei limiti organizzativi “strutturali” con i quali sono talvolta costretto a fare i conti²⁴². Tra le difficoltà imputative del rischio derivanti dalla modernità, infatti, si annovera certamente anche lo svolgimento di molte delle attività socialmente utili mediante organizzazioni complesse; tra queste rientra anche l’attività medica, che non può dunque prescindere dalle responsabilità di queste, o all’interno di queste, strutture.

Questa necessità di contemperare la sicurezza delle cure con la limitatezza delle finanze pubbliche, è desumibile anche dalla lettura sistematica delle disposizioni legislative dell’ultima riforma (art. 1 in combinato disposto con gli artt. 3 e 5): preso atto della *sistematicità* del rischio nelle prestazioni sanitarie, le norme ne impongono il contenimento, compatibilmente con i mezzi economici e tecnologici disponibili nelle strutture, le quali devono operare conciliando gli interessi del singolo con quelli della collettività (il rischio va controllato mediante un uso «appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche, organizzative»)²⁴³.

Anche per evitare di attribuire al medico responsabilità politico-organizzative che non gli competono, o fargli scontare vincoli operativi di tipo economico che non dipendono da lui, è dunque possibile guardare con favore l’elaborazione delle linee guida accreditate, reputate tali dopo un’attenta selezione e distillazione dei diversi contributi. Il sistema “*pubblicistico*” e “*istituzionale*” si propone infatti di regolare l’attività medica in modo da assicurarne uno svolgimento appropriato, uniforme e conforme a evidenze scientifiche²⁴⁴; sullo sfondo di un incessante lavoro da parte della

²⁴² In argomento v. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 255; PALAZZO F., *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit. p. 1061 ss., spec. p. 1065, nonché PISA P.-LONGO G., *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 7 ss.

²⁴³ In giurisprudenza, lo conferma Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit. p. 8, che peraltro indica nei citati articoli il “*valore aggiunto della novella*” rispetto alla riforma precedente. In dottrina, v. l’analisi di VALBONESI C., *La ricerca di un efficace medicina per la colpa*, cit., p. 339 ss.

²⁴⁴ Enfatizza questi aspetti anche Cass. pen. sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, cit.

comunità scientifica che si assume il compito di predefinire (*ex ante*), in maniera impersonale, le opzioni diagnostico-terapeutiche economicamente sostenibili.

Il tutto senza negare la necessità di una revisione periodica delle scelte politico-valutative intrinseche alla cristallizzazione delle *leges artis*, in termini della loro perdurante opportunità: ciò significa domandarsi se, e fino a che punto, le linee guida si discostino dal razionale scientifico dei più efficaci protocolli e se questo allontanamento abbia (o meno) una sua plausibilità. In questo modo, però, si assicura che dette ponderazioni siano svolte *collettivamente* da soggetti dotati di legittimazione democratica o specificamente competenti a effettuarla in virtù delle conoscenze altamente qualificate possedute (come appunto i componenti delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-professionali), piuttosto che fatte gravare irrealisticamente sul *singolo individuo* (operatore prima, giudice poi). Ne risulterebbero inoltre attutite anche le c.d. distorsioni “del senno di poi”: indicando le opzioni terapeutiche sopportabili a livello sistematico, le linee guida chiudono le porte a innalzamenti *ex post* della diligenza richiesta fino al *maximum standard*, ovvero impediscono di presumere che il medico possa, in ogni caso, spendere uno sforzo maggiore e più oneroso al fine di garantire comunque l’evitabilità dell’evento, a prescindere dai rischi e dai benefici aspettati²⁴⁵.

Non si tratta, quindi, di far prevalere le esigenze di contenimento delle spese sanitarie su quelle, prioritarie, di cura del paziente attraverso le terapie più accreditate ed efficaci; ma di provare a temperare, fino dove possibile, le necessità di bilancio delle strutture pubbliche con l’idoneità cautelare dei percorsi terapeutici²⁴⁶.

Il tutto, poi, senza alcuna pretesa di immobilismo. Una cosa, infatti, è ritenere che a seguito dell’ultima riforma la colpa medica abbia assunto un genoma decisamente più “specifico”, altra cosa è disconoscere il necessario ancoraggio delle regole “tecniche” alle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche più autorevoli ed evolute.

²⁴⁵ Di questo avviso è MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 31 ss. Già prima dell’ultima riforma, per una condivisibile valorizzazione delle linee guida sul versante della colpa specifica v. PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica*, cit., p. 288 ss.

²⁴⁶ Per approfondimenti si vedano anche le considerazioni di GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 585. e, ancora, ID., *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, p. 561 ss., in partic. p. 583 s.

Lo sforzo di dare una veste più normativa alla colpa penale del medico, grazie all'innesto di contributi auto-normati, non può dunque prescindere da una certa dose di realismo: non può arrivare a eliminare ogni margine valutativo del giudice in ordine, da un lato, alla pertinenza, o se si vuole all'adeguatezza, delle regole al caso concreto; dall'altro, in ordine alla loro effettiva valenza cautelare, dovendosi invece sondare regolarmente la validità della piattaforma scientifica che ne costituisce il supporto. In questa, come d'altronde in ogni altra ipotesi di colpa, una regola manifestamente obsoleta – da qualunque fonte essa provenga – non è da considerarsi propriamente “cautelare”.

Da che, la regola emanata dal SSN, accreditata anni prima e mai modificata, potrebbe non essere quella *valida*, in quanto superata da procedure successive più virtuose (non ancora annoverate tra quelle “istituzionali”) conformi a evidenze scientifiche più evolute²⁴⁷. Va da sé che la condotta del medico che si sia attenuto a queste seconde, avendole apprese da una condivisa e autorevole fonte internazionale, non possa ritenersi “negligente” o “imperita”; sebbene, appunto, abbia disatteso la regola cautelare ufficialmente recepita, ma non aggiornata²⁴⁸.

Allo stesso modo, nel caso in cui il medico si sia attenuto alla regola accreditata, invece che a quella sopravvenuta dotata di un coefficiente impeditivo maggiore, potrà affermarsene la colpa a patto la seconda fosse già disponibile e conoscibile al momento della condotta; evidente, infatti, è l'impossibilità di far retroagire in *malam partem* una regola elaborata dalla letteratura medica in un momento successivo²⁴⁹.

²⁴⁷ Per approfondimenti sul punto v. VALBONESI C., *La ricerca di un efficace medicina per la colpa*, cit., p. 348 ss.

²⁴⁸ In questo senso, in giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, cit. In dottrina, tra i tanti, VALBONESI C., *La ricerca di un efficace medicina per la colpa*, cit., p. 348 ss., spec. p. 350, nonché FORMICA M., *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 11, p. 73.

²⁴⁹ Cfr. VALBONESI C., *La ricerca di un efficace medicina per la colpa*, cit., p. 349 s. Similmente GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 585, secondo cui l'agente non ha il dovere di migliorare il protocollo, mentre può essere suscettibile di sanzione penale solo il mancato riconoscimento della vetustà del protocollo, allorquando vi sia la disponibilità (*ex ante*) di un protocollo più avanzato; da ultimo ID., *Culpa, culpa*, cit., p. 20 s., per cui, nel caso in cui siano disponibili una pluralità di protocolli, l'agente deve ovviamente scegliere «il più accreditato ed efficace, lontano da convenienze, presunzioni e dogmatismi, verificando la sua pertinenza alla situazione concreta».

In ultimo, la concorrenza su un medesimo terreno di diverse procedure terapeutiche alternative, parimenti efficaci e supportate da valide evidenze scientifiche, lascia al professionista la facoltà di scegliere quale adottare (tenuto conto ovviamente anche del consenso del paziente); per cui, qualunque delle cautele astrattamente disponibili abbia scelto, l'aver disatteso le altre (di pari efficacia) non è suscettibile di fondarne la responsabilità penale²⁵⁰. La *ratio* delle regole protocollari, infatti, non è comprimerne la libertà terapeutica dell'operatore, ma indicargli le procedure tecnico-cautelari scientificamente più autorevoli cui conformare il proprio agire. Stigmatizzabile, allora, è la prassi di far gravare sui medici tanto le conseguenze penali del rischio terapeutico (soprattutto nei casi complessi), quanto quelle del rischio clinico, proprio della patologia in atto: l'impressione talvolta è proprio questa, che in ragione dell'esito avverso venga qualificato (*ex post*) come errore terapeutico quello che (*ex ante*, al momento dell'operazione) poteva collocarsi nel ventaglio delle possibili opzioni di cura²⁵¹.

In ultima analisi, anche in questo settore sembrano trovare conferma i risultati già emersi nella ricostruzione dei rapporti tra colpa specifica e generica: né la portata innovativa di queste prescrizioni di mano privata può essere sminuita adducendo l'unicità di ogni caso patologico, l'impossibilità di fare a meno del ruolo dei periti o il fatto che i protocolli e le linee guida non diano mai direttive di valore incondizionato, ma cautele ad efficacia solo provvisoria a causa della costante evoluzione conoscitiva.

Nel caso in cui queste disposizioni siano disponibili, infatti, l'interprete non è tenuto a "coniare" lui stesso (appellandosi agli esperti) le regole di diligenza e perizia doverose nel caso concreto, ma solamente a valutare – certo con l'ausilio dei periti – se il quadro patologico in questione presentasse delle specificità particolari che avrebbero imposto un percorso diagnostico-terapeutico diverso. In loro mancanza,

²⁵⁰ Così GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale*, cit., p. 823.

²⁵¹ Cfr. PALAZZO F., *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, cit., p. 1061. Per una disamina delle perduranti criticità della prassi giurisprudenziale in materia si rimanda all'approfondita ricerca di MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., che pur riconosce la tendenza della giurisprudenza recente a fare sempre più spesso riferimento ai protocolli e alle linee guida all'interno delle proprie decisioni.

invece, non dovrebbe essergli consentito di disconoscere sbrigativamente la valenza tipizzante delle linee guida²⁵².

Può dunque convenirsi sulla necessità di non enfatizzare troppo l'impossibilità di standardizzare la correttezza del comportamento terapeutico (e, specularmente, i parametri di valutazione dell'errore medico), come se fosse un ostacolo insuperabile al riconoscimento della formalizzazione della regola cautelare; la possibilità che una norma "specificata" si riveli manifestamente inservibile a fronte delle specificità della concreta situazione di pericolo caratterizza anche altri settori dominati dalla colpa specifica. Si tratta di una evenienza "eccezionale" che non deve far perdere di mira i benefici ottenuti dall'ancoraggio ai protocolli e alle linee guida, anzitutto in termini di determinatezza e tassatività della condotta penalmente rilevante.

Percorrere la strada opposta, infatti, significa legittimare l'appiattimento della colpa penale su quella civile, quindi disconoscere i risultati conseguiti dalla disamina dei rapporti tra il concetto di rischio e la regola cautelare. In sostanza, accettare (come *regola*) la sinergia tra la colpa specifica e una colpa "generale", tramuta il paradigma penale in una fattispecie impositiva di un obbligo generico di diligenza in funzione "ascrittiva" dell'evento²⁵³. Lo schema è analogo quello di una clausola generale: la negligenza cessa di definire, non descrive più l'oggetto dell'imputazione, ma attribuisce un danno; in tal modo la regola di diligenza si fa *oggettiva*, ma perde la propria valenza *tipizzante* ("tipicamente" penale) e, con essa, la propria funzione di "filtro selettivo" del rischio rilevante. Quest'ultimo disperde quella valenza "puntiforme" che dovrebbe derivargli dalla norma cautelare "tipica" e si riespande, assumendo un rilievo (*ex ante*) generalizzato in funzione di una tutela (più) capillare dei beni giuridici coinvolti.

6.2. L'ambito della sicurezza sul lavoro

²⁵² Così già PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica*, cit., p. 298 s. Da ultimo, v. MICHELETTI D., *La responsabilità del medico*, cit., p. 20 ss. e p. 51 ss. sulla valutazione delle specificità del caso concreto.

²⁵³ Cfr. PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa*, cit., p. 1473 ss.

Nel caso dell'impresa, invece, questo modo moderno, "procedimentale" e (parzialmente) privatizzato, di affrontare e gestire i rischi è stato espressamente "cercato" dal legislatore, che lo ha in qualche modo "guidato" fin dalla genesi. Detto altrimenti, la confluenza tra l'ideale auto-regolativo e il sistema penale è stata predisposta da parte dell'organo pubblico che, oltre ad aver incoraggiato il processo autopoietico, ha continuato a monitorarne anche lo sviluppo²⁵⁴.

Quello della sicurezza sul lavoro, infatti, è il primo settore ad aver conosciuto l'espansione di forme "ibride" di normazione, che coinvolgono anche i privati e gli enti collettivi nella individuazione degli accorgimenti preventivi doverosi, attraverso la valutazione dei rischi e la successiva elaborazione dei piani di sicurezza.

Sul versante dell'imputazione colposa, ciò ha significato una netta valorizzazione di quella parte del dovere di diligenza consistente nei doveri di acquisizione di conoscenze e di abilità: doveri strumentali "connaturati" da sempre all'istituto della colpa, nonché prerequisiti indispensabili al corretto svolgimento dei compiti di "valutazione del rischio", prima, e di modellazione dello strumentario concretamente cautelare, poi; entrambi questi adempimenti fondamentali, infatti, presuppongono sia atti di esercizio dei poteri, sia il conseguimento di conoscenze tecnico-scientifiche di tipo specialistico.

Della delega al privato di una frazione dei compiti di *risk assessment e management*, si è già dato conto: in capo al datore di lavoro, sono sorti doveri di auto-organizzazione (c.d. di primo livello) che, previa individuazione di centri di garanzia (in particolare soggetti detentori delle conoscenze tecniche specialistiche di cui l'imprenditore è invece generalmente privo), contemplano compiti di analisi, di generico riconoscimento e di stima dei rischi. Accanto a questi, sono stati introdotti obblighi (c.d. di secondo livello) aventi ad oggetto l'elaborazione di norme di disciplina dell'attività di impresa di natura sia procedimentale, che sostanziale: ciò a dire, sistemi di regole cautelari più direttamente preventive, che privatizzano anche il c.d. *risk management*.

²⁵⁴ Per approfondimenti sul fenomeno dell'autonormazione "delegata" v. per tutti BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1485 ss., che distingue altresì tra casi di autonormazione come "onere" e casi di autonormazione come "obbligo" (spec. p. 1487 s.); con particolare riguardo alla dimensione dell'illecito colposo v. p. 1493 s. e p. 1496 ss.

Lo scopo perseguito dal legislatore attraverso la delega all'autonormazione è dunque quello di affidare al privato la predisposizione di regole auto-normate dirette a impedire la concretizzazione di eventi offensivi ai danni di chi opera sui luoghi di lavoro; eventi la cui verifica è suscettibile di integrare fattispecie penali (segnatamente di lesioni e omicidio colposi) imputabili al destinatario della delega che abbia omesso di predisporre il sistema autonormativo cautelare, ne ha abbia confezionato uno contenutisticamente inadeguato o non ne abbia data efficace implementazione²⁵⁵. Il fallimento del sistema autopoietico (o la sua radicale mancanza) è dunque ciò che costituisce la condotta tipica della fattispecie colposa (di evento).

Per inciso, può notarsi che in altri casi – primo tra tutti quello del c.d. “sistema 231” – la delega all'autonormazione disposta dal decisore pubblico è mossa da un diverso obiettivo, quello della prevenzione del fatto-reato in quanto tale, già pienamente tipico. A differenza del primo caso, il prodotto auto-normato (*id est*, la “macrostruttura” preventiva del rischio-reato) non va ad integrare la condotta tipica rilevante ai sensi della norma incriminatrice, ma “gravita” attorno a quest'ultima; peraltro, la delega alla *societas* di auto-organizzarsi ha una natura programmatoria-progettuale, più che propriamente cautelare; non è volta a prevenire classi tipiche di eventi ben determinati (cui è invece funzionale la delega al datore individuale), ma appunto alla predisposizione sia di una griglia di garanti, che delle modalità di *risk management*²⁵⁶.

Vale la pena mettere subito in evidenza che – a differenza delle *leges artis* mediche, prevalentemente “tecniche” ed ancorate aspecifiche verità scientifico-esperienziali – il fenomeno di autonormazione che caratterizza il settore della sicurezza sul lavoro presenta una forte valenza appunto “procedurale” e organizzativa,

²⁵⁵ Per approfondimenti, oltre agli autori già citati, v. STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza*, cit., p. 55 ss.; CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, cit., p. 307 ss., spec. p. 318 s. e, più di recente, ID., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, p. 231 ss., che vi scorge una forma di colpa c.d. procedurale, da distinguere dalla quella c.d. protocollare.

²⁵⁶ Su questa distinzione v., approfonditamente, BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1501 ss. Sul c.d. sistema 231, tra i tanti contributi, v. PALIERO C. E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *La resp. ammin. soc. enti*, 2006, p. 167 ss.; PIERGALLINI C., *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 376 ss. (per la Parte I) e p. 842 ss. (per la Parte II), nonché ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. «Il diritto vivente» delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016, p. 134 ss. e, ancora, da ultimo, ID., voce *Colpa*, cit., p. 260 ss.

che riesce a fornire al tipo colposo un contributo di determinatezza tendenzialmente più stabile, suscettibile di una durata temporale maggiore. Un contenuto “procedimentale”, questo, che oltre a caratterizzare i modelli organizzativi operanti nel contesto della strategia preventiva della *societas*, contraddistingue anche l’autonormazione rilevante sul versante individuale. Oltre ad avere natura procedimentalizzata, però, questa seconda ha anche natura cautelare, perché scaturisce da una procedura di valutazione del rischio che è direttamente funzionale all’elaborazione di accorgimenti di natura modale, diretti a prevenire classi “tipiche” di eventi naturalistici penalmente rilevanti.

Vero questo, la stabilità e la certezza del comportamento cautelare richiesto all’operatore, conseguita attraverso l’ingresso dell’ideale auto-regolativo all’interno del tipo colposo, rischia di essere minata da una pluralità di fattori: da una parte, il formante “legislativo” alimenta l’incertezza attraverso la predisposizione di regole “aperte”, volte alla riduzione al minimo dei rischi, senza al contempo assicurare il consolidamento di una “rete” di più precisi criteri-guida c.d. “intermedi”; dall’altra e soprattutto, il formante giurisprudenziale sfrutta queste aperture del sistema per far penetrare istanze pubblicistiche di maggior tutela, riplasmandone in modo più severo i contenuti²⁵⁷.

Al penalista sono infatti ben note le perplessità generate dal meccanismo di corresponsabilizzazione del privato, debitore di sicurezza, nella messa a punto delle regole cautelari doverose che egli stesso è poi tenuto a rispettare²⁵⁸. Non ultimo perché dette regole esprimono un bilanciamento tra beni e interessi di primaria importanza sociale e politica, che restano ben al di fuori della disponibilità del destinatario di sicurezza. Sulla scorta di queste considerazioni, vi è chi ha negato in radice la possibilità di affidare a un soggetto privato il problema della valutazione del rischio: riguardando la tutela di interessi primari (come sono la salute e la sicurezza sul lavoro), questa competerebbe unicamente allo Stato²⁵⁹. Problematico, poi, è anche il ruolo “di

²⁵⁷ Lo evidenzia PIERGALLINI C., *Autonormazione*, cit. p. 261 ss.

²⁵⁸ Cfr. PALIERO C. E., *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 517 ss., spec. p. 521 s., per cui il fenomeno dell’autonormazione delle regole cautelari rappresenta una «pagina nuova, sistemica del nostro diritto penale», un «paradigma nuovo» suscettibile di produrre – se non adeguatamente razionalizzato – «conseguenze devastanti, anzitutto in termini di garanzie».

²⁵⁹ La posizione è quella di STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza* cit., p. 55 ss.

validatore” cui viene conseguentemente investito il potere giudiziario, anche in questo caso accostabile a una sorta di discrezionalità “tecnica”²⁶⁰. Senza nemmeno dire della naturale “logica del sospetto” che tende ad animare la valutazione dell’interprete circa la sufficiente adeguatezza delle regole coniate dalla stessa “parte forte” del conflitto sociale; ovvero di un soggetto particolarmente sensibile – quasi per definizione – al contenimento dei costi di produzione, più che alle esigenze di sicurezza.

Ciò spiega anche la tendenza giudiziale a innalzare, quasi per principio, lo *standard* di diligenza doveroso rispetto a quello espresso dalla ponderazione operata dal privato-datore di lavoro (c.d. “paradosso valutativo”)²⁶¹. È qui, lo si è visto, che si decide dello spazio da riservare all’ideale regolativo privato; spazio praticamente nullo se (come spesso accade) per saggiare l’adeguatezza delle cautele autonormative l’interprete si rivolge al criterio *dell’homo eiusdem*, coincidente in questi casi con la massima sicurezza possibile. L’alternativa è sempre tra un tentativo di c.d. “chiusura” del tipo – al cui riempimento si fanno contribuire anche le regole di contenimento del rischio che i potenziali autori degli illeciti sono chiamati a darsi sulla scorta delle *best practices* invalse nel circuito di riferimento – e l’affidamento del governo del settore, o si vuole della determinazione del “rischio consentito”, al potere giudiziario; quest’ultimo naturalmente favorevole alla duttilità dei tipi “aperti” che gli assicurano maggiore discrezionalità nella soluzione del conflitto.

Più che il suo porsi in attrito con la legalità penale, allora, ciò che rende veramente problematico il meccanismo dell’autonormazione è il rischio di risolversi in richieste sostanzialmente inesigibili sul versante imputativo, ovvero di soccombere sotto il peso di un ricorso generalizzato al criterio del *post hoc propter hoc*.

6.3. Quali prospettive per l’autonormazione?

La tenuta della normativa autoprodotta, quindi i benefici conseguibili sul versante del tipo colposo, sembrano dunque dipendere dal corretto adempimento da

²⁶⁰ A rilevarlo, PIERGALLINI C., *Autonormazione*, cit., nonché PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

²⁶¹ La formula è di BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p.1523. Sul fenomeno in questione v., altresì PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit.

parte dei pubblici poteri della frazione di compiti ad essi spettanti: in pratica, il privato non può esser lasciato completamente solo nella predisposizione del piano di sicurezza ma, per essere efficace, il suo operato deve poter contare su di un'intelaiatura di adeguati "criteri guida" che egli non crea, ma trova all'interno del sistema. A ciò si aggiunga quanto già evidenziato circa i "doveri di sapere": quello dell'informazione sui rischi è un problema di ordine tecnico, che il datore di lavoro non può esser chiamato a risolvere attivandosi personalmente, senza poter contare sul contributo degli esperti.

Come la fase del *management*, anche quella del *risk assessment* interpella anzitutto le istituzioni: ammesso che in certi casi una gestione compartecipata sia favorevole e finanche inevitabile, lo Stato non è comunque autorizzato a "scaricare" interamente sui privati la definizione del rischio consentito, tramite la delega a predisporre i modelli di programmazione cautelare c.d. secondari; in altre parole, questa investitura è legittima purché avvenga entro spazi ben predefiniti. Accanto ai doveri dei garanti privati, trovano dunque collocazione una serie di doveri statuali (doveri per così dire "presupposto"), il cui adempimento è funzionale a creare le condizioni necessarie per consentire ai primi di eseguire quanto loro richiesto: doveri di promuovere l'acquisizione, l'avanzamento e la verifica delle conoscenze scientifiche, da un lato, e doveri di regolazione normativa, dall'altro.

Quanto ai primi, si è di già detto del ruolo centrale assunto dai saperi esperti: la valutazione dei (macro-)rischi post-moderni postula la disponibilità di conoscenze specialistiche che le norme non sanno produrre, ma alle quali sono costrette ad affidarsi.

Quanto ai secondi, venendo essenzialmente in gioco regole cautelari c.d. improprie, sarebbe opportuno che fosse la pubblica autorità a fissare con certezza il *quantum* tollerabile di rischio c.d. residuale, non eliminabile alla luce delle tecniche cautelari a disposizione, ovvero il margine di evitabilità delle regole cautelari "adeguato" alle ragioni della sicurezza. Ciò, tanto nella figura democratica del legislatore, quanto di autorità "intermedie", tecnicamente compenti e munite di poteri definiti legalmente, chiamate a meglio definire, integrandolo, il quadro regolativo pubblicistico. Il discorso contiene evidentemente un richiamo sulla necessaria implementazione di criteri-guida "normativi" (ulteriori rispetto a quelli legislativi),

che possano guidare “più da vicino” l’attività di programmazione e controllo di competenza privata.

Non solo: soprattutto in relazione ai rischi più rilevanti, non è mancata la proposta di implementare l’intervento di agenzie amministrative pubbliche (di controllo), chiamate a partecipare alla fase finale del processo di autonormazione con una funzione, per così dire, di convalida. Eventualmente, queste potrebbero anche emanare prescrizioni più puntuali, “cucite” sul singolo sistema autoregolativo, funzionali a meglio indirizzarlo e correggerlo. In questo modo, anche l’intervento della fonte auto-regolativa privata (qui il piano di sicurezza dell’impresa) – per certi versi certamente apprezzabile, in ogni caso difficilmente rinunciabile nei contesti moderni di gestione del rischio – perderebbe gran parte della sua problematicità: infatti, la responsabilità del bilanciamento di interessi sotteso alla regola cautelare individuata dal privato verrebbe in certo senso assunta (o comunque condivisa) dall’autorità amministrativa che lo consacra²⁶².

La diffusione, all’interno del sistema di prevenzione “ibrido”, di ambedue questi correttivi – allargamento della trama di linee di indirizzo “intermedie”, ovvero di programmi di prevenzione precostituiti; e coinvolgimento dell’autorità pubblica nella fase conclusiva del processo di formulazione delle regole prevenzionistiche, anche sotto forma di “convalida” del processo e/o prodotto autonormato da parte di agenzie amministrative competenti – è infatti da più parti auspicata anzitutto al fine di ridurre le criticità presentatesi sul versante al controllo *ex post* (successivo alla genesi del prodotto autonormativo e alla concretizzazione di uno degli eventi che quest’ultimo doveva contribuire ad evitare). Un controllo – lo si è visto – di intrinseca natura giurisdizionale, che si unisce saldamente all’accertamento della responsabilità del soggetto chiamato ad auto-regolamentare la propria attività e tende a uno scrutinio penetrante della concreta idoneità preventiva delle regole cautelari di fonte privata.

È opportuno ricordare, infatti, che accanto al monitoraggio giudiziale *a posteriori* delle regole autonormative, il sistema conosce anche una serie di controlli

²⁶² Per questa considerazione v. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.

ulteriori, variamente dislocati all'interno della procedura di programmazione della sicurezza²⁶³.

Per quanto qui interessa, assumono anzitutto rilevanza i c.d. controlli eteronormativi *ex ante*. Questi stanno “all’origine” del processo di autoregolazione, e mirano appunto a inquadrarlo e guidarlo: da un lato, selezionando i soggetti cui affidare la produzione autonormativa e, dall’altro, introducendo una rete di norme (pubbliche) entro cui la medesima dovrà svilupparsi. In effetti, è del tutto logico (oltre che fortemente auspicabile) che nel caso di delega all’auto-gestione del rischio lo Stato non pratichi un totale disimpegno nella predisposizione delle politiche della prevenzione, ma delimiti gli spazi entro cui il gruppo sociale incaricato dovrà muoversi e stabilisca dei criteri più o meno stringenti che dovrà rispettare.

Criteri di questo tipo si rinvencono anche all’interno del diritto del lavoro: certo è, però, che anche laddove vi siano prescrizioni particolarmente minuziose e dettagliate, queste non sempre eliminano le discrezionalità dei soggetti delegati (cfr. *retro* in questo Cap., § 2); alle stesse, poi, si affiancano anche norme elastiche e disposizioni “clausola” (v. quanto detto sull’art. 2087 c.c.) che alimentano le criticità del controllo *ex post*. Né sembra possibile escogitare, a questo livello di generalità e astrattezza, soluzioni tanto diverse: un sistema di cautele “di dettaglio” racchiuse “nella legge” è impensabile; piuttosto, al legislatore spetta la responsabilità di effettuare le scelte politiche di fondo circa l’autorizzazione o meno a correre certi rischi, ben potendo, poi, farsi coadiuvare da fonti subordinate (integrative della “base legale”) per meglio definire le modalità “tecniche” di svolgimento dell’attività pericolosa considerata. In certi casi, infatti, lo Stato designa dei soggetti – “a metà strada” tra sé e i delegati privati – cui affidare la pre-costituzione di canoni specificativi e criteri-guida “intermedi” volti definire con più precisione la cornice pubblicistica dei processi autonormativi.

Per farne un qualche esempio, si pensi alle già menzionate norme tecniche della serie ISO 11228 (parti 1-2-3-) – espressamente richiamate ai sensi dell’art. 168 co. 3 d. lgs 81/2008 in combinato con l’Allegato XXXIII al medesimo decreto – cui vengono affiancate buone prassi e linee guida ulteriori (tra queste rilevano, ad

²⁶³ Per un approfondimento sulle diverse procedure di controllo v. BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1511 ss.

esempio, le norme tecniche della serie UNI-EN 1005-5, costituenti una guida per i progettisti di macchinari nella valutazione e nel controllo dei rischi da sovraccarico biomeccanico).

Ancora, può ricordarsi il Sistema Agenziale ISPRA/ARPA/APPA, con competenze in materia di tutela ambientale, cui si deve l'elaborazione di un sostanzioso corpo di ben definite linee guida (manuali tecnici specialistici), dirette anch'esse a indirizzare i privati nello svolgimento dei loro compiti di *risk assessment* e *management* (tra le tante v. "Linee guida per la valutazione del rischio da esposizione ad agenti chimici pericolosi e ad agenti cancerogeni e mutageni" - *Linee Guida n. 5/2017 (ex Manuali e Linee Guida ISPRA n. 164/2017)*; "Documento di indirizzo per la valutazione del rischio amianto nel SNPA" - *Linee Guida SNPA n. 27/2020*).

In ultimo, non può non farsi un breve cenno ai Protocolli di sicurezza "anti-Covid-19" e alla connessa problematica dell'eventuale responsabilità datoriale per le infezioni contratte sul luogo di lavoro (ovviamente a patto di ritenere superabili le incertezze in punto di nesso eziologico): un'altra vicenda, questa, sintomatica (si passi il gioco di parole) delle comprovate incertezze che puntellano una colpa generica artificiosamente radicata nell'art. 2087 c.c., in realtà di matrice giurisprudenziale. Ai fini del presente discorso interessa sottolineare in particolare due punti.

Il primo: nel tentativo di ridimensionare il ricorso a parametri "*flow*" nell'accertamento della responsabilità datoriale in un contesto tanto incerto com'è quello della propagazione del virus in esame, l'art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in legge 5 giugno 2020, n. 40) ha introdotto il principio per cui l'osservanza delle prescrizioni contenute nei protocolli ivi citati (nella fase di elaborazione dei piani di sicurezza interni a ciascuna realtà aziendale), seguita dall'effettiva adozione e al mantenimento delle misure ivi previste, consente di dare per assolto l'obbligo di cui all'articolo 2087 c.c. ai fini della tutela contro il rischio di contagio.

È interessante notare che accanto al protocollo nazionale, sottoscritto dal Governo e le parti sociali (Protocollo del 24 aprile 2020 e succ. mod., poi confluito nell'Allegato 12 al DPCM 7 agosto 2020), la norma in esame elenca una serie di protocolli e linee guida ulteriori: non solo quelli territoriali, eventualmente integrativi di quello nazionale (protocolli «idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza

delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali», ex art. 1, comma 14, d. lgs. 16 maggio 2020, n. 33); ma, nel caso in cui non trovino applicazione le predette prescrizioni, anche le misure contenute nei protocolli specificativi settoriali («protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»).

In questo caso, dunque, acquista rilevanza una sorta di autonormazione su due piani: quella intermedia “collettiva” da parte delle parti sociali (associazioni di categoria) e quella specifica elaborata da ciascun garante privato nel proprio ambito lavorativo, in applicazione dei criteri-guida e delle misure stabilite dai primi.

Il secondo punto su cui merita soffermare brevemente l’attenzione è proprio l’intento perseguito dal legislatore con l’introduzione dall’art. 29-bis: ovverosia, fissare con più certezza la misura della diligenza pretesa dal datore di lavoro all’interno delle misure preventive astrattamente disponibili; ciò, evidentemente, allo scopo ultimo di ostacolare l’attuazione (anche in questo particolare caso) della pratica giurisprudenziale invalsa nel contesto “di base”, che sfrutta la clausola generale di cui all’art. 2087 c.c. per supplire a qualsivoglia lacuna della normativa, questa naturalmente incapace di assicurare il conseguimento di un livello di “rischio zero”. Ciò che si temeva, quindi, è che potesse attuarsi un recupero di responsabilità per colpa generica (*a posteriori*), ovvero che – nei casi di contagio verificatosi nonostante l’adozione e l’effettiva esecuzione delle misure stabilite dai protocolli – potesse sempre pretendersi “un di più” da parte dei datori di lavoro.

In un contesto come quello in esame, infatti, è quasi inevitabile che la paura di una pan-penalizzazione in ambito prevenzionistico venga esasperata: la profonda incertezza sui connotati specifici del virus e sulle sue potenzialità di diffusione rendono particolarmente difficile – se non impossibile – predefinire in maniera esatta un livello di rischio “accettabile”, quindi più probabile la sua perimetrazione “*ex post*” e le tendenze espansive della responsabilità che ne conseguono. Inoltre, a rendere ancor più delicata la posizione datoriale – al di là del carattere “di novità” del rischio – è anche la sua eterogeneità (almeno in massima parte) rispetto all’attività

imprenditoriale svolta²⁶⁴. Da che, le pressanti richieste da parte del mondo delle imprese di un intervento di chiarificazione legislativa circa l'ampiezza del loro (eventuale) ambito di responsabilità²⁶⁵.

Tutto ciò a conferma di quanto già si diceva in via generale: l'ampliamento dei canoni e delle linee-guida "intermedie", ovvero di programmi preventivi pianificati da apposite agenzie, tecnicamente competenti – purtroppo ancora mancanti, o scarsamente sviluppati, in molte delle attività a rischio – aiuterebbe sicuramente a mitigare "i lati oscuri" del sistema di autoregolamentazione privata. In primo luogo, darebbe maggior legittimazione alla delega legislativa alla gestione privatizzata del rischio. Questa, infatti, non si attuerebbe addossando direttamente in capo ai singoli, oltretutto sotto la minaccia della pena, l'individuazione delle politiche necessarie alla prevenzione, ma passerebbe attraverso l'implementazione di apposite agenzie dotate delle competenze tecniche necessarie a pianificare programmi preventivi.

In secondo luogo, essa attenuerebbe anche il rischio di degenerazioni del sistema *ex post*: in un contesto in cui l'autorità amministrativa è (totalmente) deresponsabilizzata, responsabilizzare il privato risulta ineluttabilmente in un aumento esponenziale della discrezionalità giudiziale²⁶⁶. Un esito, questo, particolarmente problematico se si considera che, al momento di valutare l'idoneità preventiva dei prodotti autonormati, l'autorità giudiziaria rischia di trovarsi stretta tra due alternative di giudizio parimenti inappaganti. Infatti, se è indubbio che le regole di fonte privata debbano vagliarsi alla luce dei parametri (o c.d. controlli) eteronormativi *ex ante*, quando questi sono astratti, ovvero molto "distanti" dalle specifiche misure

²⁶⁴ A notar lo CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in www.sistemapenale.it, 15 giugno 2020, cui si rimanda anche per maggiori approfondimenti dell'intera vicenda.

²⁶⁵ Ulteriori sollecitazioni nel senso di una ridefinizione legale del contenuto dell'obbligo di tutela gravante sui datori di lavoro *ex art.* 2087 c.c. (sempre in relazione al rischio di contagio in esame) sono giunte anche Comitato di esperti in materia economica e sociale, il cui rapporto "*Iniziativa per il rilancio Italia 2020-22*" (reperibile sul sito www.governo.it) già consigliava di ridurre il rischio di responsabilità penale del datore di lavoro e, per farlo, suggeriva proprio di inserire la previsione per cui la concretizzazione (seguita dall'effettiva attuazione) dei protocolli di sicurezza predisposti dalle parti sociali costituisca adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.

²⁶⁶ Per una critica sul punto v. STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza*, cit., p. 55 ss., secondo cui il nostro sistema ha recepito un modello di gestione "compartecipata" del rischio di derivazione comunitaria, senza però provvedere, di pari passo, a istituire anche appositi organi istituzionali pubblici di monitoraggio, che facciano da supporto al privato (sul modello ad es. delle agenzie americane dell'OSHA o del NIOSH, che individuano i rischi in modo molto capillare, e non si limitano, come ha fatto il nostro legislatore, a fare generici riferimenti ad essi).

autonormate (si pensi all'obbligo "programmatico" di valutazione del rischio), l'autorità giudiziaria potrebbe: da un alto, limitarsi a saggiare la riconducibilità "procedurale" del processo autonormativo entro la cornice legale, ovvero a valutare la rispondenza "formale" del prodotto autonormativo finale agli *standard* "minimi" di legge; dall'altro, spingersi a sondare l'effettiva congruenza delle regole private agli scopi prevenzionistici, stabilendo essa stessa i criteri più specifici che avrebbero dovuto guidare la predisposizione delle norme autoregolative (le c.d. regole cautelari di "secondo livello"). Tutto ciò con l'ovvio rischio di giudizi arbitrari, posto che detti criteri non sarebbero in alcun modo verificabili, né tantomeno preventivabili; spesso, infatti, questi nemmeno emergono in sentenza, ma vengono celati dal ricorso al suggello argomentativo dell'agente modello come incarnazione della migliore scienza, ovvero dell'assoluto preventivo nell'adempimento del proprio "debito di sicurezza". L'alternativa, quindi, è tra una quasi certa impunità dei privati nello svolgimento di attività pericolose ma utili (assicurata da un controllo puramente formalistico) e una loro quasi certa responsabilità penale (conseguente, invece, ad arbitrarie svalutazioni *ex post* dell'idoneità preventiva delle regole cautelari di fonte privata): ovvero, tra due opposti scadimenti, delle esigenze di tutela oppure di quelle di garanzia²⁶⁷.

Da che, appunto, l'auspicio alla pre-costituzione di una rete di più specifici programmi di prevenzione, di linee guida che, oltre a fare da supporto al singolo garante, vadano a vincolare (almeno in parte) i criteri valutativi dell'interprete, quindi a ridimensionarne l'arbitrio: delimitando *ex ante* le fonti di colpa addebitabili, queste aumenterebbero la riconoscibilità del precetto e, di conseguenza, anche la prevedibilità del rischio di responsabilità penale²⁶⁸.

Il transito verso una più accentuata eteronormazione, in uno con l'introduzione di indici di certezza all'interno del tessuto (etero-)normativo dovrebbero dunque

²⁶⁷ Per approfondimenti su questa paradossale alternativa, seppur con specifico riguardo ai c.d. *compliance programs* rilevanti della valutazione della responsabilità dell'ente v. BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1517 ss. e p. 1523 ss. Sebbene sia generalmente trattata in relazione alla c.d. colpa da organizzazione, la problematica legata alla valutazione *a posteriori* dell'efficacia preventiva delle cautele autonormate si pone in maniera simile anche rispetto alla colpa individuale: cfr. PIERGALLINI C., voce *Colpa*, cit., p. 262, nonché, in relazione alla responsabilità degli enti, ID., *Autonormazione*, cit., p. 261 ss.

²⁶⁸ Di questo avviso BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1524. Similmente Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 157 s. Sembra favorevole ad una loro diffusione anche GIUNTA F., *Maxima culpa*, cit., c. 633.

placare anche le angosce legate all'accertamento della colpa attraverso parametri ibridi (in un *mixtum* tra colpa specifica e generica) e indecifrabili, non ultimo quello fallace del *post hoc propter hoc*, risultante in pretese prevenzionistiche sostanzialmente inesigibili.

Sennonché, la dottrina non manca di sollevare alcune perplessità, soprattutto in merito all'effettiva potenzialità, da parte di questi strumenti, di conseguire i prefissati obiettivi. Riprendendo l'esempio dei Protocolli "anti-Covid 19" – ma ciò vale per tutti questi strumenti di indirizzo – può condividersi solo in parte la considerazione per cui «una previsione di adeguatezza» delle misure preventive corrispondenti a quelle previste da protocolli e linee guida condivisi, che riproducono le best practices del settore, non riesca comunque a esaurire «tutto il ventaglio delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili»²⁶⁹.

Una cosa, infatti, è rimettere al giudice la perimetrazione (*ex post*) del rischio consentito, riconoscendo all'art. 2087 c.c. la funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento al caso concreto, nonché di ulteriore fonte di regole cautelari.

Altra cosa, invece, è imporre al medesimo di misurare la diligenza richiesta all'agente facendo riferimento alla griglia di criteri stabiliti *ex ante*, lasciandogli un certo margine di valutazione solamente in termini di: accertamento che il fattore di rischio concreto sia tra quelli considerati dalle regole cautelari protocollari; accertamento che le procedure normativamente previste mantengano effettivamente la loro idoneità tecnico-strutturale alla luce delle "specificità del caso concreto" (analogamente a quanto previsto in ambito medico).

Non deve temersi, quindi, che l'introduzione di una componente di standardizzazione nell'autonormazione possa affievolirne tutti i vantaggi, in particolare quello della maggior adattabilità delle norme cautelari autonormate alla concretezza delle fonti di pericolo. Né sembra fondato il rischio che possa instaurarsi una pericolosa tendenza alla burocratizzazione: degli oneri cautelari gravanti sull'operatore, prima, e della successiva verifica da parte del giudice, poi, che si limiti

²⁶⁹ È scettico circa la capacità risolutiva di questi strumenti CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela*, cit., § 4.2.

ad appurare la conformità (formalistica) delle norme autopoietiche ai parametri prestabiliti²⁷⁰.

È evidente, infatti, che oltre curare l'inserimento delle misure previste all'interno della propria realtà lavorativa, il datore di lavoro è tenuto a predisporre un'adeguata attività organizzativa al fine di assicurare, da un lato, la manutenzione degli strumenti introdotti, quindi il loro concreto funzionamento e, dall'altro, la corretta attuazione da parte dei propri dipendenti. Al contrario, sembra eccessivo richiedergli di verificare egli stesso, la concreta idoneità allo scopo delle misure distillate dalla migliore esperienza cautelare del momento²⁷¹.

Non vi è dunque motivo di ritenere che l'ancoraggio ai protocolli e agli altri criteri-guida "intermedi" (se correttamente intesi) possa affievolire la funzione preventiva della colpa, né che possa implicare la negazione di ogni capacità valutativa in capo all'agente (prima) e al giudice (poi): auspicandosene la diffusione, infatti, non si mira a trasformare il privato in un ottuso applicatore della procedura cautelare, ma a garantire la predisposizione di criteri condivisi, capaci di indicare a quest'ultimo quale sia l'agire doveroso suscettibile di rilevanza penale.

Proseguendo nell'analisi dei correttivi alle degenerazioni prodotte dall'autonormazione, la seconda e ultima procedura di controllo a venire in rilievo è quella c.d. *in itinere*: ovverosia, quella dei controlli collocati nella fase di consolidamento delle regole autonormate, generalmente spettanti ad autorità amministrative. Il loro obiettivo, infatti, è quello di supervisionare, ed eventualmente ri-orientare i singoli processi autoregolativi, attraverso l'emanazione di regole di indirizzo più specifiche e concrete, in modo da allinearli al sistema eteronormativo retrostante, quindi adeguarli agli scopi stabiliti dall'ordinamento.

Ai fini del discorso interessa soprattutto sottolinearne un aspetto, in parte già accennato, che ha a che fare con la politicità intrinseca nelle (o comunque in alcune in modo preminente) regole cautelari: posto che la corresponsabilizzazione del privato nella gestione dei rischi post-moderni non può significare un disinteresse totale da

²⁷⁰ Solleva questi timori Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 158. Sul rischio di una burocratizzazione cfr. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 583 ss. e, da ultimo, BIANCHI F., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1525.

²⁷¹ Parrebbe sostenerlo, invece, CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela*, cit., § 4.2.

parte della pubblica amministrazione, è certamente ben accolto un'intervento della pubblica autorità che, nella fase conclusiva di formazione della norma, si assumesse la responsabilità di convalidare il bilanciamento espresso dalla cautela di fonte privata²⁷².

Infatti, si danno anche casi in cui i controlli in esame combinano alla (generalmente) preponderante dimensione tecnica, anche un carattere più “politico-valutativo”: in pratica, oltre a saggiare la conformità delle regole cautelari private ai requisiti normativi legali e la loro adeguatezza agli scopi di tutela, questi possono fornire anche un indirizzo politico al bilanciamento di interessi da cui dipende la scelta delle misure di gestione del rischio (in termini sia di tipologia, che di intensità). Ne dà un esempio la disciplina della gestione dei rischi di incidenti rilevanti (artt. 13, 15 e 17 del d.lgs. 26 giugno 2015, n. 105 e allegato n. 5) che, nel caso di stabilimenti c.d. sopra-soglia o di cambiamenti che comportano la modifica dell'elenco delle sostanze rischiose impiegate, contempla un intervento del Comitato Tecnico Regionale (C.T.R. presso la Direzione Regionale dei Vigili del fuoco) chiamato a rilasciare un “nulla osta di fattibilità” (talvolta alla condizione che venga integrato o migliorato il sistema di *risk management* delineato dal privato), ovvero a proporre l'arresto dell'attività a rischio²⁷³.

L'opportunità di un tale intervento di “consacrazione politica” della cautela privata si saggia anche guardando agli effetti che potrebbe produrre sul giudizio *ex post*: in particolare, quello di ostacolare il (comprensibile) insinuarsi di una “logica del sospetto” nel giudice, nel momento in cui è chiamato a valutare l'adeguatezza alle esigenze di sicurezza, di una regola cautelare prodotta da chi è parte alla ponderazione di interessi in conflitto. Delegare interamente al privato la concretizzazione del bilanciamento tra costi di produzione ed esigenze di prevenzione, significa affidarla a un soggetto (verosimilmente) più sensibile al primo dei due interessi contrapposti; da

²⁷² In dottrina, già STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza* cit., p. 61 ss. Di questo avviso, più di recente, v. PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss.; PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 158, nonché BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1524 s. Nel senso di un potenziamento di queste agenzie regolamentatorie sembra anche TORRE V., *La “privatizzazione” delle fonti*, cit., spec. p. 429 ss.

²⁷³ Per questo esempio e per approfondimenti su questa tipologia di controlli v. BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1514 s.

che, l'affermarsi di una precomprensione negativa sul prodotto finale, della cui bontà si tenderà, quasi per principio, a diffidare.

Un'interlocuzione tra il privato e la pubblica amministrazione, finalizzata al rilascio di una convalida, da parte della seconda, del sistema prevenzionistico pianificato dal primo, attenuerebbe sicuramente il rischio di faziose svalutazioni *a posteriori* dei prodotti autonormativi. Il risultato positivo del controllo, infatti, rappresenta una sorta di garanzia sulla sufficiente idoneità preventiva del sistema di gestione privata del rischio e, come tale, dovrebbe assicurare all'agente la conferma, anche da parte dell'interprete, del vaglio di adeguatezza del sistema pre-validato "in corso d'opera"; beninteso, senza con ciò escludere la verifica (*ex post*) circa l'effettiva attuazione, all'interno dell'impresa, dei precetti cautelari individuati. Certo è, però, che per poter funzionare detto meccanismo presuppone, da un lato, il netto rifiuto di approcci burocratizzanti e, dall'altro, lo stanziamento di investimenti pubblici non indifferenti²⁷⁴; nonostante questo, potrebbe comunque consigliarsene il potenziamento quantomeno in relazione ai rischi più rilevanti in termini di frequenza o impatto.

I due correttivi esposti non esauriscono tuttavia il novero di quelli proposti dalla dottrina per circoscrivere il ruolo valutativo dell'interprete *ex post factum*: accanto a questi, un ruolo decisivo viene attribuito all'inserimento del processo autonormativo all'interno di percorsi altamente proceduralizzati, che non vadano solo a perimetrare l'elaborazione e la validità del sistema autoregolativo, ma contemplino anche spazi di interlocuzione tra il decisore pubblico, i gruppi autonormati (eventualmente rappresentati dalle associazioni di categoria) e la comunità epistemica.

Questo accorgimento permetterebbe, in particolare, di attenuare un diverso aspetto negativo dell'autonormazione: ovverosia, il rischio di parzialità e di scarsa attendibilità della fonte privata. Introducendosi nella stessa un certo "tasso di democraticità", infatti, dovrebbe affievolirsi la diffidenza verso la sua presunta autoreferenzialità, ossia la sua facile cedibilità ad interessi particolari. Più in generale, poi, dovrebbero risultare allentate anche le tensioni tra il fenomeno autonormativo e le istanze di legalità: pur ponendosi in evidente contraddizione con il cuore dogmatico della legalità penale – il principio formale di riserva di legge – l'autonormazione non

²⁷⁴ Così BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., p. 1525.

ne rinnegherebbe però la sostanza. Una volta inserita all'interno di un modello più ampio, di “*governance* contrattata”, infatti, questa produzione normativa poggerebbe su criteri che sono il frutto dell'incontro tra una pluralità di saperi e di punti di vista diversi e, come tale, non potrebbe dirsi priva di una sua peculiare democraticità (c.d. “dal basso”)²⁷⁵. In questo senso, nella procedimentalizzazione vi è chi ha scorto una «nuova fonte pluralistica nella produzione della regola cautelare»²⁷⁶. In ultimo, l'intervento delle comunità scientifiche (i c.d. saperi esperti) “al tavolo di concertazione” – che si facciano portatrici dello stato di evoluzione della scienza e della tecnica del settore: delle teorie più accreditate e delle tecniche cautelari più avanzate in un dato momento – attenuerebbe anche il problema dell'adeguatezza della regola di fonte privata alle esigenze della prevenzione; *a fortiori* nei casi di (parziale) incertezza sulle fonti di rischio, perché risulterebbe più chiaro che cosa è possibile pretendere dagli operatori, e che cosa invece no, alla luce della scienza e dell'esperienza cautelari disponibili al momento.

In conclusione: se debitamente procedimentalizzata, l'autonormazione potrebbe avviare percorsi di positivizzazione dotati di un particolare tratto di “democraticità” e comprensivi di un'attività di aggiornamento ed emendamento; percorsi, dunque, agevolmente rivedibili alla luce delle nuove acquisizioni scientifiche e aperti alla partecipazione di tutte le più autorevoli comunità epistemiche, nonché delle parti del conflitto sociale²⁷⁷. Da che, risulterebbe più circoscritto anche il ruolo valutativo di “validazione” *ex post* ricoperto dall'autorità giudicante, che non potrebbe limitarsi ad addurre la parzialità della fonte privata per bollare come “inadeguata” la regola auto-normata, ma dovrebbe motivarne la manifesta inefficacia indicando un protocollo o una pratica “più avanzati”, oppure dimostrandone lo scollamento da una specifica verità cognitiva o scientifico-empirica.

Da evitare, invece, sono entrambi gli opposti estremismi: da un lato, è ben possibile che il privato sia chiamato a prestare il proprio contributo all'individuazione

²⁷⁵ Vi scorge un tratto di democraticità “dal basso”, Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 157.

²⁷⁶ L'espressione è di GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 584.

²⁷⁷ Quanto alla democratizzazione dei processi in parole v. le considerazioni di PIERGALLINI C., *Autonormazione*, cit., p. 261 ss. e, recentemente, di BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione*, cit., p. 1521 ss., spec. p. 1524 ss.

delle cautele per il controllo dei rischi, né possono disconoscersi vantaggi dell'autonormazione in termini sia di tassativizzazione, ossia di maggior determinatezza del tipo, sia di (maggiore) efficienza della tutela. La *ratio* dell'attivazione legislativa di percorsi autonormativi è infatti quella di aumentare le possibilità di prevenzione di eventi non voluti – grazie al contributo di chi è più “vicino”, e dunque ha presumibilmente più contezza, delle specifiche fonti di rischio – nella consapevolezza dei limiti patiti da una regolamentazione (interamente) pubblicistica al cospetto delle complessità della c.d. *Risikogesellschaft*. Altrettanto ragionevole è la configurazione di doveri di acquisizione di conoscenze in capo ai garanti privati; doveri di diligenza, questi, in un certo senso basilari in ogni caso di responsabilità per colpa.

Dall'altro lato, però, il funzionamento del sistema di gestione prevenzione e gestione del rischio presuppone anche la funzionalità di una serie di apparati pubblici, che interessano l'ordinamento nei suoi vari livelli; detto altrimenti, per avere ragione d'essere la cooperazione richiesta ai privati deve avere come contraltare un complesso di doveri pubblici. Ovvero, deve avere alle spalle una rete di direttive adeguate, di controlli istituzionali e, ovviamente, la disponibilità di un bagaglio di saperi tecnico-scientifici attendibili; per cui, non può nemmeno mancare un qualche sistema di adattamento della disciplina “tecnica” di attuazione alla luce di criteri di indirizzo stabiliti a livello primario²⁷⁸. In pratica, deve rimanere fermo il principio per cui la stima preliminare dei rischi e la motivazione delle scelte di disciplina sono compiti di spettanza statale (dello Stato inteso nei suoi vari organi), per adempiere i quali non basta a predisporre poche norme “*omnibus*” dal contenuto precettivo indeterminato (cfr. artt. 15, comma 1, lett. a) e 28 d. lgs. 81/2008)²⁷⁹.

La “sfida” che si prospetta all'autonormazione – o meglio alla progettazione di un equilibrato modello di co-gestione del rischio – sembra dunque la creazione delle condizioni di fondo per la sua sopravvivenza: la presenza, da un lato, di pubbliche autorità che non pratichino un totale disimpegno nell'apprestamento delle regole preventive; dall'altro, di un'autorità giudicante attenta a non cadere in precomprensioni o logiche del “senno di poi”, ovvero a non farsi portatrice di pretese

²⁷⁸ Di questo avviso PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit., p. 778 ss.

²⁷⁹ Parla di norme “*omnibus*” STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza*, cit., p. 55 ss.

inesigibili. In breve: la presenza di un quadro socio-istituzionale nel quale le istituzioni e gli attori sociali siano entrambi consapevoli dei propri ruoli e dei limiti che vi sono radicati²⁸⁰.

7. IL RISCHIO PENALE DA “CATTIVA” VALUTAZIONE TRA RICONOSCIBILITÀ DEL RISCHIO E DOVERE DI VALUTAZIONE

Prima di formulare, alla luce delle più recenti tendenze giurisprudenziali, una diagnosi finale sullo stato di salute di cui gode l'illecito colposo “alle prese” con la società del rischio, vale la pena riportare l'attenzione su un ultimo-aspetto – una sorta di *fil rouge* dell'intera ricerca – che è di centrale importanza per assicurare un futuro “florido” (ma non onnipervasivo) alla colpa penale.

Il riferimento va al momento estimativo (anche detto congetturale o valutativo) che si lega al processo decisionale dell'agire (e del “come” agire) nei contesi di rischio. È lo stesso dovere di diligenza, infatti, a presupporre che sulla scorta di un bagaglio di conoscenze (siano esse esperienziali o scientifiche), venga svolta una operazione di stima del particolare “tipo” di rischio insito nello svolgimento di una determinata attività pericolosa, al fine di decrittarne le caratteristiche (anche in termini di probabilità e gravità delle conseguenze) e, poi, di individuare la strategia più idonea a fronteggiarlo.

Trattandosi di un concetto “relativo”, infatti, la “diligenza” si declina diversamente a seconda del contesto, o meglio del tipo di rischio al quale la condotta preservativa si frappone: il suo contenuto è dunque necessariamente condizionato dal fattore “situazionale” (della pericolosità della circostanza considerata) nonché, evidentemente, dalla disponibilità di conoscenze e di tecniche sufficienti a individuare e contenere il coefficiente offensivo in parola.

La qual cosa ha trovato piena conferma anche nello studio della regola cautelare, il cui funzionamento può descriversi seguendo uno schema “bifasico”: qualsiasi norma di comportamento che possa dirsi tale, infatti, poggia su in un modello *predittivo* di specifiche “cornici” di rischio, a partire dalle quali i saperi a disposizione

²⁸⁰ Cfr. PIERGALLINI C., *Autonormazione*, cit., p. 261 ss.; Palazzo in PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 158, nonché BIANCHI D., *Appunti per una teoria*, cit., spec. p. 1525.

consentono di stabilire nessi causali, ovvero di prognosticare, la verifica di determinati eventi offensivi (è questa la sede del c.d. giudizio di prevedibilità); questa piattaforma “cognitiva”, poi, costituisce al contempo il fondamento e il limite di un modello trattamentale di *prevenzione* (è questo il secondo “momento”, sede del giudizio di evitabilità), funzionale a selezionare le condotte atte a prevenire o, più spesso, a ridurre il rischio di verifica dell’offesa.

Ciò detto riguardo al momento genetico di ogni regola cautelare, quando le si accorda rilievo ai fini dell’illecito colposo, si ha riguardo alla norma di condotta “tipica” e “impersonale”, che costituisce in un certo senso il “prodotto” finale di tali operazioni; ovverosia, alla direttiva di comportamento “modale” (sia essa formalizzata o affermata quale regola preventiva in via prassi di socialmente diffusa), il cui rispetto è preteso in relazione a una determinata cornice o “tipologia” di rischio. Incarnando la misura di “evitabilità” del rischio imposta dall’ordinamento (e quindi indicando, in negativo, la soglia di accettabilità dello stesso) la sua elaborazione richiede lo svolgimento di giudizi assiologici, normo-valutativi che, a rigore, non dovrebbero pesare sulle spalle di un singolo, sotto minaccia di pena. Detto altrimenti, la formazione della norma cautelare non può essere interamente delegata all’individuo: su questo – più che un dovere di sapere inteso come dovere di prevedere (*rectius* di ipotizzare) connessioni di rischio per poi impedirne la concretizzazione in offesa – spetta un dovere di rilevare empiricamente i fattori di rischio noti (noti alla luce di un sapere condiviso del quale egli è fruitore), che è strumentale all’adozione delle misure richieste (e messe a disposizione) dall’ordinamento per fronteggiarlo.

Il che non esclude, lo si è detto, ma anzi presuppone, che all’interno della regola che incarna l’aspettativa ordinamentale di diligenza “convivano”, intimamente connessi, entrambi i momenti, della c.d. prevedibilità e della c.d. evitabilità (concetti ambedue ancora intesi in senso “impersonale”) del fattore offensivo; trattandosi degli “snodi” necessari per la formazione della regola stessa.

Qualunque cautela, lo si ricorda nuovamente (anche quella poi eventualmente positivizzata nel testo scritto) nasce originariamente dalla sedimentazione, cioè dalla cristallizzazione nel tempo, dei due suddetti giudizi: ciascuna *norma agendi* di questa natura presuppone, a monte, la disponibilità di un sapere esperienziale-scientifico che si rende necessario a conoscere, “valutare” e “definire” un certo fattore di rischio e che

fa poi da supporto all'elaborazione delle misure contenitive. È evidente, infatti, che se un certo fattore di pericolo non può, allo stato della scienza, essere compiutamente identificato o non possono esserne definite le conseguenze in termini di prevedibilità, diventa anche impossibile elaborare/individuare un programma di governo preventivo dello stesso che possa dirsi efficace. In questo senso, il giudizio di prevedibilità costituisce la «base valutativa esperienziale e scientifica» per il confezionamento della regola di condotta obbligatoria: un criterio di collegamento dunque imprescindibile tra le conoscenze eziologiche disponibili e l'adeguatezza preventiva di un certo modello di comportamento cautelare²⁸¹.

Di ciò può scorgersi traccia anche nell'etimologia stessa del verbo “provvedere”: oggi inteso con il significato di “agire con previdenza e opportunità in modo da fare, o procurare, tutto quello che è necessario”, di “prendere le misure opportune per raggiungere un determinato scopo, o per ovviare a qualche bisogno o inconveniente”, il vocabolo di origine latina deriva dal composto della particella *-pro* (“dianzi, prima”) e del verbo *-video* (“vedere”) – tradotto: “antivedere” – a conferma che le due cose siano logicamente (oltre che cronologicamente) correlate: per poter provvedere, e dunque essere “*providens*” ovvero “*prudens*”, si deve poter “vedere dianzi”, mentre contro ciò che non è possibile pre-vedere, che accade all'improvviso ci si trova di regola privi anche di “modi di fare opportuni allo scopo (cautelare)”. Senza predizione, diventa difficile anche provvedere al bisogno in maniera adeguata.

I due anzidetti momenti non vanno però confusi: quello valutativo, del c.d. *assessment*, infatti, non ha un significato in sé cautelare, ma costituisce piuttosto la base, o se si vuole il presupposto, logicamente imprescindibile, per poter elaborare/selezionare la strategia preventiva più adeguata. Tuttavia, vale la pena ribadirlo, il giudizio di prevedibilità non può mai, da sé solo, sfociare nell'indicazione del comportamento da adottare per fronteggiare il rischio²⁸².

²⁸¹ Cfr. GIUNTA F., *Maxima culpa*, cit., c. 634 s., nonché, sempre in argomento, già ID., *La normatività della colpa penale*, cit., p. 94 s.

²⁸² Cfr., da ultimo, GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *www.discrimen.it*, 2 gennaio 2021, p. 5.

Vero questo – una volta venuto ad esistenza lo schema di condotta cautelare – la base situazionale dello stesso, ovvero i fattori di pericolo presi ad oggetto dal giudizio di nomologico di prevedibilità, restano per così dire “in secondo piano” costituendo il supporto per la formazione del modello di condotta preventiva che, appunto, rappresenta il contenuto vero e proprio della regola conformativa, rilevante sul piano della tipicità.

Ciò non esclude, lo si è visto, che nel caso di regole “specifiche” (massimamente determinate), la fonte che le giuridicizza formalmente possa esplicitare tanto il momento pre-tipico – ovvero gli indici situazionali rivelatori del rischio che la regola mira a fronteggiare, la cui presenza “fattuale” rende doverosa l’adozione della condotta preventiva – quanto la determinata modalità comportamentale richiesta a scongiurare l’indicato fattore di pericolo.

Passando dal piano astratto della tipicità a quello concreto dell’imputazione, nonché della colpevolezza, si è visto che qualsiasi regola cautelare diventa effettivamente doverosa per l’agente in un determinato contesto reale, solo al manifestarsi della “situazione tipica” di rischio che ha costituito, per così dire, lo “scopo” della modalità difensiva elaborata a livello (*lato sensu*) ordinamentale.

Ai fini della responsabilità per colpa, dunque, detta situazione deve rientrare nello spettro conoscitivo del soggetto *hic e nunc*, ovvero deve essergli rivelata dall’oggettiva presenza di c.d. campanelli “situazionali” di allarme, non potendosi altrimenti imputare al medesimo la mancata adozione della condotta preventiva.

Trattasi, al pari della conoscenza/conoscibilità della legge penale, o c.d. *scientia iuris* (nonché della “riconoscibilità” sociale del loro contenuto precettivo) di una “condizione minima di imputazione”, di un presupposto costituzionalmente richiesto per poter rimproverare la violazione del precetto/divieto (qui della regola cautelare) al soggetto: nel caso delle fattispecie colpose in particolare, la conoscibilità della regola cautelare postula il previo riconoscimento/la riconoscibilità in concreto della situazione di pericolo; sarà questa, di regola, a svolgere la funzione di “mediazione”, di veicolo per giungere all’individuazione e quindi all’attuazione delle regola obbligatoria²⁸³. Diversamente dalle fattispecie dolose, infatti, la previsione del

²⁸³ Sul punto v. altresì le considerazioni di PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit., p. 778 ss., per cui la previa ricognizione dei rischi costituisce la preconditione logica («il presupposto razionale»)

fatto tipico, o se si vuole del pericolo, non rappresenta un elemento indefettibile ma, anzi, nel caso di colpa con previsione, è necessario che il soggetto, pur rappresentandosi il fatto, non lo abbia voluto. Tuttavia, resta quanto meno necessaria la possibilità di rappresentarsi il rischio che, al pari della rappresentazione nel reato doloso, funge da elemento primo di motivabilità ad agire conformemente al diritto: per potersi comportare correttamente occorre infatti «conoscere quanto necessario per valutare le prevedibili conseguenze della propria condotta, in modo da poter evitare eventuali conseguenze vietate»²⁸⁴.

Anche nel caso di cautele positivizzate, infatti, è vero che l'attività di "informazione giuridica" svolgerà, di regola, un ruolo determinante nel raggiungimento della *scientia iuris*; tuttavia, è anche vero che l'"occasione", ovvero la "causa psichica" che normalmente spinge un singolo ad assumere detta informazione (ciò a dire a conoscere/individuare la regola cautelare scritta deputata a regolamentare un certo fattore di rischio) è proprio la conoscenza/riconoscibilità concreta del pericolo²⁸⁵.

Se all'ordinamento spetta, in via generale, il compito di formulare precetti chiari e comprensibili – la "*previa lex scripta*", orientativa per il cittadino – nel dovere di solidarietà che grava sui destinatari delle norme penali (per quanto qui interessa delle fattispecie colpose di evento causalmente orientate) è indubbiamente ricompreso un "dovere strumentale" di conoscenza e attenzione: in quanto soggetti direttamente investiti dell'obbligo di adempiere al precetto (qui al dovere di diligenza concretizzato dalla regola cautelare predeterminata e obbligatoria) al singolo compete un'attività conoscitivo-informativa di mediazione; la quale, in relazione alla conoscenza della legge penale (c.d. *scientia iuris*), richiede di prestare attenzione alla disponibile "informazione giuridica"; mentre per quanto riguarda la conoscenza del "mondo dei fatti", impone di muoversi in un dato contesto rilevando gli indizi di rischio manifesti, ciò a dire le spie di una circostanza prevedibilmente "lesiva di interessi altrui".

dell'individuazione (e poi dell'attuazione) di accorgimenti cautelari idonei a governare i rischi, in una prospettiva simile a quella dei c.d. doveri strumentali di conoscenza approfonditi dalla Consulta in tema di *ignorantis legis* (cfr. C. Cost., sentenza n. 364 del 1988, cit.).

²⁸⁴ PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit.

²⁸⁵ Sul punto, per tutti, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 450 ss.

Un dovere “strumentale”, quindi, non esteso all’infinito, ma a sua volta (de)limitato dalla presenza di indicatori/segnali vedibili del rischio per l’altrui incolumità; da che, anche nello svolgimento di quest’attività “percettiva” di decifrazione del mondo esterno – pur, inevitabilmente, dipendente dalle capacità dei singoli individui – sembrerebbe possibile enucleare una sorta di soglia “minima” sforzo pretendibile da chiunque, ovverosia, quello di cogliere gli indicatori di rischio palesatesi oggettivamente attorno a sé.

Vero questo, nel caso in cui – pur presenti gli indici fattuali, premonitori del pericolo – il soggetto non li abbia riconosciuti per sua colpa (ovvero per essersi messo in condizione di non percepirli violando una precedente regola cautelare: si pensi a chi si è posto alla guida ubriaco, oppure al conducente che risponde a un messaggio sul cellulare), l’inosservanza della regola modale ben potrà essergli colpevolmente rimproverata in quanto, appunto, è stata veicolata da questa «carezza di socialità» o, altre volte, di formazione²⁸⁶.

Quanto detto consente di tenere distinti: da un lato, la base fattuale (ovvero una situazione potenzialmente lesiva in quanto sintomatica di un certo “tipo” di rischio) la cui individuazione fa da premessa alla scelta, o meglio al consolidamento, della direttiva di comportamento cautelare, e il cui concreto ripresentarsi è condizione della doverosità attuale di quest’ultima; dall’altro, la suddetta regola impersonale di condotta (ovvero la modalità di gestione del fattore di rischio pretesa dall’ordinamento), che dovrà essere adottata dall’agente allorché si ripresenti in concreto detta situazione fattuale.

Parimenti, è possibile scindere: da un lato, il criterio imputativo della c.d. riconoscibilità (o prevedibilità in concreto) del rischio da parte del soggetto *hic et nunc*, che attiene al momento imputativo della colpevolezza e risponde alla domanda se l’anzidetta situazione di rischio fosse *vedibile* dall’agente in quanto in quanto indiziata oggettivamente da una serie di “sintomi” (c.d. *Anlaß*); dall’altro, il criterio diagnostico (impersonale) della prevedibilità che, a partire della base fattuale di rischio, ha veicolato (all’origine) il consolidamento della norma modale integrativa della tipicità penale.

²⁸⁶ Scorge l’“essenza” del rimprovero colposo in una «carezza di socialità», piuttosto che in un difetto di attenzione, MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 35.

Tutto ciò considerato, prima dell'avvento del "rischio" come categoria moderna, l'operazione iniziale, analitico-"cognitiva" (strumentale all'individuazione della regola di diligenza di natura modale) non assumeva una rilevanza giuridica per così dire "autonoma", ma rimaneva più "nell'ombra": poggiando su un sapere esperienziale (consolidato e socialmente diffuso), questa valutazione non dava particolari problemi, né richiedeva di essere affidata a particolari organismi/soggetti esperti dotati delle conoscenze tecnico-scientifiche necessarie a svolgerla correttamente. Per dirla con Beck, i pericoli delle società meno complesse "stuzzicavano i sensi", «pungevano il naso, o gli occhi» di chi ne era interessato²⁸⁷: a venire in rilievo erano per lo più fattori naturalistici, visibili e percepibili, la cui identificazione era appannaggio della comune esperienza e non richiedeva lo svolgimento di complesse operazioni congetturali, estimative²⁸⁸. Correlativamente, l'elaborazione delle strategie di contenimento del rischio non richiedeva opere complesse di programmazione, ma era rimessa alle prassi cautelari spontaneamente adottate dalla comunità sociale.

Semmai, la fase del *riconoscimento* del rischio poteva assumere un valore "principe" quale oggetto dell'imputazione colposa nei casi di negligente percezione "sensoriale" (si pensi al caso di scuola del cacciatore che, avendolo inavvertitamente scambiato per un animale, cagiona per colpa la morte di un bambino): un mancato riconoscimento dunque ben diverso da quello che viene più in rilievo oggi (laddove si parla di "omessa/carente" valutazione del rischio) perché appunto legato alle "impressioni" sensorie, piuttosto che alla necessità di svolgere una valutazione, ovvero di approfondire, stimare, definire e misurare anticipatamente un rischio dal punto di vista "cognitivo", per poi programmare la prevenzione, ovvero sia selezionare il trattamento più idoneo a meglio fronteggiarne la degenerazione in evento dannoso.

A parte i summenzionati casi di "cattiva" percezione (più che valutazione) – per nulla problematici dal punto di vista "tecnico-scientifico" – in coerenza con il retroterra sociale meno complesso, la colpa penale si concentrava soprattutto sulle situazioni di c.d. negligenza esecutiva (il gesto imperito del singolo, "creatore" di un

²⁸⁷ BECK U., *La società del rischio*, cit., p., 28.

²⁸⁸ Cfr. GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 4 ss. e p. 6 ss., che parla di campanelli di allarme "espressi" (contrapposti a quelli inespressi) o c.d. "impliciti).

rischio endogeno), dove è forte la tentazione di far coincidere la violazione obiettiva della cautela disciplinante la fase attuativa, con una *culpa in re ipsa*. Da che, l'attenzione della dogmatica dell'epoca sulla tematica del c.d. disvalore d'evento – ovvero sulla connessione di scopo (c.d. nesso di rischio) che deve sussistere tra la regola preventiva e l'evento – quindi l'elaborazione di criteri di imputazioni che ne garantissero il ruolo di elemento “tipico” del reato, ostacolandone la riduzione a mera condizione obiettiva di punibilità.

Non solo: sul piano dogmatico a questo scenario corrispondeva una figura di colpa penale prevalentemente “generica”, dalla natura ancora sostanzialmente “psicologica”, con scarsa messa e fuoco della suddetta scomposizione tra il momento dell'evitabilità del rischio tramite l'adozione di un modello impersonale di condotta e quello della c.d. prevedibilità o riconoscibilità soggettiva del rischio quale presupposto operativo del dovere di diligenza.

Un giudizio, questo secondo, che – anziché esprimere l'oggettivo manifestarsi, di fronte al soggetto agente, della situazione tipica di rischio facente da premessa fattuale per l'adozione del *modus agendi* doveroso – si confondeva nell'imperativo di eseguire l'attività “con la dovuta diligenza”: questo infatti costituiva – e ancora oggi viene spesso così concepito – un “tutt'uno” con il giudizio di evitabilità, secondo la nota formula della prevedibilità-evitabilità dell'evento (dai più parametrata sulle conoscenze e sulle capacità di un agente ideale), e serviva dunque da criterio per la perimetrazione stessa del “rischio consentito”.

Il ragionamento era fondamentalmente quello per cui: se il prototipo di agente, calato nella medesima realtà del soggetto in carne ed ossa, avesse previsto ed evitato il rischio, allora anche il singolo avrebbe dovuto ipotizzare la presenza per poi impedirne la degenerazione nell'evento offensivo. In breve: da criterio imputativo di un evento concreto, la riconoscibilità del rischio finiva (e ancora finisce) per tramutarsi in un dovere di riconoscere/prevedere il rischio secondo il criterio c.d. *homo eiusdem*, funzionale a fondare (o meglio a innalzare) la modalità di condotta diligente afferente al piano della tipicità. Un dovere, quindi, senza argine alcuno, che non trovava confine in una misura “tipizzata” di evitabilità (incarnata dalla, previa, regola cautelare

doverosa) ma veniva anch'esso dilatato in ragione del suo assorbimento nel dovere solidaristico di diligenza²⁸⁹.

Sebbene la fenomenologia colposa fosse meno complessa e interessasse in gran parte lo svolgimento di attività triviali, i limiti della c.d. teoria della prevedibilità si scorgevano già evidenti: declinata al massimo grado di astrattezza, infatti, la prevedibilità si scontra contro il rilievo per cui, in astratto, tutto è prevedibile; concepita al massimo grado di concretezza, invece, questa si confonde con la migliore scienza ed esperienza causali.

Da che, la scoperta che il nesso di prevedibilità – pur essendo un presupposto necessario nel processo “pre-giuridico” di “creazione/consolidamento” di una certa “tecnica” cautelare – non può però costituire il criterio di qualificazione di una condotta come “negligente” (la quale, pur presupponendo valutazioni tecnico-scientifiche, ovverosia giudizi scientifico-esperienziali di prevedibilità-evitabilità, si fonda su giudizi assiologico-normativi)²⁹⁰; né detto nesso riesce, da sé solo, a fornire (*ex ante*) all'agente una chiara indicazione del *modus agendi* diligente e doveroso. Non riesce, esso stesso, a orientare l'azione, fungendo piuttosto da tramite per il reperimento – a partire dai c.d. campanelli situazionali di allarme – di una (preesistente e pertinente) regola cautelare modale, idonea a contenere il fattore di rischio sì empiricamente rilevato.

Breve: quale valutazione identificativa della situazione di pericolo correlata all'esercizio di una certa azione (ovvero sua rappresentazione causale anticipata) la prevedibilità è ciò che rende operativo il dovere di diligenza in una situazione concreta; per essere giustificata, la sua affermazione presuppone dunque l'esistenza di una base empirica; di un “indizio” oggettivo del fattore di pericolo in questione, che funga “da monito” all'agente²⁹¹.

Vero questo, con l'imperversare del “rischio” lo scenario si è diametralmente ribaltato: il momento esecutivo dello svolgimento dell'attività – un tempo fulcro delle imputazioni colpose – è passato in secondo piano, mentre hanno acquistato importanza

²⁸⁹ In argomento cfr. anche GIUNTA F., *Maxima culpa*, cit., c. 637 s. Sulla dilatazione ermeneutica dell'*Anlaß* si rimanda a quanto già detto in questo Capitolo, § 4 e 5.

²⁹⁰ In argomento già GIUNTA F., *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 183 ss.

²⁹¹ Approfonditamente, da ultimo, GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 3 ss.

sempre maggiore il momento preliminare della diagnosi e quello, immediatamente successivo, della scelta, o meglio della progettazione, dell'impianto "gestorio"- "trattamentale" da implementare.

Una doppia "valutazione" quindi: quella riconoscitiva, diagnostico-estimativa del rischio (c.d. *assessment*) – che coinvolge saperi tecnici di cui il *quisquis de populo*, e più in generale la comunità sociale, sono per lo più digiuni – e quella programmatico-operativa rivolta all'individuazione di adeguate regole modali, contenitive del coefficiente di pericolo preso in esame, quindi alla decisione della sua "negoziabilità" o meno. Inoltre, all'interno di questa scansione, ha cominciato a ricevere un rilievo "autonomo" sul versante della responsabilità per colpa anche l'attività di comunicazione del rischio.

In fondo, questa priorità del profilo cognitivo e decisorio all'interno dei processi per colpa non è che il risvolto del crescente coinvolgimento di alcuni privati (per lo più gravati da particolari posizioni di garanzia) nella selezione o, se si vuole, nella programmazione (ovviamente non arbitraria), delle regole di comportamento da seguire, ovvero del livello di sicurezza "dovuto" nell'esercizio di determinate attività; ciò per via della loro particolare "vicinanza" rispetto alla fonte di rischio, come nel caso del datore di lavoro, oppure per via del "sapere superiore" da loro posseduto, come accade nel settore sanitario o nel sistema di Protezione civile.

La percezione sensoriale dei dati ambientali, infatti, non basta più a riconoscere la presenza di molti dei pericoli "della modernità" e a fronteggiarli adeguatamente attraverso sequenze quasi automatizzate di azioni, assimilate grazie alla pratica (si pensi alla pratica di guida) o all'esperienza ricevuta in passato; al contrario, per "vederli" e interpretarli come tali (ovvero come "pericoli") si rendono necessari gli «"organi di senso" della scienza», cioè a dire una attività di ricerca e di analisi, di censimento e di costante monitoraggio, che non può essere rimessa alla comune esperienza, ma presuppone un sapere "fuori dell'ordinario"; servono «teorie, esperimenti, strumenti di misurazione»²⁹².

Detto altrimenti, la percezione dell'*Anlaß* – dei "dati ambientali" sintomatici di una situazione potenzialmente pericolosa, che pur ci devono essere – non conduce

²⁹² BECK U., *La società del rischio*, cit., p. 35.

immediatamente all'identificazione della condotta da tenere, ma richiede un "impegno cognitivo" maggiore. Le condizioni circostanti spesso non permettono di attivare schemi «percettivo-motori consolidati», ma richiedono uno studio preliminare, un approfondimento cognitivo della situazione, che faccia poi da base per la scelta della procedura più adeguata a governarne il prevedibile sviluppo²⁹³.

Una valutazione complessa, questa, oggi fatta gravare su una categoria "impersonale" di soggetti quale parte integrante di un più ampio "dovere di diligenza" dalla veste "procedurale" e, in un certo senso, anche "organizzativa": è emerso, infatti, che l'esercizio di gran parte delle attività rischiose moderne, socialmente utili, presenti uno spiccato connotato di plurisoggettività; una complessità tale da richiedere la previa divisione del lavoro, quindi una programmazione dei compiti di ciascuno, nonché un'organizzazione dei mezzi e delle procedure prudenziali.

Tra i casi più evidenti di rilevanza penale di una pretesa di diligenza dall'aspetto "congetturale" si può infatti pensare – oltre all'obbligo procedimentale di c.d. valutazione del rischio imposto al datore di lavoro, già più volte ricordato – ai complessi compiti valutativi addossati agli operatori di Protezione civile (a livello sia cognitivo-predittivo, dello studio e del riconoscimento del rischio, che preventivo-trattamentale, attraverso la programmazione prima, e l'adozione di determinate contromisure preventive poi); nonché, all'attività diagnostica richiesta al medico, chiamato a valutare la sintomatologia clinica del paziente, se necessario approfondendo anche i segnali "equivoci" compatibili con la sussistenza di diverse patologie; chiamato a soppesare i costi/benefici connessi a un certo trattamento terapeutico o, ancora, i possibili effetti di un farmaco; e, in stretta sequenza, a selezionare il percorso terapeutico più adeguate al quadro nosologico diagnosticato.

Per quanto attiene al ben diverso, ma per certi versi correlato, profilo comunicativo, è sufficiente rievocare l'ormai notissima "vicenda de L'Aquila" per comprendere alcuni tratti della fenomenologia di riferimento: dalla lettura del capo di

²⁹³ Sul punto v. CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 169 ss., che riporta la classificazione, adoperata dagli studiosi dell'errore umano, tra i tre possibili livelli di *skill*, *rule* e *knowledge* (classificazione introdotta da RASMUSSEN J., *Skill, Rules, Knowledge. Signals, Signs and Symbols, and Other Distinctions in Human Performance Models*, in *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics*, 1983, 12, p. 257 ss., poi rielaborata da REASON J.T., *Human Error*, New York, Cambridge University Press, 1990, trad. it Parlangeoli O., *L'errore umano*, Roma, EPC, 2014).

imputazione si evince che la contestazione mossa dalla pubblica accusa agli imputati consistesse nell'aver colposamente fornito, nella propria qualità di componenti della Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi, informazioni tranquillizzanti alla popolazione della città (già allarmata per via dei numerosi fenomeni sismici che si succedevano da settimane), inducendo così i cittadini a rimanere nelle proprie case e, conseguentemente, cagionando la morte di trentasette di essi e il ferimento di altri cinque, in occorrenza del successivo terremoto, ben più devastante, del 6 aprile del 2009.

Ad assumere rilevanza in questi casi è dunque un profilo non più “cognitivo” o “decisorio” del dovere di diligenza, bensì “informativo”: si guarda cioè a obblighi procedurali che, privi anch'essi di una funzione *stricto sensu* preventiva dell'evento, tendono piuttosto a realizzare il coinvolgimento dei soggetti esposti al rischio all'interno del procedimento di governo dello stesso²⁹⁴. Allo stesso *genus* si può quindi ricondurre, fatte salve le innegabili differenze rispetto alla tipo di comunicazione rilevante nel “caso de L'Aquila”, anche l'obbligo pre-cautelare di formazione-informazione che si è visto gravare in capo al datore di lavoro ai sensi dei richiamati artt. 18, 36 e 37 d. lgs. 81/2008.

Soffermarsi sulle caratteristiche delle attività richieste in questi casi, nonché del tipo di rischio con il quale sono chiamate a confrontarsi è un'esigenza divenuta ormai impellente: *in primis*, perché la possibilità di far conseguire – *de plano* – una responsabilità colposa d'evento dall'“omessa” o, più spesso, dalla difettosa/inadeguata, dunque “negligente”, valutazione del rischio non è affatto pacifica, ma anzi discutibile; come si è detto, però, sul versante casistico sono sempre più numerose le vicende nelle quali l'addebito colposo si incentra principalmente sull'anzidetto aspetto valutativo, generando (in particolare in alcuni settori) la sensazione di un rischio penale generalizzato, dal quale si tenta sfuggire attraverso atteggiamenti defensionistici deleteri per il funzionamento complessivo del sistema.

In altre parole, essendo normativamente ricompresa nel dovere di diligenza di alcuni soggetti, l'attività di “valutazione diagnostica del rischio” tende a subire una

²⁹⁴ Cfr. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 587 s.

«assiomatizzazione deontologica»²⁹⁵: l'*Anlaß* da cui prende le mosse evaporato, il giudizio di prevedibilità sostituito da uno di “non escludibilità” dell’evento.

Parimenti urgente è guardare alle caratteristiche del rischio preso a oggetto della valutazione richiesta nei diversi ambiti di attività considerati: oltre a riflettersi sulla risposta al primo quesito (della possibilità o meno di far discendere la responsabilità colposa da una “difettosa” valutazione), le peculiarità di ciascuna delle fenomenologie di rischio considerate condizionano inevitabilmente anche l’apprezzamento del modello di colpa più adatto a trattarle.

Come è già affiorato in diversi punti della trattazione, infatti: da un lato, la colpa legata all’esecuzione maldestra di una attività ha, di per sé, connotati ben diversi dalla “negligenza” rilevante sul versante estimativo, anzitutto a livello di c.d. *Anlaß*; dall’altro, anche all’interno dell’ampio panorama della colpa c.d. congetturale, sono differenti e vanno tenute ben distinte, le situazioni in cui la valutazione richiesta abbia ad oggetto un rischio “endogeno”, creato dallo stesso agente (magari durante lo svolgimento di una attività a sé vantaggiosa), e quelle in cui, invece, il rischio da riconoscere, stimare e trattare sia di origine esterna (vuoi naturale, vuoi antropica).

L’ultimo aspetto a richiedere attenzione è quello del retroterra organizzativo, funzionalmente complesso, che fa spesso da sfondo allo svolgimento delle attività valutative e decisionali in parola: il riconoscimento che in questi ambiti alcuni errori siano legati al “sistema”, più che all’operato di una persona singola, imporrebbe di valutare se, per fronteggiare al meglio il rischio di “falle” legate al funzionamento delle strutture complesse, non sia opportuno cambiare parzialmente approccio, sviluppando una cultura non immancabilmente “colpevolista” di fronte all’errore umano.

Prima di proseguire oltre, è opportuno soffermarsi ancora su un punto che potrebbe dare adito a fraintendimenti: rientrando in vere e proprie “posizioni di obbligo”, il tipo di giudizio valutativo cui si è fatto or ora riferimento sembrerebbe muovere su un piano diverso (oggettivo-impersonale) e dunque non coincidere con l’attività “predittiva” (soggettiva) di riconoscimento del rischio, immediatamente preliminare (nonché funzionale) all’attivazione del dovere di diligenza che governa una certa azione individuale.

²⁹⁵ L’espressione è di MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 55 e p. 57.

Questo secondo apprezzamento, lo si è appena ribadito, prende le mosse dai segnali “fattuali” concretamente presenti in un determinato contesto (c.d. *Anlaß*) che rendono “attuale” l’obbligo di agire con diligenza (ovvero di tenere un certo comportamento cautelare); il riferimento è dunque a una “condizione pre-tipica”, che deve sussistere per ritenere “operativo” l’obbligo di diligenza in un caso concreto. Si pensi, ad esempio, al caso del conducente che transita nei pressi di una scuola: l’obbligo di tenere una velocità prudenziale scatta, in capo a quest’ultimo, in presenza dell’apposito cartello segnaletico (oppure, qualora ne abbia già cognizione per il fatto di passarvi davanti ogni giorno, si attiva una volta giunto in quella zona). La “riconoscibilità” del rischio (in questo caso dell’eventuale presenza improvvisa di bambini sulla carreggiata) è una operazione “soggettivo-individuale”, perché va parametrata alle condizioni concrete in cui muove il singolo soggetto *hic et nunc*, nonché alle sue (eventuali) conoscenze causali superiori.

Diversamente, quando si parla di giudizio valutativo, diagnostico-estimativo e poi programmatico-decisionale si guarda a un obbligo, tipico della modernità, che fa capo a particolari soggetti in virtù del dovere di diligenza da essi preteso (spesso all’interno di ampie posizioni di garanzia). Trattasi infatti di un obbligo “procedimentale”, cautelare in senso lato (c.d. pre-modale) o se si vuole “prodromico”, strumentale a gestire un certo rischio attraverso il compimento, in sequenza, di una serie di scelte e di operazioni.

Riprendendo alcuni degli esempi già fatti: il rischio di una patologia in atto, da diagnosticare attraverso l’osservazione clinica del malato, attraverso eventuali esami specialistici o mediante ricerche di laboratorio e strumentali, e poi, una volta definitene le caratteristiche, da trattare con adeguati percorsi terapeutici.

O ancora: il rischio di un “evento calamitoso” (cfr. artt. 1 e 16 del nuovo Codice di protezione civile, d.lgs., 2 gennaio 2018, n. 1) – di origine naturale, come quello derivante da un sisma, da un’alluvione o da molte altre calamità naturali, ma anche di fonte antropica, comunque esogena rispetto al valutatore, come il rischio chimico, radiologico o nucleare – nel caso della Protezione civile; oggi non più solamente gravata da un obbligo di soccorso una volta verificatasi l’emergenza ma, ancor prima, da complessi obblighi di cognizione, di stima e definizione del rischio, di

comunicazione e finanche di prevenzione dello stesso attraverso la pianificazione di interventi di gestione concreta dei pericoli “mappati”.

Non ultimo, il rischio presente nello svolgimento di una data attività imprenditoriale, da sottoporre a una attività gestoria anch'essa scandita in una fase di *assessment* e in una di *managment* in senso stretto (che, insieme, formano il c.d. processo di valutazione “in senso ampio”)²⁹⁶. Il fatto che quella tratteggiata dal d.lgs. 81/2008 sia una attività valutativa in senso lato è ben desumibile dallo “sbocco finale” dell'operazione preliminare di “mappatura dei rischi” presenti nell'ambiente lavorativo (valutazione in senso stretto o c.d. fase di *risk assessment*), la quale è strettamente funzionale alla individuazione delle misure di neutralizzazione o minimizzazione del rischio da compendiare nel “documento di valutazione dei rischi”.

Una valutazione, dunque, che non allude solamente a un processo di “rilevazione” e descrizione del rischio, ma ricomprende anche il momento della scelta delle modalità di gestione con cui farvi fronte. È su queste seconde – ovvero sulle indicazioni comportamentali di governo preventivo dei rischi contenute nel d.v.r. – che s'incardina propriamente la responsabilità del garante.

Il rilievo – merita evidenziarlo fin da subito – è di importanza centrale per indagare se e in che termini la responsabilità penale individuale possa conseguire da “negligenze” di tipo congetturale. La risposta affermativa al quesito, infatti, presuppone che le misure cui è funzionalmente diretta l'attività di valutazione in senso stretto possano qualificarsi alla stregua di vere e proprie “regole cautelari”.

In pratica, si tratta di verificare in che termini la valutazione del rischio possa contribuire alla indicazione/attuazione di uno specifico precetto comportamentale (se si preferisce di una regola cautelare “modale” c.d. di secondo livello), funzionale a contenere il potenziale di offesa insito nell'svolgimento dell'attività considerata (oppure un rischio di natura esogena, che al “valutatore” è richiesto di fronteggiare) e, dunque, concretamente obbligatorio per chi la esercita.

²⁹⁶ Sulla distinzione, da ultimo PERINI C., *Una lettura penalistica della valutazione del rischio di competenza della Protezione civile*, in, www.discrimen.it, 26 giugno 2019, che, alla luce della normativa vigente (cfr. il citato d. lgs n. 1 del 2018) la ritiene una scansione applicabile anche all'attività di Protezione civile, destinataria non solo di un obbligo di valutazione in senso stretto (di c.d. *assessment*) ma di un dovere valutativo “completo”, in senso ampio.

In altre parole si tratta di capire se e in che misura si venga instaurare in rapporto di “consequenzialità” tra la valutazione in senso stretto e l’adozione di una concreta strategia comportamentale di gestione del rischio, volta a prevenire la concretizzazione dello stesso in un determinato evento dannoso.

Per contro, la presenza di eventuali “errori” (sotto-stime, diagnosi scorrette o tardive ecc.) nella fase di “*assessment*” (quella, appunto, più o meno strettamente “prodromica” all’individuazione di “specifiche” condotte cautelari di gestione del rischio) non parrebbe, a rigore, poter rivestire rilevanza autonoma ai fini dell’imputazione colposa per un evento specifico: perché ciò accada dovrebbe risultare essa stessa, regolata da norme cautelari di natura “modale” capaci di abbassare il rischio. Il che, lo si vedrà, pare difficile affermare in relazione alle condotte richieste a questo livello, dovendosi piuttosto parlare di regole di tipo “pre-modale”.

Si pensi, ad esempio, al c.d. obbligo di valutazione in senso stretto rilevante in ambito antinfortunistico, il cui mancato/negligente adempimento può avere rilievo a patto che ne sia conseguita l’inosservanza della regola cautelare “modale” deputata a fronteggiare, nella fase di concreto svolgimento dell’attività, il rischio di cui l’evento *hic et nunc* verificatosi costituisce la concretizzazione. La procedura valutativa imposta al datore, infatti, consiste in un obbligo di coinvolgere i professionisti dotati dell’*expertise* necessaria a conoscere e censire i rischi connessi alle lavorazioni svolte, ed è dunque il prodromo di una corretta stesura del d.v.r.²⁹⁷.

Quanto all’attività estimativa richiesta in ambito sanitario, la presenza di c.d. protocolli diagnostici-terapeutici – contenenti, come rivela la parola stessa, indicazioni sulle “modalità” tecnicamente adeguate di svolgimento dell’attività di studio di un certo quadro sintomatologico: sequenziando l’ordine di esecuzione degli accertamenti/esami, in base sia alla loro invasività, al loro grado di efficacia e ai loro costi, sia anche ai coefficienti di rischio delle malattia ipotizzata, che si mira ad accertare/escludere²⁹⁸ – potrebbe, di primo acchito, far propendere per conclusioni diverse.

A ben vedere però, ai fini dell’imputazione colposa dell’evento per omessa/scorretta/tardiva diagnosi, sembra comunque necessario indicare il trattamento

²⁹⁷ GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 9.

²⁹⁸ GIUNTA F., voce *Medico (responsabilità penale del)*, cit., p. 880 s.

terapeutico, propriamente cautelare, che una diagnosi corretta avrebbe permesso di individuare e applicare.

In ogni caso, è fondamentale tenere presente la differenza di piani che intercorre tra il profilo di “riconoscibilità” del rischio prima evocato e il dovere di valutativo di ricerca e di definizione del rischio ora in esame: nel primo caso, infatti, si ha riguardo alla presenza, nel contesto fattuale concreto, di una serie di “indizi” tali rendere riconoscibile il rischio di volta in volta considerato (da parte dell’agente concretamente chiamato a svolgere la valutazione); nel secondo, invece, si fa riferimento a una norma di dovere che grava in termini generali e astratti su una categoria di soggetti; il cui adempimento, ai fini di una eventuale responsabilità per colpa, va declinato attraverso criteri oggettivi e predeterminati (*id est, best practices* condensate in protocolli o linee-guida). La responsabilità dell’“arte congetturale”, infatti, è un fardello troppo pesante per essere portato dalle spalle di un singolo, al quale può essere unicamente addossato il dovere (giudico: diverso è il piano morale!) di rispettare le regole procedurali di valutazione, note e condivise secondo la migliore letteratura scientifica²⁹⁹.

Detto altrimenti: guardando alla distinzione dalla prospettiva dell’illecito colposo, nella prima ipotesi non si guarda a un dovere (di riconoscere) del soggetto, bensì della *possibilità* – il piano, sebbene “pre-tipico”, è quello soggettivo del *potere* e dunque della colpevolezza – da parte sua di percepire la presenza di un certo potenziale di rischio in virtù di “campanelli di allarme” situazionali (“indizi”, sussistenti nel contesto specifico in cui muove, che ne fanno da spia) e, per questo tramite, di pervenire all’adozione della regola cautelare doverosa diretta a fronteggiarlo (la cui obbligatorietà in quel momento si attualizza). Anche la “prevedibilità del rischio” che fa da sfondo a questo giudizio, lo si è visto, si declina “in concreto” e ha come parametro il singolo agente.

Al contrario, nella seconda ipotesi viene in rilievo un *dovere* di investigare una certa situazione al fine di identificare, definire e valutare un rischio, che parrebbe attenere al versante oggettivo, della tipicità dell’illecito, ovvero alla “colpa del fatto tipico”; la cui natura è però, tutt’al più, pre-modale. Il che non esclude, ma al contrario

²⁹⁹ Già GIUNTA F., voce *Medico (responsabilità penale del)*, cit., p. 880 s. e, da ultimo, CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 97

richiede, che l'operatività in concreto del predetto dovere si radichi anch'essa nella presenza di “segni prodromici” premonitori del rischio, riconoscibili in virtù della scienza a disposizione, pena la sua trasformazione in un “dovere di sapere” del tutto avulso dalla realtà o, peggio, di ipotizzare, approfondendole, connessioni di rischio ancora in tutto o in parte ignote³⁰⁰.

8. DAI DOVERI VALUTATIVI E INFORMATIVI ALLA REGOLA CAUTELARE DI PREVENZIONE DEL RISCHIO: L'ETEROGENEITÀ DEI MODELLI PRE-CAUTELARI DI PREVISIONE-PREVENZIONE DEL RISCHIO E LA (INCERTA) LEGITTIMITÀ DELLA COLPA PER “CATTIVA” VALUTAZIONE

Passando a considerare il principale degli interrogativi sopra esposti, la questione che si pone ai fini di una eventuale responsabilità penale (individuale) da “cattiva” valutazione è – come anticipato – quella di capire: in primo luogo, se l'attività diagnostico-valutativa (in senso stretto) sia a sua volta assistita da regole cautelari propriamente dette e, dunque, sia suscettibile di dar luogo a una responsabilità penale (autonoma) per l'evento conseguitone, una volta accertata una loro violazione. Altro è, infatti, la norma «impositiva, di sistema» che prescrive l'obbligo valutativo in parola (cfr., ad es., artt. 15 e 17, d.lgs. 81/2008), altre sono le modalità comportamentali che disciplinano l'esercizio di una certa attività pericolosa³⁰¹: da che, è necessario domandarsi se il procedimento di ricognizione, definizione e stima del rischio sia a sua volta regolato da “regole cautelari” vere e proprie, di natura “modale”.

In secondo luogo, si tratta di accertare se e in che termini questa prima fase “cognitiva” possa, in ogni caso, dirsi concorrente alla definizione di puntuali “indicazioni di condotta”, costituenti l'esito finale di un procedimento più ampio del quale la fase (pre-cautelare o se si vuole l'obbligo pre-modale) di *assessment* costituisce appunto la “tappa iniziale”.

³⁰⁰ Cfr. GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 4 ss. che, sul punto, introduce la distinzione tra rischi c.d. espressi da un lato, e rischi c.d. impliciti e c.d. silenti dall'altro.

³⁰¹ La definisce una norma «impositiva», «generica e, 'di sistema'», PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 10.

8.1. Il settore della sicurezza sul lavoro tra obblighi “pre-cautelari” e obblighi “meramente organizzativi”

Tentando adesso di sciogliere detti interrogativi in ciascuno dei settori considerati, si può anzitutto convenire che l’obbligo di valutazione previsto in capo al datore di lavoro *ex artt.* 15, 17 e 28 del d.lgs. 81/2008 si ponga in un rapporto di consequenzialità diretta con la predisposizione del c.d. documento di valutazione dei rischi.

La vera novità del passaggio dalla precedente logica di “prevenzione del pericolo” alla più moderna strategia di “valutazione e minimizzazione di tutti i rischi”, infatti, è persa proprio l’enucleazione “interna” delle regole di comportamento finalizzate a salvaguardare la salute dei lavoratori da parte del destinatario delle stesse: si è già detto che – se il piano di sicurezza viene elaborato nel rispetto delle modalità prescritte (ad es. aggiornandolo periodicamente) – le misure ivi indicate dovrebbero, in uno con le specifiche discipline cautelari di settore, ridurre praticamente a zero l’ambito di operatività della colpa generica residuale in ambito antinfortunistico.

L’attività ricognitiva prodromica di “valutazione del rischio” risulta dunque fondante per l’intero sistema di sicurezza. Facendo da base per il successivo momento di «autopoiesi normativa», quest’ultima contribuisce in maniera decisiva alla definizione del generico obbligo di cui all’art. 2087 c.c.: è dai rischi “mappati”, infatti, che prende avvio la fase “procedimentalizzata” di specificazione dell’obbligo prevenzionistico, nell’ottica del suo migliore adattamento alle specificità di ciascuna realtà aziendale.

Da quanto detto, la dottrina è concorde nel ritenere: in primo luogo, che dall’inosservanza dell’obbligo “programmatico” di valutazione del rischio – certo primario, ma «pur sempre strumentale e indiretto rispetto all’obiettivo prevenzionistico» – non possa farsi discendere, in via immediata, una responsabilità colposa per l’evento *hic et nunc*, pena la configurazione di una forma di colpa c.d. presunto o *in re ipsa*³⁰².

Innanzitutto, il dovere tipico di riconoscere e valutare (per poi “minimizzare”) ogni rischio cui è esposto il lavoratore scatta, in relazione a un fattore specifico, quando

³⁰² Così già MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit., p. 216 ss. (spec. p. 218).

tale rischio sia noto al datore di lavoro (ad es. perché indicatogli dall'esperto chiamato a affiancarlo nella valutazione), o ignorato per sua colpa (ad es. perché non ha nemmeno provveduto a consultare/nominare un perito); si è già detto, inoltre, dell'obbligo di evitare il rischio connesso al radicarsi di prassi inosservanti da parte dei lavoratori, che si attualizza in capo al garante apicale nel momento in cui ne viene a conoscenza, ad esempio perché comunicatogli dal preposto; ma lo stesso vale per il rischio insito nell'esposizione/lavorazione di certe sostanze, che deve essere oggetto di un patrimonio conoscitivo accessibile al datore di lavoro grazie ai protocolli scientifici del settore.

Diverso dal piano del riconoscimento del rischio – dell'analisi, appunto, dei rischi “tipicamente” correlati all'attività imprenditoriale esercitata, alla luce delle conoscenze condensate in protocolli, in linee guide o in studi scientifici diffusi e accreditati – è il piano organizzativo della scelta delle misure di prevenzione atte a minimizzarli, le quali, in termini di contenuto, non sono (al pari dei saperi che fondano l'attività di *assessment*) create dal datore di lavoro. Riecheggiano alcune considerazioni su quelli che – ormai – dovrebbero costituire dei “punti fermi” dell'imputazione colposa d'evento: le modalità di “diligente” gestione del rischio hanno uno spessore “ordinamentale” e oggettivo; anche se chiamato a contribuire alla loro individuazione in un contesto concreto, il privato non le “distilla” in solitudine ma le “trova” all'interno dell'ordinamento.

Detto altrimenti, l'obbligo valutativo non sarebbe riconducibile in quanto tale al concetto di regola preventiva “modale”, né sembrerebbe riscontrarsi la presenza di regole *stricto sensu* cautelari ad assistere lo svolgimento concreto della fase cognitiva in esame. Non sarebbe tale, ad esempio, la norma che impone al datore di lavoro di svolgere la suddetta procedura coinvolgendo, previa nomina degli stessi, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente (cfr. art. 29 d.lgs. 81/2008); trattasi, infatti, di una regola generale di tipo meramente “organizzativo”, finalizzata a garantire quell'ampia collaborazione di cui si diceva, ovvero a conferire una natura partecipata e condivisa del procedimento di prevenzione del rischio in modo da “democraticizzare” *l'iter* che porta alla definizione delle regole cautelari; perciò, sebbene la presenza necessaria del R.S.P.P. – quale soggetto dotato di competenze tecniche qualificate – sia indubbiamente volta anche a evitare che il

conferimento dell'obbligo di redazione del "documento di valutazione dei rischi" a un soggetto (il datore di lavoro), spesso privo del sapere scientifico necessario a confezionarlo in modo adeguato, possa significare la rinuncia al necessario tecnicismo del piano di sicurezza; tuttavia, il siffatto coinvolgimento non può però ritenersi una condizione necessaria della "sicurezza" medesima.

Pertanto, dalla violazione della norma sopra richiamata non potrebbe comunque farsi discendere, in via diretta, la responsabilità del garante per l'eventuale evento avverso verificatosi. Detto altrimenti, qualora il datore procedesse alla redazione del documento "in solitudine", senza consultare i due soggetti richiamati, detta condotta non potrebbe qualificarsi "negligente" in relazione alla verifica di un evento concreto, ovverosia contraria a una regola cautelare *ex se* rilevante nel giudizio di colpa, volta a contenere un rischio specifico.

Diversamente, se il mancato apporto tecnico cui è funzionale la consultazione del R.S.P.P. avesse condotto all'inosservanza di una puntuale regola cautelare modale diretta al governo concreto di un certo rischio, è su quest'ultima disposizione che dovrebbe incardinarsi l'addebito di responsabilità per l'evento. Ciò non toglie, beninteso, che la violazione dell'art. 29 possa comunque far residuare una responsabilità contravvenzionale *ex art. 55 co. 1, lett. a), d. lgs. 81/2008*.

In secondo luogo, vi è ugualmente concordanza di vedute nel ritenere che l'omessa o insufficiente valutazione del rischio in quanto tale (*id est*, la violazione degli artt. 15, 17 e 28 d. lgs. 81/2008) – oltre a integrare l'illecito contravvenzionale di cui all'art. 55 – possa dar luogo "in via mediata" a una responsabilità per l'evento dannoso realizzatosi; ciò a dire, qualora si sia tradotta – "a valle" – nella mancata adozione della cautela che ha "dato causa" allo specifico evento lesivo (e la cui osservanza sarebbe dunque stata potenzialmente salvifica)³⁰³. Anche in tal caso, allora, è sulla violazione di quest'ultima regola – l'unica a dar corpo a una *tipicità* «piena e «matura»³⁰⁴ – che si incardinerà il giudizio di colpa.

Da che, la necessità, al momento del giudizio, di indicare con precisione la cautela modale obbligatoria ed efficace, che dava rilevanza a quel particolare tipo di

³⁰³ Così CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 12 s. Nello stesso senso già MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi*, cit., p. 218.

³⁰⁴ CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 21.

rischio (o, se si preferisce, la c.d. condotta alternativa lecita) la cui mancata adozione sia stata a sua volta determinata dalla violazione dell'obbligo valutativo, a questo punto qualificabile come *strettamente* “pre-modale”. Solo in questo caso infatti – dell'accertata sussistenza di un rapporto di rigorosa strumentalità tra le due violazioni – l'inosservanza dell'obbligo procedurale, di «programmazione della prevenzione», potrà contribuire a fondare la responsabilità penale del destinatario dello stesso; perché ha veicolato il mantenimento di una “condizione di insicurezza” (ovvero un fattore di rischio) che la regola cautelare (che detto obbligo era finalizzato a individuare e attuare) avrebbe ridotto³⁰⁵.

Nel settore in parola la precisazione è più che mai doverosa: in questo più che in altri ambiti, infatti, il rischio è proprio quello di far discendere una responsabilità colposa per l'evento dalla violazione di regole programmatico-organizzative, costituenti una sorta di “pre-condizione di possibilità” delle regole propriamente “cautelari”³⁰⁶ – la dottrina parla anche di “meta-doveri” strumentali³⁰⁷ – ma comunque non indicative di una modalità operativa di per sé idonea ad abbassare uno specifico rischio.

Va da sé che la precisazione valga, *a fortiori*, quando si tratta di obblighi privi di quel rapporto di strumentalità diretta con la predisposizione di regole cautelari modali, come è, viceversa, quello di valutazione dei rischi imposto al datore di lavoro.

Trattandosi di un adempimento direttamente funzionale al contenimento – attraverso le misure da indicare nel d.v.r. – di una serie di rischi “tipici”, specificamente connessi all'esercizio dell'attività produttiva intrapresa, è più facile che (nel caso della sua violazione) risultino integrate le condizioni necessarie a fondare l'imputazione colposa dell'evento avverso in capo al singolo (ovvero, che a detta inosservanza sia conseguito il mancato rispetto della regola modale atta a fronteggiare il tipo di rischio di cui l'evento avverso costituisce la concretizzazione).

Ben diverso, invece, è il discorso da farsi in caso di inosservanza di altri obblighi procedurali o programmatico-organizzativi contenuti nel TU del 2008, il

³⁰⁵ Per una soluzione simile, in relazione però al diverso obbligo informativo cfr. le considerazioni di GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 587 s.

³⁰⁶ CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 11, per cui dette regole rappresenterebbero quasi la condizione «trascendentale» di possibilità delle regole propriamente cautelari.

³⁰⁷ CASTRONUOVO D., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., p. 228 ss.

cui adempimento non pare specificamente finalizzato al contenimento di puntuali tipologie di rischio (quindi “cautelare” in sé), né può dirsi “strettamente” pre-cautelare (ovverosia, immediatamente funzionale alla adozione di regole modali salvifiche in relazione a specifiche classi di pericolo).

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla norma di cui all’art. 26 co. 1, lett. a) che, in caso di «affidamento di lavori, servizi e forniture all’impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all’interno della propria azienda» impone al datore di lavoro di «acquisire il certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria ed artigianato» delle suddette imprese o dei suddetti lavoratori autonomi, nonché una «autocertificazione dei requisiti di idoneità tecnico-professionale» da parte delle/degli stesse/i. È evidente che la disposizione in parola non abbia una valenza cautelare immediata (ma nemmeno “strettamente” mediata) rispetto a uno specifico rischio di lesione dell’altrui salute o incolumità, ma persegua piuttosto un generale obiettivo di *bona gestio* aziendale.

Ancora, si può fare l’esempio della norma (molto) indirettamente “cautelativa” di cui all’art. 35, che nelle aziende con un certo numero di dipendenti impone al datore di convocare annualmente una riunione in tema di sicurezza: a ragione, la dottrina non la ritiene posta direttamente a presidio della sicurezza dei lavoratori, quanto piuttosto del «principio sindacale di partecipazione del lavoratore all’organizzazione aziendale»³⁰⁸.

Ma considerazioni simili, lo si è visto, potrebbero farsi anche in relazione a un’omessa richiesta di autorizzazione doverosa: è chiaro che un siffatto comportamento prevenzionistico potrebbe astrattamente contribuire all’evitabilità dell’evento indesiderato – a detta richiesta potrebbe ipoteticamente seguire l’imposizione, da parte dell’autorità competente, di una prescrizione “modale” il cui rispetto avrebbe evitato l’evento – ma un conto sono le «congetture *a posteriori*», altra cosa è la certezza probatoria (“l’oltre ogni ragionevole dubbio”) richiesta ai fini dell’imputazione colposa³⁰⁹.

³⁰⁸ Così CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 5.

³⁰⁹ Mette in evidenza la necessità di distinguere le congetture *ex post* dal «piano della certezza probatoria», sia pure in relazione alla diversa tipologia degli obblighi informativi, GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 588.

Come si già accennato, le suddette inosservanze – costituenti certamente il *fumus* di un disordine organizzativo dell'impresa e talvolta anche l'indizio di una «personalità indifferente a valori di estremo rilievo»³¹⁰ – potrebbero essere sufficienti per affermare una “colpa organizzativa” in capo alla persona giuridica, ma non per soddisfare i più rigorosi requisiti di colpevolezza che assistono l'imputazione colposa dell'evento in capo singola persona fisica. La struttura normativa della colpa, infatti, non solo richiede l'appurata violazione di una regola strettamente cautelare, ma postula altresì la presenza di un “rapporto di rischio” specifico tra lo spettro di tutela della regola in parole e il tipo di evento avverso prodotti.

Da che, in presenza di inosservanze meramente “organizzative”, l'interprete dovrebbe serbare un atteggiamento di estrema cautela prima di affermare la attribuibilità dell'evento avverso alla “colpa individuale”.

8.2. L'obbligo di «previsione del rischio» imposto agli operatori di Protezione civile ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n.1/2018

Passando a esaminare più nel dettaglio l'obbligo di previsione e prevenzione del rischio oggi imposto agli operatori di Protezione civile (obbligo formalizzato all'art. 2 del nuovo codice, d.lgs. n.1/2018), lo scenario che si presenta appare – come già anticipato – profondamente diverso, soprattutto in termini di complessità, rispetto a quello inizialmente esaminato della gestione del rischio antinfortunistico³¹¹. Ad accomunarli è la presenza di un obbligo “valutativo-ricognitivo” dalla natura spiccatamente “organizzativa” e procedimentale, la cui funzione è appunto quella di condurre all'individuazione di condotte adeguate alla gestione del rischio (tappa logicamente successiva di un processo di valutazione del rischio c.d. “in senso lato”).

Detto altrimenti, questo primo *step* (di «previsione» secondo la dicitura del codice, o se si vuole di “mappatura” o c.d. *assessment* del rischio), si lega intimamente agli snodi seguenti del processo di amministrazione dello stesso ed è servente alle

³¹⁰ PALAZZO F., *Obblighi prevezionistici*, cit., p. 1545 ss.

³¹¹ Per una ricostruzione della normativa vigente prima dell'entrata in vigore del nuovo codice v. per tutti, GANDINI F.-MONTAGNI A., *La protezione civile: profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, Giuffrè, 2007.

esigenze dell'attività denominata di «prevenzione» (comprensiva tanto dell'«allertamento del Servizio nazionale» quanto della «pianificazione [delle azioni] di protezione civile»)³¹².

Ciò detto, se l'organizzazione del sistema di sicurezza da parte del datore di lavoro attiene a rischi introdotti dall'attività imprenditoriale svolta dallo stesso garante a proprio beneficio, rischi “liberamente corsi” per perseguire un proprio vantaggio, a lui “prossimi”, e dunque da lui più facilmente riconoscibili nonché definibili; diversamente, il sistema predittivo-preventivo che connota l'attività di protezione civile è funzionale a fronteggiare (più che a neutralizzare) un rischio “di seconda mano” promanante da eventi calamitosi di fonte esogena (naturale o antropica), spesso in costanza di *deficit* cognitivi e senza alcuna libertà di sottrarvisi (profili, questi, che lo accomunano viceversa all'ambito medico)³¹³.

Premesso che il tema della responsabilità colposa dei membri del servizio di P.c. – per aver sottovalutato la gravità della situazione rischiosa e/o per non aver preso provvedimenti adeguati alla mitigazione delle (prevedibili) conseguenze di un evento calamitoso – potrebbe costituire l'oggetto di una ricerca a sé stante, ai fini del presente lavoro interessa soprattutto mettere a fuoco quelle peculiarità del settore che rendono ancor più complessi gli snodi ricostruttivi della predetta responsabilità (a venire in gioco sono soprattutto i reati di omicidio o lesioni colpose, spesso plurimi e realizzati in forma “omissiva”, nonché cooperativa tra una pletora di soggetti operanti a diversi livelli del sistema)³¹⁴.

³¹² Sul punto, approfonditamente, PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 1 e p. 6 s.

³¹³ PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 4. Il che ovviamente non esclude (cfr. AMATO A., *La scienza dei terremoti tra incertezza, imprevedibilità e aule di tribunale*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C., Torino, Giappichelli, 2019, p. 147 ss., in partic. p. 149 s.) che il rischio “naturale”, connesso alla morfologia del nostro territorio, venga in molti casi perfino “esasperato” da interventi antropici (ad es. tramite la costruzione di città e infrastrutture in aree “pericolose”, col conseguente aumento della componente del rischio c.d. dell'esposizione; oppure, tramite interventi peggiorativi come condoni edilizi o sopraelevazioni in assenza di permessi e delle dovute verifiche).

³¹⁴ Il tema è stato oggetto un crescente interesse negli ultimi anni, tra i contributi principali v. AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013; AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014; AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, Atti dell'incontro di studio, Siracusa, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, 29 maggio 2015, Pisa, ETS, 2016; AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità penale nell'ambito dell'attività di protezione civile*, Atti dell'incontro di studio

L'esito finale di questa complessità è, nella maggior parte dei casi, quello di un'indebita espansione del c.d. rischio penale cui viene esposto chi svolge attività di Protezione civile, frutto sia dell'impropria identificazione tra obbligo di agire e regola cautelare, sia dell'estensione di ciò può costituire "obbligo di impedimento dell'evento" in senso stretto (*ex art. 40, comma 2, c.p.*), sia infine della sostituzione del requisito di "prevedibilità dell'evento" con quello della "non escludibilità del rischio"; il tutto, a detrimento di una gestione corretta delle risorse disponibili, dell'efficacia della risposta sanzionatoria (anzitutto in termini di prevenzione generale) e, non ultimo, della funzionalità stessa del sistema di P.c., che negli ultimi anni ha registrato un tendenziale aumento di comportamenti distorsivi animati da logiche difensive (primi tra tutti quelli di c.d. falsa allerta). In breve, la forza pervasiva dell'imputazione colposa – calata in una società che pretende doveri di eccellenza verso i consociati (*ex art. 2 Cost.*) da chi riveste determinati ruoli sociali – non si risolve unicamente in una mancanza di coerenza interna al diritto penale, ma comporta vere e proprie distorsioni sistemiche³¹⁵.

Da una recente ricerca è infatti emerso che, qualora si seguissero le orme del precauzionismo secondo le indicazioni della Suprema Corte nel caso di Sarno (*id est*: emanare una allerta più grave ogni volta in cui si possa prevedere, con probabilità non nulla, la verificazione di un evento avverso), le allerte "rosse" crescerebbero da un numero di 3/5 giorni all'anno fino a più di 100 giorni annui: il che significa scuole chiuse, limitazioni del traffico, edifici evacuati per più di tre mesi all'anno (!). Non solo, la pretesa indiscriminata di condotte ultra-cautelari produce un altro effetto nocivo non da poco: ovverosia, che le Regioni in realtà più "virtuose" – quelle, cioè, che emanano un numero di decisioni esatte maggiore rispetto alle "false allerte" – rischiano ben sei volte di più delle altre di incorrere in procedimenti penali³¹⁶.

organizzato in collaborazione con il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, Sala Conferenze del Palazzo dei Marescialli, 14 luglio 2016, Pisa, ETS, 2017; AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F. (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, cit.; AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C. (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, cit. A ciò si aggiungano le riflessioni della dottrina già puntualmente citate o menzionate nel proseguo.

³¹⁵ Cfr. DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 89 s.

³¹⁶ ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Intervento*, in AA.VV., *La protezione civile nelle società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, Pisa, ETS, 2016, p. 61 ss., spec. 65 s.

a) Complessità “strutturale” e «ridondanza soggettiva»³¹⁷

Il primo elemento del settore in esame che lo rende una sorta di «*unicum*» all’interno del più ampio panorama delle attività socialmente utili svolte in forma complessa (c.d. “a rischio consentito”) è rappresentato da un dato “strutturale”, ossia dal carattere articolato e trasversale del sistema di Protezione civile.

Come anticipato, la Protezione civile costituisce una struttura organizzativa policentrica e multilivello, imperniata sul principio di c.d. sussidiarietà, che si compone dell’Amministrazione centrale e periferica dello Stato, degli enti locali, di Istituti di ricerca scientifica e di altre Istituzioni, pubbliche e private interessate, e trova vertice nella Presidenza del Consiglio dei Ministri³¹⁸. Trattasi di un’istituzione gravata da una posizione d’obbligo molto lata (tanto di c.d. protezione, che di c.d. controllo), chiamata a svolgere attività tra loro eterogenee: non più solo un’attività soccorritrice *ex post*, successiva rispetto all’avveramento dell’evento calamitoso (o del c.d. disastro nel caso abbia fonte antropica) e funzionale alla gestione, nonché al superamento, delle emergenze; ma, appunto, anche un’attività di previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, prodromica rispetto al verificarsi dell’emergenza, la cui natura, essenzialmente “organizzativa”, contribuisce a opacizzarne il confine con l’attività di governo (politico) del territorio³¹⁹.

A differenza dell’attività di soccorso, infatti, questa seconda si intreccia con scelte strettamente politiche, distribuite in tutto l’arco della storia del nostro Paese e

³¹⁷ La formula è di DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 91.

³¹⁸ Così GARGANI G., *Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di funzioni di protezione civile*, in www.lalegislazionepenale.eu, 6 novembre 2015, p. 3 ss. Sul principio di sussidiarietà si vedano anche alle considerazioni di PICALLI P., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, Pisa, ETS, 2014, p. 57 ss.

³¹⁹ Cfr. GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 108, e, più di recente, ID., *Maxima culpa*, cit., c. 633. In argomento v. anche GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 5 e, da ultimo, VALBONESI C., *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell’Aquila*, in *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., spec. p. 291 s. Per una ricostruzione in chiave storica di questa trasformazione e dei compiti attribuiti alla moderna protezione civile v. GANDINI F.-MONTAGNI A., *La protezione civile: profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, cit., p. 5 ss. e p. 31 ss., nonché FURIOZZI M., *La protezione civile in Italia e all’estero. Storia e organizzazione*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2010, p. 65 ss.

definite da una varietà di centri decisionali; pertanto, anche la responsabilità ad essa correlabile sembrerebbe di tipo “*sistemico*” più che *personale*-individuale (come richiesto dalla colpevolezza penale), perché si lega a «inadempienze della politica» più che fatti singolarmente isolabili, unici e irripetibili³²⁰.

D'altro canto, la consapevolezza moderna delle conseguenze legate alla tecnica – consapevolezza resa possibile dal progresso scientifico – ha smascherato il contributo, più o meno rilevante, della “mano” dell'uomo rispetto agli effetti disastrosi degli eventi calamitosi. Di riflesso, ha comportato un accrescimento dell'ambito occupato dalla responsabilità da “cattiva valutazione/decisione” e, specularmente, ha contratto l'ambito di ciò che costituisce “mero accidente” (o c.d. “fortuito”)³²¹. Il passaggio da un sistema che si concentrava soprattutto sulla gestione emergenziale delle conseguenze di un “cataclisma” ritenuto “inevitabile”, quindi sul soccorso, a un sistema indirizzato alla messa in sicurezza dei cittadini prima del verificarsi dei fenomeni – imperniato, questo, sul costante monitoraggio dei possibili sviluppi di potenziali di offesa di origine “naturale”, sulla loro previsione e sulla pianificazione di procedure atte a minimizzarli *ex ante* – ne è una palpabile conseguenza.

Basta rievocare vicende come l'inondazione del Vajont, il disastro di Stava, i “fatti di Sarno” e, da ultimo, il processo “Grandi Rischi” per comprendere che ciò che un tempo veniva quasi automaticamente percepito come il risultato di forze incontrollabili della natura o della “fatalità” (si pensi al crollo di un edificio in conseguenza di scosse sismiche; oppure alla frana di ponti, alla distruzione di autobus e autovetture, alla morte di molte persone in conseguenza di un alluvione), nella “società del rischio” viene, sempre più spesso, considerato come il possibile frutto di una errata decisione umana³²².

³²⁰ Cfr. GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, cit., p. 74. A riprova, basta leggere la ricostruzione delle principali tappe della storia sismica del nostro Paese, per cui v. AMATO A., *La scienza dei terremoti*, cit., p. 151 s.

³²¹ Cfr. PISTORELLI L., *Intervento* in Aa.Vv., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 35 ss. e, da ultimo, GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile tra passato e futuro*, in *www.discrimen.it*, 24 giugno 2019, p. 1 s.

³²² Su questo passaggio v., tra i tanti, SAVONA P., *Dal pericolo al rischio*, cit., p. 355 ss.; GARGANI A., *Profili di responsabilità penale degli operatori della protezione civile*, cit., p. 207 ss.; DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 89; da ultimo v. AMATO D., voce *Diritto penale delle calamità naturali*, in *Diritto on line Treccani – Approfondimenti enciclopedici*, Roma, 2019.

Ad esempio: la decisione di aver costruito gli edifici in maniera non aderente alle disposizioni antisismiche, con conseguente chiamata in causa di costruttori, di progettisti o di capi uffici tecnici comunali, come è accaduto nel caso del crollo della scuola di San Giuliano di Puglia a seguito del terremoto del 2002³²³; quella di aver sottostimato la probabilità, l'intensità o la gravità delle conseguenze di un evento calamitoso, quindi di non aver allertato le competenti Autorità di P.c., impedendo l'attivazione di un piano di emergenza (con conseguente chiamata in causa degli "esperti"³²⁴); ancora, la decisione delle Autorità competenti di non chiudere scuole e strade o di non evacuare determinate zone (si tratterà, a seconda della diversa "fronteggiabilità" dell'evento, del Sindaco, del Prefetto o della Presidenza del Consiglio dei Ministri attraverso il Dipartimento della protezione civile).

Decisioni, queste ultime, che non solo dipendono dalle informazioni ricevute dagli esperti (ad es., a partire dal 2004, i soggetti in servizio presso i c.d. Centri Funzionali, presso le strutture regionali e i Centri di Competenza³²⁵; presso le altre istituzioni scientifiche eventualmente istituite; ancora, gli operatori della Commissione Grandi Rischi ecc.), ma che sono a loro volta fonte di possibili rischi (ad es. il rischio che le persone si riversino per strada, anche perché le scuole sono, di regola, tra gli edifici più sicuri in termini di aderenza alle disposizioni antisismiche ecc.), oltre che di considerevoli costi (economici e umani, come quelli legati ad un'eventuale evacuazione o alla chiusura di scuole e attività economiche, ma anche in termini di credibilità e affidabilità, nel caso in cui alla decisione ultra-prudenziale non segua, quasi mai, l'evento previsto).

³²³ All'assoluzione in primo grado degli imputati ha fatto seguito la condanna del 26 febbraio 2009 da parte della Corte di Appello di Salerno, poi confermata dalla Suprema Corte (già con la sentenza della C. Cass., sez. IV., 1° luglio 2010, n. 24732, in *www.olympus.uniurb.it*, che ne aveva confermate le condanne disponendo l'annullamento della sentenza di secondo grado solo in punto di pena).

³²⁴ L'esempio "principe" è fornito dalla vicenda del processo "Grandi Rischi", in particolare per come "presentato" dal capo di imputazione e poi deciso dalla sentenza di primo grado (sul punto cfr. la ricostruzione di STUCCHI M., *Rischio sismico e previsione dei terremoti nella vicenda del processo "Grandi Rischi"*, in *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 101 ss.).

³²⁵ Cfr. la c.d. *Direttiva De Bernardinis*, del 27 febbraio 2004, pubblicata nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale dell'11 marzo 2004 n. 59, recante "*Indirizzi operativi per la gestione organizzativa e funzionale del sistema di allertamento nazionale, statale e regionale per il rischio idrogeologico ed idraulico ai fini di protezione civile*", la quale ha organizzato la gestione del sistema di allerta nazionale da parte del Dipartimento della protezione civile e delle Regioni, appunto attraverso una rete di Centri Funzionali, le strutture regionali ed i Centri di Competenza.

Tutte decisioni, come si diceva, che comunque si intersecano con scelte di politica in senso stretto, connesse alla gestione del territorio e alla (sciovolissisima) determinazione di ciò che costituisce il livello di rischio “accettabile” in una data società, in un dato momento storico³²⁶. Si pensi al caso del terremoto in Abruzzo: le devastazioni prodotte – si legge in dottrina – in sé non evitabili, non sarebbero state tuttavia della stessa gravità, qualora le zone colpite fossero state meno urbanizzate, se gli edifici in cemento armato non fossero risultati essere dei «colossi di argilla», o ancora, se a partire dalle prime scosse si fossero ipotizzate scosse successive più gravi, tali da consigliare l’attivazione delle procedure di “sgombero” dei territori a rischio³²⁷.

Si comprende, allora, come da questo mutamento epocale della risposta sociale che viene data ai rischi, sia conseguita anche la necessità di distinguere tra ciò che costituisce un “imprevedibile accidente” (il cui accadimento non può essere imputabile a titolo soggettivo) e l’eventuale responsabilità pre-evento degli operatori di Protezione civile per non aver rilevato o per aver valutato male il rischio (ad es. sismico) e/o per la “cattiva” scelta “programmatica” dei mezzi di contenimento dei fattori di offesa; nonché, di tracciare una linea di demarcazione tra quest’ultima forma di responsabilità e quella relativa alla progettazione e alla manutenzione delle strutture, alla riduzione dei fattori di esposizione e di vulnerabilità che connotano il nostro territorio; interventi c.d. strutturali, questi, che non competono né al “valutatore” esperto, né alle autorità chiamate a gestire un’emergenza dall’incedere ormai imminente (si pensi al Sindaco); ma richiedono tempo, disponibilità finanziarie ingenti e, ancor prima, la diffusione di una vera e propria “cultura” di protezione civile tale da coinvolgere anche i cittadini esposti al rischio.

Al contrario, di fronte all’«effetto cumulato agli errori del passato», le probabilità che l’intervento di pronto soccorso abbia esito fausto diventano scarse, e a poco varrà continuare a cercare le cause di insuccesso della terapia, ma ancor più della

³²⁶ Sulla misura “accettabile” del rischio e sul suo essere oggetto di responsabilità «eminente» politiche, v., tra i tanti, CERASE A.-AMATO A.-GALADINI F., *In scienza e coscienza*, in *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 13 ss., spec. p. 29.

³²⁷ Cfr. SAVONA P., *Dal pericolo al rischio*, cit., p. 355 ss. In argomento, nell’ambito di una riflessione più generale riguardo all’impatto della società del rischio sul diritto amministrativo v. le considerazioni di AUBY J.B., *Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions*. In *Études et documents du conseil d’État* 2005, n. 56, 2005, p. 351 ss., spec., p. 353 s. e p. 356 s.

«mancata prevenzione della crisi» nelle colpe degli ultimi malcapitati, piuttosto che nell'«oggettiva gravità del quadro clinico»³²⁸.

La dottrina lo evidenzia ormai da parecchi anni: l'attività preventiva di Protezione civile e le scelte che si fanno a questo livello, si intrecciano e sono continuamente condizionate da interventi politici di presa in carico delle carenze strutturali, dei punti di debolezza, che caratterizzano il nostro territorio; sono influenzate da situazioni di stallo e dalla difficoltà di ogni programma “a lungo termine” che richiede di essere cogestito da diversi soggetti istituzionali. Da che, anche le difficoltà pratiche di assicurare la predetta separazione (riconosciuta in teoria) tra le responsabilità scientifiche, quelle operative, tecnico-amministrative e quelle decisionali, alcune delle quali puramente politiche.

A ciò vanno aggiunti, inoltre, almeno altri tre aspetti di forte complessità: da un lato, il fatto che, in questo ambito più che in ogni altro, la procedimentalizzazione della tipicità penale comporta un accrescimento notevole della distanza che separa le condotte “procedurali” (di valutazione e/o di allerta/informazione) richieste ad alcuni soggetti, dall'individuazione-attuazione delle misure cautelari di contenimento del rischio, spesso di competenza di soggetti diversi.

Dall'altro, il fatto che la logica della “sussidiarietà” che impregna il sistema, unita alla variabilità dei rischi da gestire, rende particolarmente complicata la perimetrazione delle sfere di competenza, concretandosi in «atteggiamenti bulimici» di moltiplicazione dei centri di responsabilità³²⁹. A questo risultato contribuisce indubbiamente anche l'istituto della cooperazione colposa, talvolta interpretato in maniera da assottigliare il nesso tra le condotte dei vari cooperanti e l'evento (ad es. accontentandosi del fatto che la condotta, sicuramente non impeditiva in senso stretto, abbia avuto una qualche “influenza” nella produzione dello stesso: si pensi agli esperti con funzioni consultive)³³⁰. Inoltre, come è accaduto anche in ambito sanitario, si

³²⁸ Sul punto v. GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 4 ss., in particolare p. 5 ss., laddove, di fronte alle grandi criticità del Paese quanto a beni esposti e la loro vulnerabilità, ci si domanda cosa possa fare da solo un Sindaco «con le sole risorse del proprio Comune», peraltro sovente «bloccate dal patto di stabilità?».

³²⁹ L'espressione citata è di DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 91 s.

³³⁰ Per ulteriori approfondimenti su questi aspetti v. anche GARGANI A., *Omesso impedimento di calamità naturali?*, cit., p. 11 ss. e p. 20 ss., spec. p. 23 e, più di recente, ID., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 1 ss.

ritiene che l'interazione plurisoggettiva tra più operatori istituzionali diversi nella gestione del rischio, dia origine a regole cautelari di condotta aggiuntive e "relazionali" che obbligano ciascuno alla "prudente" interazione con le condotte altrui: «l'intreccio collettivo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che (...) *sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione* si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche»³³¹. L'ulteriore estensione del "rischio penale" cui vengono, in questo modo, esposti i garanti è evidente.

Tutto quanto detto conferma, da un lato, l'incapacità delle posizioni di garanzia poste a carico dei soggetti coinvolti a servire da parametro selettivo della loro responsabilità nell'ambito del reato c.d. omissivo improprio.

Dall'altro, dimostra la natura funzionale, sistemica più che individuale, dell'obbligo di impedimento posto a carico degli operatori: spesso, infatti, la non azione che viene loro imputata si sostanzia nella mancata attivazione di condotte altrui, che con il loro comportamento avrebbero potuto preordinare contromisure idonee e salvifiche della popolazione a rischio. In quest'ottica, si osserva in dottrina, è ben possibile che al soggetto apicale della catena di controllo venga addebitata la violazione di obblighi di coordinamento, comunicazione o informazione indispensabili ad attuare le necessarie misure di p.c.³³². Vero questo, sembra comunque opportuno precisare che deve trattarsi di obblighi con un qualche fondamento normativo, la cui imposizione rivesta un significato strettamente pre-modale. Una stretta strumentalità, lo si vedrà, che può risultare difficile da accertare in un sistema complesso com'è quello della protezione civile.

In ultimo, a questi aspetti di complessità si aggiunge l'anzidetta carenza di politiche strutturali di sicurezza (comprehensive degli interventi normativi), che ha certamente contribuito ad amplificare la ricerca di capri espiatori a mo' di placebo delle istanze di sicurezza sociale: come società, «chiediamo al Sistema di protezione civile di accollarsi la gestione del rischio per "intero"», non solo di quello "residuale", una volta adottate le misure di mitigazione strutturale (ad es., nel caso di inondazioni:

³³¹ Già Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 571, corsivo nostro.

³³² Sul punto v. GARGANI A., *Omesso impedimento di calamità naturali?*, cit., p. 15 ss., in partic., p. 17.

la costruzione di argini, la “delocalizzazione” di case, l’apposizione di vincoli tramite norme urbanistiche).

Alle carenze della pianificazione territoriale, viene chiamato a supplire proprio il sistema di allertamento e, con questo, la preliminare valutazione dei segnali del rischio che ne costituisce il fondamento³³³. Così facendo, però, si sono di fatto cancellate le categorie culturalmente essenziali dell’imponderabilità e dell’inevitabilità³³⁴.

b) Il fumoso confine tra norme c.d. di dovere e regole cautelari

Un secondo aspetto caratterizzante l’attività di P.c. – strettamente collegato al primo – a può dunque rinvenirsi nella difficile distinzione tra il dovere istituzionale del “gestore del rischio” e la modalità cautelare, di adeguata attuazione dei propri compiti³³⁵. Ciò vale in tutti i casi di responsabilità omissiva c.d. impropria, tuttavia, la peculiarità dei compiti organizzativi prodromici di cui oggi è investito l’apparato di protezione civile – in uno con la difficile delimitazione delle diverse sfere di competenza e con la particolare natura degli eventi presi in considerazione – contribuiscono a rendere più ampia e indefinita la distanza che separa la fase della pre-cautelare (comprensiva della fase “comunicativa del rischio”, oltre che della stretta “valutazione” dello stesso) dalla programmazione di adeguate misure cautelari di gestione preventiva del rischio, nonché dall’adozione, al momento del concreto verificarsi dell’evento calamitoso, delle migliori procedure di intervento (queste ultime sì di natura modale).

Ne discende, in particolare, la difficoltà di stabilire in che misura e in “quanta parte” la valutazione del rischio contribuisca all’indicazione della regola cautelare

³³³ Cfr. FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., spec. p. 96 ss.

³³⁴ GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 108. Sull’atteggiamento della giurisprudenza v. AMATO D., *Attività di protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma*, in *Criminalia*, 2015, spec. 397 s. e p. 407.

³³⁵ In argomento v. PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., nonché DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 92 s.

(ossia, del precetto comportamentale contenitivo del rischio potenzialmente insito nell'attività svolta e concretamente doveroso per chi la esercita).

Guardando specificamente ai doveri istituzionali di monitoraggio e di analisi del rischio, la complessità è duplice perché si tratta di capire, *in primis*, se – al momento dell'azione – vi fossero e cosa prescrivessero delle regole quantomeno “precautelari” deputate a regolarne l'esercizio e, in secondo luogo, di capire in che termini le valutazioni svolte a questo livello potessero contribuire alla definizione delle regole propriamente modali, di gestione concreta del fattore considerato.

Quanto al primo aspetto, infatti, accorta dottrina chiarisce che l'imposizione dell'obbligo di *risk assessment* in capo ad alcuni operatori di p.c. consiste, in estrema sintesi, nella prescrizione di attivare un'organizzazione, ovvero «un reticolo di procedure e di mezzi (...) che sia funzionale alla gestione del rischio», nell'ottica del suo contenimento (o della sua tendenziale neutralizzazione)³³⁶. La norma impositiva di un dovere così generico, non può evidentemente essere ricondotta al concetto di regola cautelare, la quale deve necessariamente possedere uno *specifico* contenuto modale. Peraltro, nell'ottica del Codice di Protezione civile, il rischio in parola non dovrebbe mai concretarsi in una esposizione dei beni tutelati a pericolo.

Questo, però, soprattutto nel caso di calamità naturali, è purtroppo una utopia: di fronte alla maggior parte degli accadimenti della natura infatti, non si hanno strumenti per ostacolare il decorso del rischio, ma solo per limitare le conseguenze di un evento calamitoso ormai occorso. Di fatti, il rischio “esogeno” istituzionalmente *imposto* agli attori di Protezione civile non è quello della verifica dell'evento calamitoso/del disastro di fonte antropica, ma quello relativo alle conseguenze dannose promananti dall'avverata concretizzazione di quest'ultimo; anche in relazione ai rischi antropici affidati alla P.c., infatti, le regole propriamente “cautelari” rilevanti si attualizzano sul presupposto fallimento del c.d. sistema di prevenzione primaria (ad es. il sistema di *risk management* che si impone a chi opera nell'industria chimica o nucleare).

Come evidenziato in dottrina, il significato del c.d. *assessment* sarebbe proprio nel fornire un insieme di stime e di scenari di rischio che facciano da base alle attività

³³⁶ PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 10.

di prevenzione compiute dai diversi attori del sistema di P.c. durante il processo di valutazione del rischio “in senso lato”; il loro scopo sarebbe dunque conoscitivo-riconoscitivo prima, e programmatorio di persone e mezzi poi, pronti ad intervenire qualora l’evento calamitoso si verifici. La distanza tra il momento in cui detta valutazione trova spazio e la fase di concreta attuazione delle misure contenitive del rischio può dunque risultare particolarmente ampia.

Guardando alla presenza di regole di disciplina del processo di valutazione che facciano da guida all’attività dei “valutatori”, parrebbe dunque da escludere la possibilità di definirle, in ogni caso, regole propriamente “cautelari”, dovendosi semmai parlare di norme “pre-cautelari”.

In dottrina, infatti, sono sempre più numerose le voci che ricorrono a questa dicitura – vi anche chi parla di regole di “primo” e di “secondo” livello o grado – esortando a fondare il rimprovero per la “cattiva” valutazione del rischio (per mancato o insufficiente studio e/o approfondimento dello stesso, per la sua mancata stima o per la sua sotto-stima ecc.) su regole, appunto pre-cautelari, contenute in *checklists* o in altre *leges artis* di natura protocollare; piuttosto che su un generico “dovere di prudenza”, oppure sul fatto che l’agente modello avrebbe valutato diversamente la situazione (per lo più ipotizzando il peggio, anche in assenza di verità scientifiche “premonitrici”).

La correttezza o meno di una valutazione del rischio dovrebbe saggiarsi, invece, guardando agli “indicatori” che i citati protocolli imponevano di tenere in considerazione (quindi al “contesto situazionale”) e alle conoscenze scientifiche in essi condensate. Quanto al sapere rilevante, è lo stesso codice di Protezione civile ad aver preso atto della necessità – già palesatasi anche in campo medico – che anche in questo settore le conoscenze suscettibili di accedere al processo valutativo siano in qualche maniera “accreditate”: il riferimento va all’art. 19 che conferisce rilevanza ai saperi e ai prodotti di attività di ricerca che abbiano «raggiunto un livello di maturazione e consenso riconosciuto dalla comunità scientifica secondo le prassi in uso». Il che, tradotto, significa il necessario ancoraggio a protocolli “diagnostici” consolidati.

L’elaborazione di documenti del genere può essere tuttavia difficile di fonte ad eventi come quelli naturali, essendovi anche tipologie di rischio “refrattarie”, data la loro scarsa predittività, alla protocollizzazione: il disancoraggio da un apparato

regolatorio che facesse da base al rimprovero colposo ha rappresentato, lo si vedrà, uno dei punti dolenti del processo Grandi Rischi; modelli di questo genere, invece, sono stato elaborati con riferimento al rischio di tsunami³³⁷.

Non è questa la sede per un'analisi dettagliata di questo panorama normativo; ciò che invece interessa sottolineare è che, nella prospettiva dell'imputazione colposa, la garanzia di un addebito di responsabilità "personale" in capo a chi si trova, per dovere istituzionale, a svolgere queste complesse valutazioni, non può venire che dall'esistenza di modelli di questo tipo. Ovverosia, dall'essersi, da parte di questi soggetti, allineati a (o viceversa disancorati da) «un sistema previsionale e decisionale secondo le migliori istruzioni operative ed i migliori protocolli disponibili, condivisi e privati il più possibile di ambiguità». Nei casi – oggi a dire il vero sempre più rari – nei quali la situazione considerata non sia catalogabile in base a «istruzioni operative e a protocolli», previsori (e decisori) sono chiamati a operare secondo «scienza e coscienza», ma senza il timore di essere esposti al "rischio penale"³³⁸.

Nella prospettiva considerata dal codice di Protezione civile, dunque, la "valutazione" dei rischi allude a un processo deputato a mappare/rilevare i rischi che non è fine a sé stesso, quanto invece funzionale a sfociare nell'individuazione di misure di prevenzione: detto altrimenti, si tratta di un procedimento complesso, di "gestione in senso lato" che ambisce a contenere anche indicazioni di condotta su come fronteggiare tali rischi. Ciò detto, come anticipato è possibile domandarsi se il processo di analisi del rischio possa avere una propria autonomia sul versante dell'imputazione colposa e se i "precetti" nella cui individuazione è destinato a sfociare il procedimento di c.d. *assessment* siano equiparabili a regole cautelari, oppure se la genericità e le peculiari caratteristiche di questa fase "prodromica" impediscano tale assimilazione concettuale³³⁹.

Da un lato, infatti, è certo che una stima e una "mappatura" del rischio "scorrette" possano "influenzare" anche le fasi successive del processo di reazione allo

³³⁷ Cfr., per tutti, VALBONESI C.-AMATO A.-CERASE A., *The INGV Tsunami Alert Centre: analysis of the responsibility profiles, procedures and risk communication issue*, in *Bollettino di Geofisica Teorica ed Applicata*, 2019, vol. 60, fasc. 2, p. 359 ss.

³³⁸ TIBALDI S., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 65 ss., spec. p. 68 s.

³³⁹ Cfr. PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 6 ss.

stesso: sconsigliando, ad esempio, di attivare il sistema delle allerte e viziando anche il successivo *risk management* (ovvero la valutazione “dialettica” dei protocolli di gestione da seguire, quindi la definizione delle misure funzionali alla neutralizzazione e al contenimento dei rischi stessi). Per altro verso, però, il nesso tra le “negligenze” occorse in queste attività iniziali e l’evento – verificatosi a monte – che si vorrebbe ascrivere loro, tende a perdere quella “stretta” strumentalità necessaria al rimprovero colposo. Riassumendo quanto emerso fin qui: l’obbligo di valutazione (come anche quello di informazione/allerta/comunicazione) non ha natura cautelare, modale, ma può assumere una strumentalità più o meno “diretta” rispetto all’individuazione e all’adozione delle migliori attività tecnico-esecutive di una certa attività (pericolosa, ma lecita, qui financo doverosa), indicative dell’area di rischio tollerabile³⁴⁰.

Come si anticipava, secondo accorta dottrina la complessità strutturale che connota il settore qui in esame segnerebbe un ampio divario tra il suddetto giudizio di valutazione e il «procedimento ermeneutico di individuazione della regola cautelare in campo colposo». La qual cosa accadrebbe sia per il momento, sia per le modalità con le quali tale giudizio è compiuto: il giudizio predittivo che compete alla logica dell’*assessment*, infatti, sarebbe per forza di cose “generico” e “di sistema” (quasi «omnicomprensivo»), in quanto finalizzato a prevenire l’evento «in assoluto»³⁴¹; inoltre, si tratterebbe appunto di un giudizio di prevedibilità-evitabilità “doppiamente” *ex ante* rispetto al momento suscettibile di assumere rilievo nell’imputazione per colpa; un giudizio compiuto in un momento ancora anteriore rispetto a quello in cui viene chiesto, spesso a soggetti diversi, di tenere il comportamento concretamente cautelare, preventivo dell’evento dannoso penalmente rilevante.

La sensazione, quindi, è che il carattere articolato del sistema, l’eterogeneità dei rischi considerati, la difficoltà di catalogare in classi “tipiche *a priori*” gli eventi dannosi suscettibili di conseguirne, e l’«omnicomprensività» dei beni giuridici nei cui confronti si dirige la tutela, accentuino la natura prodromica del dovere di previsione previsto dal codice di P.c. (già art. 3 l. 225/92), rispetto a quello rilevante, ad esempio,

³⁴⁰ In argomento, per tutti: PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 7 ss. e p. 10 ss., nonché GIUNTA F., *Repliche*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 143 s.

³⁴¹ Così PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 11.

nella dimensione più “ristretta” dell’impresa. In questa seconda, il dovere di valutazione dei rischi è ritagliato sulla realtà specifica della singola attività esercitata e s’impone a un soggetto, il datore di lavoro, che ha liberamente deciso di correrli; un soggetto che si trova, verosimilmente, nella posizione migliore per saggiarne l’esistenza e individuare, in stretta sequenza, le misure comportamentali più idonee a contenerne la portata (da formalizzare nel d.v.r e rendere immediatamente operative all’interno dell’ambiente lavorativo).

Strettamente collegato a questo primo aspetto, è il secondo interrogativo sollevato in apertura. Dopo aver correttamente escluso che il dovere di valutazione sia di per sé riconducibile al concetto di “regola cautelare” – potendosi tuttalpiù individuare, lo si è visto, una serie di strumenti e modelli “pre-cautelari” che ne indirizzano l’esercizio – in dottrina vi è chi dubita, inoltre, anche della possibilità di far coincidere la nozione di regola cautelare con le modalità comportamentali indicate nei protocolli (o se si vuole nei piani) di gestione del rischio, che costituiscono il precipitato ultimo del processo valutativo “in senso lato”.

A tal proposito, infatti, vi è chi sostiene che il protocollo comportamentale scaturito dal procedimento di *management* in senso lato del rischio – il cui presupposto, lo si è detto, è la valutazione “in senso stretto”: un’operazione ricognitiva, cognitiva e analitica, di studio e mappatura dei potenziali di offesa – attenga ancora a un tipo di gestione “generale”, standardizzata, del rischio in chiave preventiva della sua concretizzazione. Queste regole “programmatiche” potrebbero assumere natura propriamente “cautelare” solo allorché il rischio (qui l’evento calamitoso) si sia attivato e al soggetto sia chiesto di individuare *come* agire per fronteggiare l’evento dannoso che potrebbe scaturirne³⁴².

A fronte di queste considerazioni si può notare che una certa standardizzazione è caratteristica necessaria di qualsiasi regole cautelare che voglia porsi come regola conformativa di condotta e possa quindi dirsi “tipica”; d’altro canto, è anche emerso che le regole a fondamento scientifico-esperienziale, per essere giuridicamente

³⁴² *Ibidem*, laddove si nota che il protocollo comportamentale in parola possiede una genericità e un’astrattezza analoghe a quelle «di una legge scientifica rispetto all’accertamento in concreto della causalità individuale penalmente rilevante».

“doverose”, devono risultare effettivamente cautelari in relazione al tipo di evento considerato, in quanto precipitato delle migliori conoscenze disponibili.

Ciò che osterebbe, invece, alla possibilità di ricondurre il tipo di regole protocollari qui considerato alla nozione di regola cautelare consisterebbe, secondo la dottrina, nel loro essere (ancora) collegate a un *fascio* di rischi a-specifici; ovverosia, nella mancanza di un loro legame “diretto” con un particolare “tipo” di evento. Torna in mente il c.d. vizio circolare di cui si è già detto: una regola teleologicamente diretta a fronteggiare una pluralità indeterminata (se si vuole “atipica”) di eventi offensivi, difficilmente riuscirà ad avere una natura preventiva e “modale” specifica, ma sarà unicamente capace di proporre «misure omnibus». Al contrario, l’elaborazione del *modus operandi* che costituisce il contenuto di della regola cautelare prende le mosse e si ritaglia su uno spettro di rischio “tipico”, mentre non si danno regole cautelari provviste di efficacia “generale”³⁴³. A patto, ovviamente, di non ricomprendere nel suddetto concetto anche la regola radicalmente astensionistica; questa però, oltre a non essere praticabile nel settore qui considerato (e in ogni altra ipotesi di attività pericolosa “doverosa”) è priva della natura permissiva che caratterizza la nozione di regola cautelare.

Riassumendo il punto: a differenza della *regola cautelare*, le misure che scaturiscono dal procedimento di gestione del rischio rilevante nel sistema di P.c., non incarnerebbero ancora uno *specifico programma di prevenzione* rispetto a un evento *determinato nel genere*; ma costituirebbero il precipitato – si potrebbe dire di natura “programmatico-organizzativa” – di un giudizio di prevedibilità-evitabilità per il momento ancora «totipotente» e «ambiguo», incapace di mettere a fuoco un cono preventivo che sia selettivo degli eventi “tipici”, presi in considerazione dalla regola cautelare concretamente obbligatoria³⁴⁴. La qual cosa dipende, evidentemente, anche dalla particolare tipologia di potenziali di offesa (esogeni) considerati, ovvero dal fatto che anche l’evento rilevante sia in un certo senso “di secondo grado” (non l’evento calamitoso, ma le conseguenze dannose del suo potenziale avveramento).

³⁴³ In argomento già PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., p. 1692, nonché ATTILI V., *L’agente-modello ‘nell’era della complessità’*, cit., p. 1279.

³⁴⁴ Così PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 11 ss., spec. p. 13 che lo definisce tale traendo spunto dall’embriologia, si da intendere un giudizio atto a contemplare «una pluralità di tipi di eventi, che potrebbero verificarsi in dipendenza del rischio valutato».

Quanto detto consente, infine, di mettere in risalto le ultime due “particolarità” del settore che contribuiscono a rendere ancora più ostica l’imputazione dell’evento per colpa, in particolare quando le “negligenze” considerate si siano radicate nella fase preliminare di “*assessment*”.

c) L’eterogeneità dei rischi e l’“onnicomprendività” degli interessi tutelati

La prima, lo si accennava, è rappresentata dal fatto che i rischi “imposti” agli operatori di P.c. abbiano uno spessore e una consistenza eterogenee, con conseguenze dirette sul piano della loro previsione e prevenzione³⁴⁵. A ciò si aggiunge, sotto il profilo teleologico, l’indicazione estremamente generica dei beni giuridici esposti ai suddetti rischi, dunque interessati dalla tutela predisposta dal codice di Protezione civile (cfr. art. 1, comma 1, d. lgs. 1/2018). L’indeterminatezza degli eventi da fronteggiare e la latitudine degli interessi esposti al rischio si sommano, inoltre, alla natura già “precaria” del giudizio predittivo posto a carico di questi garanti, determinando uno «scenario assolutamente sui generis», un “unicum” nel nostro ordinamento³⁴⁶.

Partendo dal secondo aspetto, l’“onnicomprendività” del catalogo dei beni protetti (comprensivo della vita, dell’integrità fisica, dei beni “materiali”, dell’ambiente, degli animali ecc.) è destinata a ripercuotersi anche sull’obbligo di valutazione del rischio: la definizione del bene tutelato, infatti, ne costituisce un parametro indispensabile, in quanto dirige finalisticamente l’attività di *assessment* solamente verso quei fattori di rischio, la cui potenzialità offensiva è capace di esprimersi nei confronti del bene considerato. Conseguentemente, l’indicazione generica ed estesa dei beni protetti risulta inevitabilmente in una scarsa selezione (*ex ante*) dei confini dell’area di interesse della valutazione del rischio³⁴⁷. Detto altrimenti, la prevedibilità costituisce un concetto “relativo”, che necessita un previo chiarimento

³⁴⁵ Su questo tema cfr. GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 10 e, già prima, ID., *Omesso impedimento di calamità naturali?*, cit., p. 4 ss. e 9 ss.; PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 2 ss.

³⁴⁶ L’espressione è di GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 3.

³⁴⁷ Così PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 3, che parla di un vero e proprio «dis-orientamento».

(tecnicamente una “descrizione”) sul “tipo di evento” del quale ci si sta chiedendo se fosse o meno prevedibile.

È già emerso, infatti, che la particolare natura, la genericità e l’ampiezza degli eventi cui si rivolgono i doveri di impedimento configurati in capo alla Protezione civile contribuiscono: da un lato, alla difficoltà di mettere a fuoco i limiti dei poteri e delle competenze previste dalla legge in capo alle diverse autorità in cui si articola il suddetto servizio; dall’altro, alla difficoltà di distinguere ciò che compone la posizione d’obbligo di un soggetto e ciò che, invece, costituisce la modalità cautelare richiesta nello svolgere l’attività di sua competenza.

Infine, a ostacolare la predeterminazione contenutistica dell’obbligo di agire (cioè del contenuto della posizione di garanzia) sono anche le caratteristiche dei rischi contemplati, tipologie calamitose varie, di diversa caratura e di difficile inquadramento. Le valutazioni congetturali richieste agli operatori di Protezione civile si dirigono infatti verso un rischio descritto in termini molto ampi (basti ricordare l’ampio elenco di cui all’art. 16 del d. lgs. 81/2018), connesso a una “patologia” che non riguarda il corpo di un singolo paziente, ma “madre natura” stessa oppure il funzionamento di una “precedente” attività di gestione di una attività umana pericolosa.

Il punto merita un chiarimento: l’impressione infatti – tratta soprattutto dal diritto “vivente” – è che la Protezione civile venga in fondo concepita come un sistema chiamato a prevenire la “malattia” che sta per insorgere (lo stesso rischio naturale: un sisma, un temporale “organizzato”, un maremoto ecc.), piuttosto che a contenere le sue conseguenze sull’organismo (le morti e le devastazioni connesse al «c.d. evento calamitoso») ovvero a fare quanto umanamente possibile nelle (talvolta poche) ore che separano la ricognizione concreta del rischio e il suo avveramento nell’evento calamitoso. In altre parole, a fare in modo che non piova, piuttosto che ad «aprire un enorme ombrello sulle nostre teste» (che già sembrerebbe molto) per proteggerci dalle conseguenze della pioggia³⁴⁸.

Sul corretto inquadramento del rischio affidato agli operatori di Protezione civile, la dottrina ha messo in evidenza due profili meritevoli di interesse.

³⁴⁸ Cfr. GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 587 s.

Anzitutto, traendo spunto dalla definizione che ne dà il codice all'art. 1 («eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo») si è ritenuto opportuno scindere la «fonte» del rischio da ciò che ne costituisce il «vettore (se si vuole il “mezzo di propagazione” degli effetti dannosi sui beni giuridici tutelati)³⁴⁹.

Quanto alla prima, lo si è già precisato, i fattori innescanti possono essere i più vari: distinguendosi, in via generale, tra quelli ascrivibili alla natura e quelli, invece, ascrivibili a un'attività antropica; a chiarire il punto, si aggiunge la specificazione più dettagliata di cui all'art. 16 che, come già si diceva, accorda rilievo ad un'ampia gamma di rischi (ad es. sismico, nucleare, ambientale, connesso al rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali ecc.); il che, non solo conferma la complessità dei compiti fatti gravare sul sistema, ma dimostra anche la necessità di condurre la valutazione del rischio in maniera settoriale e tecnicamente differenziata, prestando attenzione alle caratteristiche di ciascuno dei fattori considerati (soprattutto in termini di disponibilità di conoscenze scientifiche e di attendibilità dei modelli predittivi disponibili).

Quanto al *vettore* del rischio, la dottrina lo riconduce al concetto di «evento calamitoso», sottolineando che la prospettiva retrostante al procedimento di valutazione in senso ampio del rischio affidato alla P.c. consista in questo: che il rischio naturale o antropico, inteso come la fonte che innesca il fattore offensivo attribuito alla P.c., possa realizzarsi in un “sotto-evento” (l'evento calamitoso appunto), in sé capace di ledere (in termini di danno attuale o di potenziale messa in pericolo) i beni protetti. Esempificando: un forte temporale (rischio naturale) si sviluppa in evento calamitoso (esondazione/inondazione/frana) da cui scaturiscono conseguenze dannose (devasto ambientale, danni a beni patrimoniali, morti, lesioni).

Tra questi, il rischio di competenza degli agenti di P.c. non è quello relativo all'accadimento dell'evento calamitoso in quanto tale (né tantomeno quello legato all'insorgenza del rischio esogeno); ma quello attinente alle sue derivazioni (attualmente/potenzialmente) dannose per i beni oggetto di tutela *ex art. 1* (quelli, generici, anzidetti).

Questa logica permea l'intero processo di *risk management*: il costante monitoraggio dei rischi, i sistemi di allerta e la pianificazione preventiva; tutte attività

³⁴⁹ PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 2 s.

comunque volte a evitare l'impatto o l'aggravamento delle conseguenze del rischio "esogeno" sui beni giuridicamente rilevanti, non invece a impedire l'insorgenza e lo sviluppo del rischio esogeno in quanto tale; che per molte calamità naturali non è possibile fare stante la loro imprevedibilità/non dominabilità (in termini eziologici) da parte degli addetti al servizio, e talvolta della loro imprevedibilità (per mancanza di conoscenze su alcune concause, per impossibilità di prevederne l'intensità, la magnitudo ecc., o per difficoltà a fare previsioni di breve o medio termine). Ma lo stesso può dirsi dei c.d. rischi antropici che derivano dall'attività altrui sulla quale il sistema di Protezione civile non ha alcuna possibilità di dominio/alcuna signoria³⁵⁰.

Il secondo aspetto degno di nota è una diretta conseguenza del primo e traspare da quanto appena concluso. Focalizzando l'attenzione sul profilo previsionale, infatti, basta scorrere la classificazione dei rischi di cui all'art. 16 per accorgersi del carattere eterogeneo – anzitutto in termini di possibilità di fare previsioni ma, non meno, sul piano della prevenzione – degli eventi rilevanti.

È vero che rispetto ad alcuni dei fenomeni considerati non si può parlare di una radicale mancanza di leggi scientifiche, capaci di farne conoscere preventivamente lo sviluppo. Ad esempio, la variazione delle condizioni geologiche o metereologiche permette di valutare se il rischio (di eventi franosi o di forti precipitazioni) sia in procinto di trasmodare in pericolo e danno per i beni tutelati; da che anche la possibilità, seppur nel brevissimo periodo, di individuare azioni idonee a contenerli. Tuttavia, accanto al rischio, relativamente prevedibile, di esondazioni o di eventi alluvionali (prevedibilità circoscritta in un limitato arco di tempo), e al rischio di natura idro-geologica, oggi coperto da una «potenziale prevedibilità» si affiancano una serie di rischi rispetto ai quali l'attività di previsione è accompagnata da criticità molto maggiori (uno per tutti, il rischio sismico, ancora «irriducibile a valutazioni in termini di prevedibilità», difettando il riconoscimento di precursori abbastanza attendibili da fondare previsioni "a breve termine")³⁵¹.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 3 ss.

³⁵¹ Così URBAN F., *la curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio"*, cit., p. 169 ss., spec. p. 178.

Da che, la necessità – sottolineata in dottrina – di prestare attenzione al “tipo” di rischio al fine di correlarne la natura e la consistenza con il *quantum* di esigibilità del comportamento o dell’intervento richiesti per contrastarlo/contenerlo.

In questo senso, il nuovo codice sembra aver compiuto un notevole passo avanti: il riferimento va alla «più realistica modulazione» del precetto di cui all’art. 2, comma 2 del d. lgs. 1/2018, che darebbe indiretta conferma dell’esigenza poc’anzi riconosciuta. Al posto della regolamentazione precedente, che sembrava basata sull’assunto che tutti gli accadimenti fossero preventivabili, la previsione viene oggi definita un insieme di attività dirette «all’identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio possibili, per le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, *ove possibile*» (cors. nostro). Indirettamente, quindi, si riconosce che possano darsi anche situazioni e scenari non prefigurabili, con un inevitabile riflesso – in termini restrittivi – sull’estensione della pretesa comportamentale, quindi sull’area della responsabilità colposa³⁵².

A questo aspetto, si affianca l’assenza, all’interno del codice, di riferimenti all’“*impedimento*” degli eventi, preferendosi ricorrere al vocabolo “*fronteggiabilità*”; ciò ad ulteriore conferma che l’intervento “sistemico”, proattivo e reattivo insieme, non sia rivolto alla neutralizzazione dell’evento calamitoso ma, appunto, a governare e contrastare gli accadimenti dannosi che ne possono promanare³⁵³.

d) Deficit tecnico-scientifici e «prigionia cognitiva»³⁵⁴

L’ultima specificità del sistema da tenere in considerazione – questa però condivisa con molti altri ambiti di attività “a rischio consentito” (lavorativo, medico, aeronautico ecc.) – è rappresentata dai “*deficit*” della scienza e della tecnica. Su tale aspetto, già più volte considerato, valgono queste poche battute conclusive.

Nel caso della Protezione civile, tra le diverse attività svolte, quella più esposta ai limiti di fallibilità della scienza e della tecnica è, per l’appunto, quella di previsione degli eventi avversi; che, come si già diceva, è connotata da un grado molto elevato di

³⁵² Così GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 9 s.

³⁵³ *Ibidem*, in partic. p. 11 (sul punto v. anche p. 4 ss.).

³⁵⁴ L’espressione è di DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 93 ss.

complessità ed è integrata da una parte ineliminabile di incertezza scientifica³⁵⁵. Peraltro – è interessante notarlo – quella relativa al prodursi di una calamità è una incertezza che si atteggia diversamente rispetto quella inerente alle conseguenze offensive di una attività umana: se questa seconda si appunta fundamentalmente sulla qualificazione in termini di pericolosità della condotta stessa o sulla configurabilità di una relazione causale tra quest'ultima e l'evento (un'incertezza, quindi, che potrebbe dirsi «nomologica»), la prima cade piuttosto su aspetti di natura «fattuale» della fenomenologia di rischio considerata (sul “se”, “quando”, “come” e con quale “forza/intensità/magnitudo” il fenomeno si realizzerà)³⁵⁶.

Risulta perciò ancor più ampio il divario tra l'immaginario (“utopistico”) comune – peraltro suffragato dal “mondo”, in apparenza, perfettamente simmetrico disegnato dal codice – e la realtà delle cose. Questa seconda caratterizzata da un'inadeguatezza forte rispetto al modello legislativo: in parte dovuta a carenze strutturali – radicate nel passato e superabili solo attraverso la programmazione di interventi costosi, da portare avanti nel lungo periodo – in parte a dovuta agli anzidetti *deficit* cognitivi, peraltro mai del tutto eliminabili nel loro essere intimamente connessi al progredire stesso della scienza³⁵⁷; si ricordi il “paradosso” per cui l'aumento del sapere colma una parte di incertezza verso il passato, ma la moltiplica esponenzialmente con riguardo al futuro, provocando una sensazione di profondo smarrimento nei cittadini e un'accentuata richiesta di sicurezza nei confronti di chi riveste determinati ruoli sociali³⁵⁸.

Una situazione, questa, destinata a riverberarsi anche sul piano della responsabilità penale: dove a questa prima incertezza “scientifica” si somma quella,

³⁵⁵ In argomento, tra i tanti, v. BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 45 ss. e AMATO D., *Attività di protezione civile e responsabilità penale*, cit., p. 393 ss. e p. 398. Per un contributo di taglio più scientifico v. SICCARDI F., *Capire l'incertezza: una questione di cigni, Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, p. 28 ss.

³⁵⁶ Cfr. le considerazioni di URBAN F., *la curvatura precauzionale della colpa*, cit., 177 s. e, già, prima, PETRELLI F., *Rischio sismico e “principio di precauzione”*, in *Arch. penale. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2015, fasc. 2, p. 2.

³⁵⁷ Il divario tra aspettativa e realtà è messo in risalto da GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 4 s.

³⁵⁸ Così PALAZZO F., *Relazione di sintesi*, cit., p. 699 s., per cui «come in un gioco senza fine, ogni passo verso un maggiore certezza della spiegazione causale è compensato da due passi verso l'incertezza nuove ipotesi etiologiche». Sull'aumento delle pretese sociali v. GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 7 s.

tipicamente “giuridica”, connessa alla natura “rarefatta” delle fattispecie c.d. omissive improprie colpose.

L’insufficiente conoscenza di un certo fenomeno calamitoso – ovverosia della reale dimensione di un rischio – può impedire a chi opera in questi settori di intervento di compiere quelle scelte che, alla luce del senno di poi, potranno rivelarsi come quelle necessarie e la cui omissione tenderà, perciò, ad essergli rimproverata. Ovviamente, ad essere coinvolta è, anzitutto, l’ampiezza del “dovere di diligenza” e la possibilità di individuare regole propriamente cautelari³⁵⁹.

Il settore di operatività della Protezione civile, infatti, risulta particolarmente esposto alle “insidie” del senno di poi: nel giudizio *a posteriori*, il peso gravoso dell’incertezza vissuta da chi si trova a dover valutare il rischio *ex ante*, scompare miracolosamente. Un’eventualità che prima poteva apparire altamente inverosimile, uno scenario contornato da profonda incertezza, diventano certi ed evidenti se esaminati con le “lenti” della prognosi postuma. *Ex ante*, invece, la scienza non fornisce sicurezze, ma mette a disposizione una congruenza la cui misura può trarsi unicamente dal «confronto tra diversi scenari probabilistici d’evento»³⁶⁰.

Ciò accade, in maniera più o meno accentuata, in relazione a tutti i rischi affidati agli attori di Protezione civile. Come già ricordato, le attuali capacità previsionali sono, in via generale, ancora abbastanza limitate: si va dagli eventi di natura idro-meteorologica, oggi frequentemente prevedibili (con un margine discreto di affidabilità) grazie alle tecnologie disponibili, fino ai terremoti, rispetto ai quali è notoria l’impossibilità di determinare *ex ante* il momento di verifica di un sisma e, soprattutto, la sua *magnitudo*.

In quest’ultimo caso, gli scienziati sanno unicamente ritagliare quelle che sono le zone “a più alto rischio sismico”, possono semmai consigliare i poteri pubblici sugli interventi strutturali da svolgere per la messa in sicurezza delle costruzioni, ma non sono in grado di fare previsioni “a breve termine” circa il futuro accadimento di un

³⁵⁹ DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 93.

³⁶⁰ Così GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 8 ss. Sulla “distorsione del senno di poi” v. anche CANZIO G., *Introduzione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 18 ss.

terremoto³⁶¹. Il che non significa, però, che la valutazione dei rischi del primo tipo sia del tutto esente da difficoltà tecniche: intanto, perché le varie categorie di rischio idrogeologico (frane, valanghe, alluvioni) possono sia combinarsi tra loro, sia anche associarsi a tipologie di rischio diverse (come il rischio vulcanico o sismico), fino alla verifica «veri e propri effetti domino»; da che, la necessità di definire e ricostruire adeguatamente ogni fenomeno specifico, mettendo in rapporto tra loro i diversi «processi di instabilità contestuali o comunque correlati»³⁶².

Inoltre, perché le previsioni generali, svolte a livello centrale, richiedono sempre un'integrazione con dati ulteriori e più specifici, relativi ad ogni porzione del territorio. I modelli previsionali, infatti, sono composti da complessi calcoli statistici che combinano tra loro valori anche molto incerti; valori da completare, appunto, con dati empirici che variano localmente (ad esempio: è evidente che piogge anche torrenziali sono destinate ad avere impatti diversi a seconda del tipo di corso d'acqua o di terra su cui si infrangono)³⁶³.

Sui modelli di previsioni fondati su base probabilistica le considerazioni da fare sarebbero ancora molte. Sia sufficiente notare che i Centri Funzionali oggi deputati a prevedere e monitorare i fenomeni meteorologici, idraulici e idrogeologici hanno anzitutto a disposizione una serie di modelli matematici che, come si diceva, sono ancora affetti da diversi livelli di incertezza. A differenza dei modelli di tipo “deterministico” – in cui le previsioni non sono associate a una quantificazione del grado di incertezza – quelli probabilistici (più moderni) presentano un'incertezza che

³⁶¹ Per approfondimenti sui limiti della scienza sismologica e sui c.d. sistemi di “*Early warning*” v. AMATO A., *La difesa dei terremoti in Italia dopo le tragedie dell'Aquila e di Amatrice*, in *Criminalia*, 2016, p. 96 ss., spec. p. 104 ss.

³⁶² Approfonditamente CASAGLI N.-GALANTI E., *La prova scientifica nei reati di frana, valanga e inondazione nel processo penale*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, cit., p. 179 ss., spec. p. 181.

³⁶³ MINECCIA M., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 51 ss. e, da ultimo, AMATO D., voce *Diritto penale delle calamità naturali*, cit., § 4.2. Con particolare riguardo ai terremoti v. FORNASARI G.-INSOLERA G., *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 7 ss. e, più approfonditamente, CERASE A.-AMATO A.-GALADINI F., *In scienza e coscienza*, *ivi*, p.13 ss.

viene individuata in termini numerici e rapportata ai risultati dei calcoli: il che tende a convogliare l'erronea impressione che i primi siano più "certi" dei secondi³⁶⁴.

Ad alimentare le confusioni, infine, contribuiscono anche la scarsa conoscenza degli eventi calamitosi da parte dei giuristi e l'impiego, nel linguaggio comune o giuridico, di espressioni che, sul versante scientifico, vengono impiegate con significati diversi. Basti pensare al termine "rischio" per come rileva nel diritto penale e per come, invece, viene impiegato dalle scienze naturali; oppure, a ciò che nel linguaggio comune (patrocinato dai *media*) costituisce "terremoto" o s'intende con la locuzione "tempi di ritorno", rispetto all'accezione specifica (ma si potrebbe dire "corretta") assunta dai medesimi concetti nel gergo sismologico³⁶⁵.

In questi contesti di incertezza diventa estremamente difficile prendere decisioni e più impellente capire quali possano essere le forme di tutela per chi si trova costretto ad operarvi. Coloro che devono prevedere (e poi decidere), infatti, si trovano di fronte a due possibili effetti sfavorevoli: la prima «negatività» è quella risultante da evento previsto che poi non si realizza; la seconda consiste nelle conseguenze di un accadimento che si verifica in dimensioni maggiori rispetto alle soglie della previsione e quanto alle misure preventive poste in essere.

La sensazione che sia impossibile sfuggire al rimprovero per colpa penale – «ciascun consociato è obbligato ad una diligenza assoluta e ubiquitaria; ogni rischio è prevedibile (...) il modello di confronto è inarrivabile»³⁶⁶ – spinge gli attori a optare più spesso per la prima opzione; a correre il rischio di subire gli effetti della prima negatività, adottando comportamenti ultra-cautelativi di tipo difensivo.

Come si diceva, infatti, uno dei principali problemi connessi alla prevedibilità (guardata nella prospettiva della responsabilità penale), è proprio quello della determinazione del c.d. rischio consentito: in astratto è sempre possibile immaginare le conseguenze peggiori e più lesive di un certo accadimento futuro, la domanda è fino

³⁶⁴ Così PAGLIARA P., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 61 ss. Per un contributo di approccio più scientifico sui modelli in parola v. TIBALDI S., *Intervento*, cit., p. 64 ss.

³⁶⁵ Per approfondimenti sul "problema dei linguaggi", v. già AMATO A., *L'incertezza della scienza dei terremoti e il problema dei linguaggi: il caso del processo "Grandi Rischi" all'Aquila*, in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova, Padua University Press, 2016, p. 83 ss. e, da ultimo, ID., *La scienza dei terremoti*, cit., p.173 ss.

³⁶⁶ Così DOVERE S., *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l'espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 3, 2016, p. 1023 ss., spec. § 3.

a che punto sia legittimo pretenderlo dal “valutatore”; fino a che punto possa essergli imposto di spingersi nel saggiare le conseguenze dannose “possibili” di un evento dannoso³⁶⁷.

L’unica sicurezza, è che la risposta a una domanda così cruciale non possa farsi ricadere unicamente sulle spalle del singolo operatore. Agli effetti distorsivi connessi ai *deficit* cognitivi la dottrina ha infatti frapposto – tra gli altri – il “rimedio” seguente: la strada più indicata sarebbe quella che mira a stabilire *a priori* (attraverso percorso condivisi) il livello di rischio che, *ex post*, potrà esser definito come “accettabile”, a garanzia della serenità di chi si trova a prendere decisioni in condizioni di incertezza e, quindi, ad argine della «protezione civile difensiva»³⁶⁸; correlativamente, quale garanzia del comportamento “diligente”, si propone di elaborare dei meccanismi di «validazione *ex ante* del metodo di previsione e valutazione dell’evento»³⁶⁹.

In altre parole, il sommarsi dell’incertezza scientifica con quella della responsabilità colposa (specie se omissiva) ha accresciuto la domanda, da parte degli operatori, di essere salvaguardati attraverso l’elaborazione di protocolli e procedure “rigidi”: una «griglia valutativa» che faccia da guida tanto ai loro comportamenti quanto alle decisioni di chi si trova a saggiarne la responsabilità *ex post*³⁷⁰. In breve: anche in questo campo si chiede una qualche “codificazione” della diligenza doverosa *ex ante* e l’arma contro l’incertezza viene scorta nella protocollizzazione, ossia nella traduzione, in procedure operative condivise, del migliore “razionale scientifico” a disposizione. Trova conferma quanto concluso poc’anzi: ovvero, che l’unica garanzia “realistica” per il previsore (e per il decisore) sia quella derivante dalla sua capacità di

³⁶⁷ DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 93.

³⁶⁸ In argomento, limitando lo sguardo al settore della Protezione civile v. PAGLIARA P., *Intervento*, in AA.VV., *Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 63 s., che prende ad esempio la procedura introdotta dalla Direttiva del 27 febbraio 2004 in materia di previsioni meteorologiche, il cui scopo è quello di giungere *ex ante* alla migliore previsione possibile in quel momento, tramite la concertazione quotidiana e la condivisione delle informazioni fra un *pool* esperti che utilizzano predeterminati modelli predittivi quali strumenti conoscitivi di riferimento. In tema v. anche ALTAMURA M., *Introduzione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica (Parte II)*, cit., p. 90 e, più di recente AMATO A., *La scienza dei terremoti*, cit., p. 162 ss.

³⁶⁹ In questi termini, ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 31.

³⁷⁰ GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 10.

dar prova di avere impiegato un certo sistema previsionale, secondo i migliori protocolli disponibili e le più accreditate istruzioni operative³⁷¹.

e) Uno sguardo alla casistica

Basteranno pochi “*flash*” su alcune delle vicende più note degli ultimi anni per confermare che il grande assente nei processi coinvolgenti la Protezione civile sia proprio l’ancoraggio della responsabilità colposa a una regola cautelare modale, *ex ante* disponibile, identificabile e doverosa; mentre al suo posto ci si accontenta di meri “simulacri”: una generica posizione “di controllo” dell’operatore, il suo dovere di monitorare/valutare il rischio come avrebbe fatto un “agente modello”, in assenza, però, di segnali “premonitori” che non siano “immaginifici”. In breve, di un qualsiasi “*quid pluris*” asseritamente salvifico rispetto alla condotta tenuta dall’agente, spesso però carente di natura (tanto) modale (che strettamente pre-modale) e privo di riscontro in documenti ufficiali, in protocolli o in linee-guida tecnico-scientifiche accreditate.

Può ricordarsi, anzitutto, la vicenda relativa al temporale che colpì Vibo Valentia nel luglio del 2006, provocando l’esonazione di vari corsi d’acqua e il decesso di tre persone. Pochi giorni prima dell’accaduto, un previsore in servizio al Dipartimento della Protezione Civile (all’epoca la Regione non si era ancora dotata di un Centro Funzionale, per cui le previsioni erano svolte dal DPC), dopo aver valutato come ordinaria la situazione per il giorno a seguire, non aveva emanato nessun avviso di condizioni meteorologiche avverse³⁷².

In questi casi, lo si ricorda, l’attività di valutazione del rischio non si esaurisce nella rilevazione “sensoriale” dei segnali di allarme di un coefficiente di pericolo evidente in sé stesso, ma si basa su misurazioni statistiche e calcoli matematici: la base

³⁷¹ TIBALDI S., *Intervento*, cit., in partic. p. 68 s. Sul punto v. anche DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile*, cit., p. 95 che ritiene prioritario il confronto con il concreto “corredo di conoscenze” oggettivamente esistenti *ex ante* con riguardo allo specifico evento naturali i cui effetti occorre “presagire” e fronteggiare.

³⁷² Il caso è riportato, tra gli altri, da FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio*, cit., p. 95 ss. (v. spec. i grafici a p. 98 ss.). Per ulteriori commenti v. ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 23 ss. (v. in particolare il grafico riportato a p. 24) e, più di recente, in ALTAMURA M.-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di protezione civile*, in *www.discrimen.it*, 12 luglio 2019, p. 2 ss., cui si rimanda per ulteriori specificazioni.

“fattoriale” che rende operativo il dovere di diligenza (o meglio, che rende obbligatoria la regola “pre-cautelare “che postula l’emanazione di un avviso di criticità) è appunto costituita dall’insieme dei dati rilevati grazie alle metodologie a disposizione degli operatori di protezione civile in un certo momento storico. Ebbene, all’epoca dei fatti, la modellistica meteorologica disponibile prevedeva altezze di pioggia basse (non superiori ai 20 mm), tali da non rendere operativa la regola impositiva dell’emissione di un’allerta. Anzi, in mancanza di dati che lasciassero presagire quanto poi accaduto, emanare un avviso di condizioni avverse rischiava di risolversi in un “falso-allarme”, deleterio per il sistema e per la collettività (sulla quale sarebbe gravato il costo di eventuali blocchi e chiusure ingiustificate).

In mattinata le precipitazioni furono in effetti contenute, ma poi, dalle ore 12:00 alle ore 13:00, la situazione cambiò improvvisamente: una nuova formazione temporalesca si compose da un momento all’altro, provocando precipitazioni dieci volte più intense rispetto a quelle previste, che andarono ad abbattersi su una città, Vibo, fino a quel momento intoccata dalla pioggia. L’effetto sorpresa fu determinante: in tre ore caddero le precipitazioni di un mese.

Sebbene la vicenda giudiziaria si concluse con una sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal G.u.p, in mancanza di elementi che consentissero di ritenere “prevedibile” l’evento, il caso è esemplificativo del rischio che, di fronte a fenomeni c.d. multifattoriali e complessi, l’interprete sia spinto a concentrare l’attenzione sull’ultimo anello della catena³⁷³. La Pubblica Accusa, infatti, non si arrestò nemmeno di fronte ai risultati della commissionata consulenza tecnica, la quale aveva sancito l’imprevedibilità dell’evento, ma procedette con la richiesta di rinvio a giudizio a carico degli imputati, per aver causato, in concorso tra loro e a vario titolo, le morti e l’inondazione dell’abitazione (i reati contestati erano vari: lesioni personali, omicidio colposo, disastro ambientale e inondazione).

La contestazione – è interessante notarlo a dimostrazione dell’importanza che, in processi di questo tipo, la consulenza venga affidata a soggetti competenti ed esperti del settore – trovò probabilmente un appiglio anche nella condotta discutibile del

³⁷³ Cfr. ALTAMURA M.-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni*, cit., p. 6, nonché AMATO D., *Attività di protezione civile e responsabilità penale*, cit., p. 395 ss.

consulente³⁷⁴. Anzitutto, quest'ultimo aveva parametrato il “dovere di valutazione” dell'imputato su conoscenze e strumenti operativi disponibili *ex post*, ma probabilmente non anche all'epoca dei fatti (la simulazione volta a valutare la prevedibilità del fenomeno meteorologico, e quindi la tempestiva predisposizione delle procedure di allertamento, fu infatti condotta «con un modello (di ricerca) di *ultima generazione*»).

Nondimeno, egli aveva comunque sancito l'imprevedibilità dell'avvenimento (si «può concludere che il fenomeno non era prevedibile sulla località in esame» e, ancora, «un esperto (n.d.r. quale?) [...] non avrebbe avuto elementi per prevederne la stazionarietà e la persistenza dimostrate poi nei fatti»), ritenendo tuttavia – ecco la seconda criticità – che l'operatore avrebbe, tutt'al più, potuto emettere un «avviso generico di precipitazioni intense», «di preallarme» (anche se il fenomeno non era prevedibile!). Questa, dunque, la condotta alternativa “pre-modale”, asseritamente integrativa del dovere di diligente ponderazione del rischio, che l'operatore avrebbe dovuto tenere sì da consentire l'adozione, da parte dei soggetti a ciò deputati, di adeguate misure cautelari contenitive del rischio. Peccato, però, che di questo “modello” comportamentale non vi sia alcuna traccia nelle norme specifiche contenenti la regolamentazione degli avvisi di P.c., trattandosi piuttosto di un *quid pluris* pretendibile da un operatore-tipo sulla base del “senno di poi”; in pratica, «un nuovo protocollo operativo non codificato»³⁷⁵.

A seguire, si diceva, la richiesta di rinvio a giudizio di una serie di soggetti (tecnici di Regione, Protezione Civile e Anas), tra i quali il suddetto operatore, perché nonostante la «prevedibile e prevista» severità del fenomeno temporalesco avevano ommesso di emanare il suddetto avviso di condizioni avverse e di rivolgere un avviso di allertamento per criticità alla Prefettura, onde consentirle l'attivazione tempestiva del Sistema di P.c., cui sarebbe conseguita la diffusione di adeguate informazioni alla cittadinanza e il blocco delle strade più a rischio; per il cui tramite si sarebbe, infine, anche evitato il verificarsi degli eventi contestati.

³⁷⁴ Sollevano le indicate perplessità, ALTAMURA M-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di protezione civile*, cit., p. 5 s.

³⁷⁵ Lo definiscono così ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità*, cit., p. 24.

Vi è poi un ultimo aspetto della vicenda meritevole di attenzione, questo emblematico dell'interdipendenza, poc'anzi evidenziata, tra le funzioni di P.c. e l'attività politica di governo del territorio. Con la sentenza di non luogo a procedere, infatti, il giudice ha reso gli atti alla Procura perché indirizzasse le indagini in una diversa direzione; quella, appunto, dei soggetti responsabili della gestione del territorio devastato dall'alluvione (amministratori, costruttori, burocrati). Se, da un lato, non risultava minimamente provata la presenza di adeguati poteri impeditivi in capo agli imputati; dall'altro, però, non era nemmeno escluso che potesse giungersi a conclusioni diverse riguardo a soggetti rimasti (fino a quel momento) estranei al procedimento. Peraltro, anche sui quotidiani dell'epoca si lamentava che a rovinare Vibo sarebbe «stata la decennale gestione scellerata del territorio, con interi quartieri sorti abusivamente su aree demaniali, con costruzioni che hanno ostruito canali di scolo delle acque e con interventi di manutenzione dei corsi d'acqua inadeguati»³⁷⁶.

Un altro caso emblematico dei paventati rischi di “dissoluzione” della regola cautelare è quello relativo alla frana di Pollein (ottobre 2000)³⁷⁷. È bene premettere che la precarietà di versante interessato (la “frana delle Becca di Nona”) non era sconosciuto, tanto che la frana veniva monitorata dall'apparato locale di Protezione civile tramite strumenti di alta quota (vari estensimetri e un pluviometro) che effettuavano rilevazioni automatiche. Dopo tre giorni di piogge intense, dalla frana e dai versanti attigui si staccarono alcune colate di fango che si riversarono nel torrente Comboè e provocarono la morte di sette persone nel paese sottostante.

Il piano di monitoraggio e di emergenza della Becca di Nona all'epoca operativo, prevedeva che i segnali di allarme raccolti dai sensori posizionati ad alta quota (circostanza che li rendeva talvolta inaffidabili e soggetti a bloccaggi quanto al sistema di trasmissione) fossero inviati, attivandone l'attenzione, a un geologo reperibile del Centro operativo regionale; in caso di superamento della c.d. soglia di sicurezza, il suo compito era quello di valutare se la situazione segnalata fosse trascurabile o se, al contrario, fosse tale da indiziare uno scenario di criticità. Nel qual

³⁷⁶ BAGLIVO G., *La storia dell'inchiesta crollata davanti al gup. L'alluvione e le indagini che hanno sbagliato indirizzo*, in *L'ora di Vibo*, 7 luglio 2009, p. 38.

³⁷⁷ Per un commento v. ALTAMURA M.- FERRARIS L., *Relazione*, p. 25 ss., e più recentemente, ALTAMURA M.-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di protezione civile*, cit., p. 6 ss.

caso, egli avrebbe dovuto allertare altri funzionari di P.c. che avrebbero dovuto comunicare l'allarme ai Sindaci e al Prefetto, cui era attribuita la decisione ultima circa l'attivazione del piano evacuativo della zona a rischio³⁷⁸.

La vicenda in pillole: già prima dell'inizio delle piogge, la Protezione civile emanò, per le 48 ore successive, un avviso di condizioni meteo avverse a livello nazionale; seguirono poi un secondo avviso per altre 24 ore e, stante il forte innalzamento del livello dei fiumi, la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Presidente della Regione che ne temeva lo straripamento (come poi in effetti avvenne). Per i primi due giorni di precipitazioni, i sensori sulla frana inviarono per tre volte dei segnali di allarme. Il geologo reperibile si attivò, ma non valutò alcuna criticità: la prima volta, la rete di monitoraggio segnalò un superamento di soglia misurato unicamente dal pluviometro; così anche la seconda, quando lo strumento registrò altri superamenti dei livelli, a differenza degli estensimetri che invece non trasmisero alcun segnale di allarme (ciò a riprova che la frana non fosse in movimento). Da che, l'operatore continuò a stimare come "non critica" la situazione. Il terzo giorno, nonostante la prevista attenuazione del fenomeno, venne emesso un terzo avviso di condizioni avverse e il pluviometro segnalò un ultimo superamento, ma, nel silenzio degli estensimetri, il geologo decise di non allarmare gli altri funzionari. Dopo un apparente arresto delle piogge, il sistema di monitoraggio e di trasmissione dei dati registrati dai sensori si bloccò, le precipitazioni ripresero ad alta intensità e provocarono il distacco di varie colate di fango e detriti.

Ciò su cui interessa qui soffermare l'attenzione è l'accusa formulata nei confronti del geologo, cui venivano contestati i reati di frana colposa e omicidio colposo plurimo. A questi veniva addebitata, anzitutto e su un piano generale, la sottovalutazione delle informazioni relative alla situazione in atto e, più nello specifico, del segnale di allarme trasmesso dai sensori. A questo si aggiunse, inoltre, l'addebito della condotta omissiva di mancata informazione – agli altri funzionari del sistema – della situazione di pericolo *in fieri*; da cui era derivata l'interruzione del flusso comunicativo e, in ultimo, l'impossibilità da parte del Sindaco e del Prefetto di

³⁷⁸ Cfr. il grafico esplicativo del piano di emergenza in vigore all'epoca, reso disponibile da ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Relazione*, p. 25.

assumere la gestione della situazione, (eventualmente anche) attraverso l'evacuazione delle zone a rischio.

L'esito del giudizio di primo grado fu però assolutorio, in quanto, pur avendo giudicato come colposa la condotta tenuta dal geologo, il giudice ritenne: in primo luogo, che le inefficienze del sistema di monitoraggio fossero dipese da cause addebitabili al sistema in sé considerato, più che alla stretta responsabilità dell'operatore. In secondo luogo, che il c.d. giudizio controfattuale non avesse permesso di stabilire, "con elevata probabilità logica", la derivazione dell'evento imputatogli dalla condotta omissiva tenuta dallo stesso: in pratica, a mancare era proprio la prova del nesso di causalità omissiva, ovvero (la prova) che il corretto adempimento dei propri doveri da parte del geologo avrebbe consentito l'impedimento dell'evento.

Due brevi considerazioni: la prima, riguarda la necessità, in processi del genere, di dare importanza al contesto, oltre che al sistema complesso, in cui l'imputato si trovava a esercitare le proprie valutazioni. Nel caso di specie, guardare al contesto ha permesso di scoprire che il sistema della Becca di Nona fosse soggetto a blocchi e a malfunzionamenti del tutto indipendenti dalla condotta dell'operatore.

Inoltre, il compito al quale egli era chiamato nei giorni dell'accaduto consisteva unicamente nel soppesare le difficoltà che stavano colpendo il territorio investito dal fenomeno temporalesco, mentre il capo di accusa sembrava investirlo delle inefficienze dell'intero apparato di P.c. Guardare al sistema complesso, invece, fa dubitare della possibilità di imputare l'evento alla condotta di sottovalutazione del rischio da parte del singolo operatore (o meglio, al mancato allarme che ne è conseguito): un conto, infatti, è rimproverare il soggetto per la condotta (colposa) di omessa informazione circa la situazione di pericolo in divenire (che presuppone però l'esistenza di una fattispecie di reato omissivo c.d. proprio); altra cosa, è addebitargli la verifica dell'evento *ex art. 40, comma 2, c.p.*, che nel caso di specie dipendeva (anche) da decisioni altrui fuori dalla sua sfera di signoria (*id est*, dalla scelta, spettante al Sindaco e al Prefetto – ovviamente qualora allarmati – delle misure di gestione del rischio da adottare "in concreto", tra cui appunto l'eventuale attuazione del piano di evacuazione).

Infine, il caso dimostra la delicatezza di farsi “giudici della scienza”. Anche a sostenere che i diversi superamenti della soglia di sicurezza segnalati dal pluviometro, uniti agli avvisi di condizioni avverse già emanati e alla proclamazione dello stato di emergenza, avrebbero forse consigliato di “mandare l’allarme” agli altri funzionari, si tratta di una valutazione indubbiamente complessa (anche la continua emanazione di allarmi poi risultati in dei “flop” ha i suoi costi), alla quale vanno poi ad aggiungersi i limiti “tecnici” del sistema di monitoraggio (si ricordi che i quattro estensimetri non avevano mai segnalato alcunché).

Nessuna di queste considerazioni è però valsa a trattenere la Corte di Appello prima, e la Cassazione poi, dal ribaltare interamente la pronuncia di primo grado. Entrambe, infatti, ritennero provato sia il nesso causale che la colpa dell’imputato, ravvisandone il fondamento nella (mera) violazione di un «dovere di prudenza» (ma meglio sarebbe dire apertamente di “precauzione”): a fonte degli elementi, indubbiamente allarmanti, in suo possesso, il suddetto dovere gli imponeva di darne comunicazione agli altri soggetti coinvolti nella gestione della frana, competenti ad adottare le opportune misure di cautela³⁷⁹. Quanto alle carenze del sistema di monitoraggio, poi, i giudici di legittimità hanno chiarito che queste non potessero certo giustificare flessioni al ribasso del dovere prudenziale richiesto all’imputato; ma, anzi, gli «imponavano (...) di valutare in termini di pericolo i segnali di allarme comunque già forniti dal sistema stesso»³⁸⁰.

A nulla servirebbe, inoltre, domandarsi se da un tale comportamento informativo sarebbe conseguito l’impedimento dell’evento: di fatti, domandarsi se tali misure (in sostanza l’evacuazione) «sarebbero poi effettivamente state adottate è irrilevante perché P. (n.d.r.: il geologo) era tenuto ad assolvere il proprio dovere di informazione, che lo avrebbe affrancato da ogni addebito». A mancare, quindi, è la dimostrazione che una volta data la notizia, questa sarebbe stata trasmessa a tutta la catena di allerta con la tempestività necessaria; e che, ad allarme propagato, sussistessero i mezzi e le condizioni atte a liberare in maniera efficace le zone poi colpite dalle colate di fango.

³⁷⁹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 43118, reperibile in *DeJure* (v. spec. § 6.5).

³⁸⁰ Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 43118, cit., in particolare § 2.5 e 6.5.

A ciò si aggiunga che il principio di diritto sancito dalle pronunce, evidentemente forgiato su un paradigma “precauzionale”, dimentica l’utilità di fondare il sistema di analisi e valutazione del rischio (c.d. *risk assessment*) anche sugli apprezzamenti (inevitabilmente “soggettivi”) di un esperto³⁸¹.

Nessuno auspica l’esonazione generalizzata da responsabilità per chi mette le proprie competenze a disposizione della collettività, ma un principio del genere rischia di fomentare atteggiamenti “difensivi” (o peggio la vera e propria “fuga dai centri di rischio”). Sostenere che di fronte a ogni superamento di una soglia del sistema di monitoraggio – anche quando il dato è parziale e privo di riscontro negli altri strumenti a disposizione – nel dubbio l’operatore debba comunque dare l’allarme (non foss’altro che per mettersi al riparo da ogni futuro addebito), significherebbe ingolfare l’apparato con numerosissime segnalazioni “a vuoto”; ovverosia decretarne l’inefficacia, per non dire la totale paralisi³⁸².

Pochi cenni, infine, meritano la già citata vicenda di Sarno (maggio 1998), la cui visione rigorista ha condizionato anche alcune delle più recenti pronunce, e il processo “Grandi Rischi”, con particolare riguardo alla sentenza del Tribunale di L’Aquila, che sebbene riformata nei gradi successivi di giudizio ha indubbiamente prodotto conseguenze pesanti tanto sul piano culturale (contribuendo alla diffusione di atteggiamenti difensivi, se non appunto alla fuga dai centri di responsabilità) quanto sul piano strategico (distogliendo l’attenzione dalla questione centrale della riduzione preventiva e strutturale del rischio – quindi sulla c.d. vulnerabilità sismica – per dirottarla, invece, sulla condotta di pochi, sulla sottostimata valutazione e sul mancato allarme da parte loro)³⁸³.

³⁸¹ Così ALTAMURA M-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di protezione civile*, cit., p. 9

³⁸² ALTAMURA M-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di protezione civile*, cit., p. 8 s. Per una interessante pronuncia di legittimità si segno contrario v. C. Appello di Venezia, 10 luglio 2016, che confermò l’assoluzione del Trib. di Belluno per la frana di Borca di Cadore (2009) nei confronti di un operatore di p.c. a cui era stata contestata la cattiva gestione del sistema di monitoraggio; oltre stabilire che la scarsa efficienza o inaffidabilità tecnica del sistema esime da colpa l’operatore, la sentenza è interessante laddove sottolinea che l’eccesso di allarmi provenienti dal sistema inficia la credibilità dello stesso agli occhi del decisore.

³⁸³ Su questi aspetti v. AMATO A.-GALADINI F., *Gli argomenti della scienza nel processo dell’aquila alla “Commissione Grandi Rischi”*, in *Rivista di cultura e politica scientifica*, 2013, fasc. 3-4., p. 25 ss., spec. p. 29 s. La vicenda ha avuto un impatto profondo anche all’estero, tra i tanti commenti suscitati dalla sentenza da parte di studiosi di altri ordinamenti v. CEDERVALL LAUTA K., *New fault lines? On Responsibility and Disasters*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 5, n. 2, 2014, p. 137 ss.; SCOLOBIG A., *Brief Communication: the dark side of risk and crisis communication: legal and*

La prima vicenda trae origine da un fenomeno noto e ricorrente nel Comune di Sarno – il distacco di colate di fango dal monte Pizzo d’Alvano – che in quella occasione, però, fu innescato da precipitazioni atmosferiche di forte intensità e si realizzò con una rapidità e una gravità mai avvenute prima, provocando la morte di 137 persone³⁸⁴.

Ne derivò un procedimento penale per omicidio colposo a carico del Sindaco – il sistema di monitoraggio del rischio che oggi conosciamo ancora non esisteva – al quale fu sostanzialmente contestato di aver sottostimato la gravità della situazione di rischio e, conseguentemente, di aver omesso di informare tempestivamente la cittadinanza del pericolo “alle porte” (fornendo al contrario informazioni tranquillizzanti); di disporre l’evacuazione delle zone a rischio; di convocare il comitato locale per la protezione civile; e di dare l’allarme alla Prefettura.

Dopo una doppia assoluzione in merito – fondata, per quanto qui più interessa, sulla mancanza di competenze da parte dell’imputato, sia di tipo scientifico, per cui non poteva certo essergli addossato un obbligo di prevedere la gravità dell’evento; sia poi in materia di prevenzione, tanto più che la decisione “strategica” di evacuare alcune zone supposeva una panificazione eccedente i suoi poteri – l’imputato venne condannato in Cassazione, con una pronuncia che capovolse completamente le conclusioni raggiunte nei primi due gradi di giudizio. Conclusioni secondo cui: l’allerta e l’evacuazione erano compiti spettanti al Prefetto e che, anche ad averlo disposto, lo sgombrò delle aree a rischio non avrebbe comunque assicurato l’incolumità della popolazione. Peraltro, al momento della condotta, la comunicazione “rassicurante” era giustificata dalla mancanza di segnali tali da legittimare un allarme: l’evento, infatti, fu ritenuto imprevedibile ed inevitabile, tanto da integrare un fatto indipendente e autonomo esclusivo del nesso di causalità (*ex art. 41, comma 2, c.p.*).

responsibility allocation, in *Natural Hazards and Earth System Sciences*, 2015, p. 1451 ss. Ne hanno tratte considerazioni di ampio respiro sui rapporti tra parere scientifico e processo decisionale SCOLABIG A.-MECHLER R.-LOMENDANTOVA N.-LIU W.-SCHROTER D.-PATT A., *The Co-Production of Scientific Advice and Decision Making under Uncertainty: Lessons from the 2009 L’Aquila Earthquake, Italy*, in *Planet Risk*, 2014, vol. II, n. 2, p. 71 ss.

³⁸⁴ Nell’impossibilità di dar conto, in questa sede, nell’enorme mole di contributi e commenti sulla vicenda, ci si limita a rimandare ad ALTAMURA M-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di protezione civile*, cit., p. 9 ss. per una ricostruzione dettagliata di quanto accaduto.

Un evento simile non era ancora compiutamente conosciuto nemmeno a livello scientifico: prima di allora, non erano mai viste colate tanto repentine e devastanti.

Tralasciando la questione del riparto di competenze tra Sindaco e Prefetto, ma concentrandosi invece sulla questione della prevedibilità dell'evento, si è già fatto cenno alle insidie nascoste nel ragionamento svolto dalla Corte Suprema in questa occasione³⁸⁵.

Correttamente i giudici hanno sottolineato che la valutazione della prevedibilità, quale argine al giudizio di colpa, non è vincolata allo *standard* su cui si impernia il giudizio di causalità (“l’elevata credibilità razionale”) ma – snodandosi *ex ante* – può accontentarsi della possibilità che l’evento si verifichi; per indiscutibili esigenze di tutela, il fatto che l’evento sia prevedibile come possibile basta far scattare l’operatività del dovere di diligenza. Tuttavia, un conto è la possibilità, altra cosa è la (mera) “non escludibilità” di fatto predicata dalla giurisprudenza: la prima affermazione, di natura positiva, postula la necessaria presenza di indizi predittivi (segnali che rendono attendibile la presenza della situazione di rischio) e deve trovare sostegno nella migliore scienza o esperienza.

La seconda, invece, soprattutto una volta adottato il parametro dell’agente modello, può sempre sostenersi: trattatisi, infatti, di una valutazione da compiere tenendo sì conto dell’esperienza del passato, ma senza trascurare la possibilità (futura) di evoluzione dei fenomeni, «ipotizzando quindi la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi». In mancanza di elementi di conferma, l’agente modello è colui che non dà per certa «l’ipotesi che un fenomeno ripetitivo si verifichi nelle stesse dimensioni e con le stesse caratteristiche di gravità di quelli già verificatisi negli anni precedenti». Tutt’altro, proprio la natura ricorrente dello stesso (fenomeno) «impone un obbligo di *maggior* diligenza nell'affrontare la situazione».

In dato frangente l’agente modello è dunque colui che teorizza la presenza di situazioni (di rischio) «non direttamente e immediatamente percepibili ma la cui esistenza non possa essere esclusa nella situazione contingente con una condotta di previsione esigibile dall’agente modello». Pare un serpente che si morde la coda: “non

³⁸⁵ Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit.

escludibili” sono gli indizi di concretizzazione del rischio che era esigibile da parte dell’agente modello valutare come tali.

Una precisazione è d’obbligo: con questo, non s’intende contestare che, in capo a certi soggetti, possa sussistere un dovere di valutazione “più ampio” rispetto all’obbligo di “registrare” i rischi percepibili sensorialmente, ovverosia, comprensivo anche del “monitoraggio” (e del conseguente contenimento) dell’evolversi di una certa situazione pericolosa nota³⁸⁶. La qual cosa, però, presuppone, *in primis*, che la situazione di rischio nota sia *ex ante* sussistente e concretamente “indiziata”³⁸⁷; inoltre e soprattutto, che la rilevazione del rischio più grave (il rischio del potenziale evolversi *in pejus* della situazione nota), sia resa possibile ricorrendo agli “organi della scienza”.

La stessa natura ipotetico-congetturale dell’operazione, infatti, postula la necessaria presenza di conoscenze specialistiche, cioè a dire di correlazioni statistico-probabilistiche tra il potenziale di rischio noto e il rischio più grave ancora non manifesto (questo oggetto di doverosa “presa in carico”). Nel caso preso in esame, invece, la valutazione espressa dagli studiosi interrogati nei primi due gradi di giudizio era nel senso che la comunità scientifica non avesse ancora elaborato, all’epoca dei fatti, conoscenze specifiche sul c.d. fenomeno delle colate rapide di fango (a difettare era «la consapevolezza dell’elemento decisivo costituito dalla velocità della colata»). La particolarità di quest’ultimo, «l’impreparazione rispetto a tale fenomeno della comunità scientifica e del sistema di protezione civile italiano; i precedenti storici», erano tutti elementi che escludevano la possibilità di prevedere una evoluzione drammatica della situazione.

Nel giudizio di legittimità, invece, si è andati in senso diametralmente opposto: scollegandosi dal patrimonio conoscitivo derivante dalle esperienze “del passato” e prescindendo dalla presenza (in positivo) di segnali premonitori della potenziale

³⁸⁶ Nel caso ora analizzato, la Suprema Corte ritenne che nelle attività di protezione civile l’obbligo di prevedere i rischi trovasse espressione nei compiti di previsione attribuiti dagli artt. 4, 8 e 9 della l. n. 225 del 1992 agli organi centrali della protezione civile; nonché, per quanto riguarda enti locali ed organi decentrati delle amministrazioni centrali, i compiti attribuiti alle regioni (art. 12, comma 2) e al prefetto (art. 14, comma 1). Ai comuni, invece, questa attività di previsione sarebbe stata espressamente dal d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 108, lett. c), n. 1, ma già la “direttiva Barberi” aveva previsto, tra le altre attività preparatorie, anche dei compiti di previsione degli eventi disastrosi.

³⁸⁷ Cfr. le recenti considerazioni di GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 5 s., laddove precisa che «la prevedibilità in concreto di tali rischi» – rischi «di una potenziale evoluzione del rischio noto», ad essi connesso, ma non ancora manifesti (c.d. “impliciti” dall’autore) – «non sussiste se mancano campanelli di allarme indizianti il rischio minore».

evoluzione (drammatica) del fattore di rischio noto, si è finito per caricare di aspettative il dovere di previsione; ovvero, per addossare sul previsore (o meglio, su un soggetto chiamato a compiere determinate scelte sulla base di una “stima” del rischio) il compito di profetizzare il futuro.

Il fatto che anche gli scienziati esperti ignorassero la possibilità che si verificassero le anzidette colate rapide di fango, che hanno poi dato causa alle morti (*id est*: il fatto che mancassero le conoscenze specialistiche), non potrebbe – a detta dei giudici – costituire una giustificazione per l’agente. Al contrario, sarebbe «una conferma dell’addebito soggettivo»: «se di un fenomeno naturale (o anche cagionato dall’uomo) non si conoscono le caratteristiche fondamentali – in particolare le cause, le possibilità di evoluzione, gli effetti possibili – la cautela che occorre usare nell’affrontarlo per eliminarne o ridurne le conseguenze deve essere ancor maggiore»³⁸⁸.

Ecco il vero punto dolente: l’attività predittiva – oltre e non essere mai strettamente cautelare in quanto tale – se ancorata al sapere incerto, nemmeno riesce a veicolare la formulazione di regole di prevenzione certe, di natura modale; consentendo, invece, «solo «fughe in avanti verso la prevedibilità di accadimenti sconosciuti»³⁸⁹.

Riprova né è, la distorsione del fatto tipico colposo conseguente nella vicenda in esame: in primo luogo, il giudici giunsero a sostenere che la violazione del dovere di previsione (di cui all’ allora vigente art. 3 della legge n. 225/1992) costituisse violazione di regole cautelari «normativamente previste e quindi ipotesi di colpa specifica»; inoltre, si indicò come doverosa l’adozione di una regola cautelare (irrazionale oltre che priva di riscontro in qualsivoglia documento), consistente nell’ evitare insediamenti abitativi in tutte le zone (astrattamente) raggiungibili «da un’ inondazione di dimensioni maggiori rispetto a quelle storicamente verificatesi».

³⁸⁸ Sulle criticità legate al disancoraggio del giudizio di prevedibilità dal sostrato scientifico tradizionale, v. VALBONESI C., *Terremoti colposi e terremoto della colpa*, cit., p. 1498 ss. e, da ultimo, ID., *Scienza e rischio fra prevedibilità dell’evento e predittività della decisione giudiziaria*, in *Scienza, diritto e processo penale nell’era del rischio*, cit., spec., p. 69 ss.

³⁸⁹ Testualmente BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 78.

Questo modo di ragionare, si diceva, ha influenzato anche molte delle pronunce successive. Una per tutte la decisione di condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti di due Sindaci, accusati di aver cagionato, per negligenza, imperizia e inosservanza di norme, la morte di due adolescenti in gita scolastica, a causa del distacco di un masso, sporgente sulla spiaggia dell'isola di Ventotene, che li aveva travolti; in particolare, ai due primi cittadini era stata contesta la condotta colposa di omessa segnalazione all'Autorità dei bacini regionali del Lazio (Abr) del pericolo esistente, nonostante gli eventi relativi a un precedente distacco (avvenuto sei anni prima)³⁹⁰.

Concentrando l'attenzione sull'elemento soggettivo, nel caso di specie entrambe le sentenze di merito avevano effettivamente fondato la loro decisione, tra l'altro, sulla presenza di un "indici" (poi richiamati anche dalla Suprema Corte), che avrebbero permesso agli imputati di avvertire la pericolosità del contesto (i precedenti crolli, la conformazione geologica del sito la presenza di una roccia sporgente su una zona frequentata quale una spiaggia ecc.); tutti indicatori, quindi, del fatto che si trattasse di rischio prevedibile. Gli elementi disegno contrario evidenziati nelle difese dei due imputati, invece, erano stati giudicati insufficienti a condurre a conclusioni diverse: in relazione a uno dei due Sindaci, il fatto che la perimetrazione della spiaggia interessata nelle sole estremità nord e sud – peraltro prive di arenile – avesse rafforzato il convincimento generale dell'assoluta sicurezza del sito; da che, la confusione tra «la prevedibilità dell'evento da parte sua e una "generica" probabilità statistica di accadimento dell'evento da un punto di vista strettamente geologico». In relazione al secondo imputato, invece, il fatto che avesse fatto affidamento sui lavori di Somma Urgenza eseguiti subito dopo il crollo avvenuto in precedenza nella zona vicina; e quello per cui la probabilità di verifica di un ulteriore cedimento della parete non fosse concretamente prevedibile da parte sue, stante la mancata inclusione della stessa tra le "zone a rischio di crolli" all'interno del P.A.I.

³⁹⁰ Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, pubblicata, in versione stralciata, in *Guida al diritto*, 2018, n. 20, p. 62 ss., con commento di MINNELLA C., *Focus su competenze per individuare i garanti settoriali*, *ivi*, p. 76 ss., e reperibile anche in *DeJure*.

A prescindere dalla correttezza della soluzione del caso di specie, vale la pena evidenziare, *in primis*, che la Suprema Corte abbia superato tutti gli anzidetti rilievi richiamando la massima, introdotta nel caso di Sarno, secondo la quale «ove si conosca che una determinata porzione rocciosa sia esposta a crolli, la regola cautelare da osservare non è solo quella di interdire l'accesso a tale porzione perché è *sempre possibile, quindi prevedibile, che si verifichino crolli in un ambito più esteso*»; da che «la valutazione sulla prevedibilità (...) deve necessariamente essere condotta immaginando che in futuro un determinato fenomeno naturale possa manifestarsi con caratteristiche di maggiore gravità». Non vi è chi non veda, però, che estremizzando quest'argomentazione, si corra il rischio di sommergere gli specialisti del settore con segnalazioni “difensive”, dirette a sottoporre cautelativamente certe aree alla loro osservazione e quindi a consentirne l'interdizione al pubblico fino alla compiuta valutazione del rischio.

Peraltro, non assumerebbe nemmeno rilievo il fatto che il Sindaco sia carente di specifiche competenze tecniche in materia, e che debba, spesso, fare affidamento su quanto riferito dagli esperti (uno dei due imputati aveva, tra l'altro, affidato una delega a un organo tecnico, la quale però non è stata ritenuta sufficiente a spogliarlo della posizione di garanzia verso la pubblica incolumità).

Di fatti, a detta dei giudici, si tratta di valutare se le “regole cautelari” (in questo modo sono state impropriamente definite il dovere “di previsione” e quello di segnalazione) non siano state osservate nonostante il rischio fosse prevedibile «con un grado di diligenza proprio dell'agente-modello, al quale non si chiedono specifiche competenze in materia idrogeologica», ma, appunto, unicamente di segnalare l'area ad altri soggetti dotati di queste competenze. In quali casi? Quando dagli indici fattuali presenti si possa ritenere pretendibile dall'agente modello svolgere la suddetta comunicazione.

In ultimo – a riprova della distanza che, in materia di rischi naturali, separa la fase di *assessment*, e qui di segnalazione del rischio, da quella della sua concreta gestione – merita soffermare l'attenzione su un ulteriore aspetto problematico. Anche a ritenere superabile la questione della prevedibilità dell'evento, infatti, nella vicenda in esame vi si affiancava quella – resa ulteriormente complessa dall'intricato panorama

normativo in materia di pianificazione del territorio – della natura non propriamente cautelare del dovere di segnalazione.

Con particolare riguardo a questo aspetto, le difese degli imputati avevano messo in discussione l'idoneità della comunicazione omessa a impedire effettivamente il crollo; ciò, *a fortiori*, in quanto le disposizioni di attuazione del P.A.I. sarebbero norme “programmatiche”, non contenenti precetti direttamente rivolti all'evitabilità dell'evento. In pratica, anche se la segnalazione fosse avvenuta questa avrebbe veicolato condotte, a loro volta, non propriamente cautelari (l'approfondimento delle cause del fenomeno, l'inclusione dell'area tra quelle “a rischio”).

Peraltro, nel caso di specie, si aggiungeva il rilievo per cui – qualora il ricorrente avesse adottato la condotta omessa – ciò non avrebbe comportato automaticamente l'inserimento dell'area interessata dal crollo all'interno del P.A.I., «trattandosi di valutazione discrezionale del comitato tecnico dell'A.B.R. del tutto ipotetica ed eventuale».

Inoltre, le possibilità concrete di intervento e di messa in sicurezza da parte dell'A.B.R. di un'area a rischio di frana sarebbero sussistite solo al momento in cui l'*iter* di approvazione del piano si fosse concluso, in cui si fossero ottenuti i finanziamenti per l'esecuzione delle opere indicate nel piano triennale di intervento e si fossero, quindi, eseguiti i lavori di messa in sicurezza con eventuale apposizione di reti di protezione. Si noti l'interessante riferimento al finanziamento, che conferma l'importanza, in queste vicende, del tema della scarsità di risorse economiche per la prevenzione, quindi del metodo con il quale si stabilisce la priorità degli interventi e delle conseguenze che ne possono derivare³⁹¹.

A fronte di queste censure, la Corte di legittimità tuttavia ribadì, accogliendole, alcune considerazioni dei giudici di merito.

³⁹¹ Cfr. anche la vicenda relativa alla frana di Courmayeur del gennaio 2011 (il caso è riportato, insieme a molti altri, da ALTAMURA M., *Intervento*, in AA.VV., *La protezione civile nella società del rischio. La responsabilità penale nell'ambito dell'attività di protezione civile*, Pisa, ETS, 2017, p. 43 s.): le difese degli imputati – un funzionario dell'Anas, un dirigente della Regione Valle d'Aosta, il sindaco attuale e quello precedente – si appuntavano, tra le altre cose, sull'esistenza di regole di priorità degli interventi preventivi a fronte della ristrettezza economica; da queste, conseguirebbe l'impossibilità di contestare una responsabilità colposa per la frana accorsa su un versante per il quale, *ex ante*, l'intervento non era considerato prioritario.

Per quanto più interessa: in primo luogo, il peculiare atteggiarsi degli obblighi di protezione e controllo nella materia della pianificazione. L'esistenza di un sistema normativo che «disciplina, anche con meccanismi di soft law, la materia della pianificazione idrogeologica» costituisce la fonte di un obbligo giuridico di controllo e di protezione dai confini ampi, «tali da ricomprendervi anche norme a carattere meramente procedimentale, aventi a oggetto doveri lato sensu di attivazione, informazione e comunicazione in ordine a situazioni di fatto potenzialmente pericolose». A parte una certa confusione tra l'accertamento della causalità omissiva e quello della c.d. causalità della colpa, la parte della sentenza che merita attenzione è quella che – dopo averle ritenute norme “fondative” di una posizione di garanzia rilevante ex art. 40, comma 2, c.p. – definisce le regole procedurali di pianificazione come “norme cautelari”: in detta materia, la colpa si manifesterebbe, dunque, anche per l'omessa comunicazione dei campanelli di allarme del rischio, costituendo questa una «norma cautelare» che «tende ad evitare che una situazione di rischio non possa essere rilevata da specialisti del settore». Una norma «standardizzata», «impositiva di precauzioni ancorché sia dubbio che la loro mancata adozione provocherà effetti dannosi».

In secondo luogo, quanto all'idoneità preventiva, i giudici si limitarono a notare che, laddove l'Abr avesse ricevuto regolare segnalazione del precedente crollo, avrebbe – secondo quanto accade nella *normalità dei casi* – «sottoposto l'area a studio idrogeologico, l'avrebbe classificata» e, *con ragionevole probabilità* «avrebbe inserito l'intera area» nel piano. Trattandosi di una valutazione “discrezionale” dell'Autorità riesce difficile cogliere in base a quali elementi (se non una mera presunzione) venga affermata la “ragionevole probabilità” di inserimento dell'intera area nelle zone a rischio.

Sembra corretta, allora, l'impressione degli studiosi secondo cui molte delle pronunce in materia di previsione, monitoraggio e conseguente segnalazione dei rischi naturali, finiscano per veicolare il messaggio sbagliato che la previsione e l'allertamento sarebbero attività in sé salvifiche. Quasi a voler surrogare tutte le criticità che si presentano sul versante della prevenzione del rischio – di una prevenzione che possa dirsi efficace – caricando di compiti le previsioni, la quali però patiscono a loro volta dei «limiti enormi»: la previsione, pur indispensabile, è solo una

tappa del processo di prevenzione; questa andrebbe inserita strutturalmente nel sistema, quanto serve a renderlo gestibile in base alle risorse disponibili, ma non ne andrebbe fatto un «uso esagerato, *overconfident*», come se potesse compensare tutte le difficoltà di prevenire le conseguenze avverse delle “forze naturali”³⁹².

Seppur fermamente negato a parole, sul rimprovero per sottostima del rischio si incentrava anche la decisione di condanna emessa dal Tribunale di L’Aquila nei confronti dei sette soggetti – molti dei quali «uomini di scienza» – imputati nel c.d. processo Grandi Rischi. Della complessa vicenda, che esula dagli scopi del presente lavoro approfondire, s’intende semplicemente evidenziare alcuni snodi del procedimento argomentativo svolto dai giudici di primo grado³⁹³. Per farlo, occorre tenere a mente la particolare natura del rischio sismico che, a livello tecnico-scientifico, viene definito come il prodotto di tre principali fattori (pericolosità, vulnerabilità ed esposizione).

Si tratta di un rischio che non si prevede né si perviene, ma si *stima* – attraverso valutazioni complesse che richiedono tempo e risorse – e si cerca *mitigare*, attraverso operazioni di riduzione ancor più complicate e onerose; dei tre fattori anzidetti, infatti, la pericolosità sismica è – come tale – irriducibile, mentre l’uomo può incidere solo sugli altri due parametri, e può farlo principalmente attraverso opere “strutturali” (riducendo la vulnerabilità degli edifici esistenti e costruendo quelli futuri nel rispetto della c.d. normativa sismica; evitando sovraffollamenti in costruzioni instabili in modo da diminuire l’esposizione, ma, certo anche attraverso la formazione dei cittadini esposti)³⁹⁴. Certo, anche qui la “diagnosi” della situazione è propedeutica alla “cura” (mitigazione del rischio) né si può negare che la massima per cui “uomo avvisato, mezzo salvato” abbia un suo valore, ma, nessuna della due basta da sola.

Venendo alla pronuncia, questa aveva ripetuto svariate volte che non si era fatto un “processo alla scienza” né si trattava, evidentemente, “di prevedere il terremoto”: allo stato della scienza, l’imprevedibilità di questo è un dato ormai acquisito. La sismologia ha un’efficacia predittiva infatti assai circoscritta: a differenza

³⁹² Così TIBALDI S., *Intervento*, cit., p. 65 e ID., *Repliche*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 77.

³⁹³ Trib. di L’Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, cit.

³⁹⁴ Per approfondimenti su questi aspetti v. AMATO A., *La difesa dei terremoti*, cit., p. 100 ss.

della meteorologia – che permette di prevedere forti nevicate o piogge abbondanti con elevata precisione, anche quanto a coordinate spazio-temporali – il sismologo conosce le zone a rischio maggiore, quindi sa indicare le raccomandazioni da fornire ai cittadini laddove sia in atto un'attività sismica, può consigliare le pubbliche autorità circa le misure di sicurezza degli edifici, ma non è in grado di stabilire, con sufficiente precisione, il tempo, il luogo e l'intensità alla quale si realizzerà un terremoto³⁹⁵. I terremoti, intesi come fenomeni naturali, non si possono *prevedere* in senso deterministico, né possono essere *evitati*.

Il processo infatti – queste le parole rassicuranti del giudice – non era volto alla «verifica della fondatezza, della correttezza e della validità sul piano scientifico delle conoscenze in tema di terremoti»; né si riteneva che il compito degli imputati consistesse nell'indicare con precisione «il mese, il giorno, l'ora e la magnitudo». Ma un conto è il terremoto, un conto è il c.d. rischio sismico. In effetti, anche mettendo da parte lo sciame, non era certo una novità per nessuno (Amministratori locali o cittadini) che l'Aquiliano fosse caratterizzato da un rischio sismico elevato. La stessa normativa sismica in vigore rappresentava, di fatto, una valutazione del rischio sismico positivizzata in una normativa nazionale e regionale; in quanto tale, questa doveva ritenersi conosciuta dagli Amministratori pubblici, chiamati a tenerne conto possibilmente anche prima della verifica di uno sciame.

A detta dei giudici, nella riunione gli esperti avrebbero quindi dovuto procedere alla valutazione approfondita del suddetto rischio, mentre quella da loro effettuata fu «approssimativa, generica ed inefficace»³⁹⁶. In pratica, in conformità al dettato normativo, il loro compito era quello di procedere alla previsione e prevenzione del rischio; ovvero sia di procedere anzitutto a una corretta analisi dello stesso, sulla quale poi calibrare una corretta informazione. In sostanza, anche in base alle loro qualità e alle funzioni della Commissione da essi composta, il giudizio di prevedibilità- evitabilità posto a fondamento della responsabilità colposa loro contestata, non andava

³⁹⁵ Cfr. FORNASARI G.-INSOLERA G., *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 7 ss. Approfonditamente, CERASE A.-AMATO A.-GALADINI F., *In scienza e coscienza*, *ivi*, p.13 ss.

³⁹⁶ Trib. di L'Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, cit., p. 215 ss., spec. p. 220, nonché p. 289 ss.

calibrato sul terremoto quale evento naturale, bensì sul «rischio quale *giudizio di valore*»³⁹⁷.

Ciò che occorre verificare, dunque, era se gli esperti avessero vagliato con la necessaria attenzione tutti i dati (storici, ambientali, statistici, scientifici) in loro possesso, apprezzato con il dovuto approfondimento tutti gli “indicatori di rischio”, sì da condurre l’attività di previsione e analisi loro imposta in maniera “seria, corretta, approfondita” e secondo criteri di diligenza, prudenza e perizia³⁹⁸.

Al di là delle parole, però, nella complessa trama del giudizio di colpevolezza aggallano argomentazioni che presuppongono logicamente un rimprovero connesso a quella mancata previsione del terremoto, ritenuta irrilevante perché scientificamente (ancora) impossibile.

La sentenza analizza profusamente ciascuno dei tre fattori del rischio sismico facendo una serie di affermazioni che i sismologici hanno ritenuto prive di qualsivoglia riscontro scientifico³⁹⁹. Si pensi alle dichiarazioni sui c.d. sciami sismici, mirate a riconoscerli come indici *precursori* del terremoto, oppure a quelle in materia di pericolosità e previsioni probabilistiche: della pericolosità strettamente intesa non si parla, mentre delle seconde si afferma che «la attuali conoscenze scientifiche permettono, invece, la formulazione di previsioni probabilistiche a breve, medio o lungo termine», senza alcuna specificazione dei suddetti termini temporali né alcuna indicazione della fonte delle informazioni⁴⁰⁰. Il tutto, per ribadire che la “valutazione dei rischi” relativa ai compiti di “previsione e prevenzione” imposti agli imputati, richiedesse una «complessiva analisi e la ricerca di una reciproca correlazione tra tutti gli indicatori di rischi» la quale, invece, era stata negligente e «inefficace»⁴⁰¹.

Il parametro per saggiare l’imperizia della valutazione rimane tuttavia fumoso: nessun chiaro riferimento a regole cautelari pre-modali, incorporate in protocolli scientifici avvalorati o in qualche documento formale; al loro posto, si indicarono studi

³⁹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 218 e, testualmente, p. 291 s. (cors. nostro).

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 217, nonché p. 290 ss.

³⁹⁹ Sulle conoscenze a disposizione della comunità scientifica prima del terremoto e sulle affermazioni scientificamente dibattute del giudice di primo grado v., per tutti, AMATO A.-GALADINI F., *Gli argomenti della scienza*, cit., p. 3 ss. e p. 15 ss., spec. p. 17 s.

⁴⁰⁰ Trib. di L’Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, cit., p. 290.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 305 ss. e, in partic., p. 311 s.

prodotti anni prima dagli imputati stessi, nemmeno considerati nel loro insieme; pochi lavori, quindi, selezionati *ad hoc*, nessuno dei quali era stato sottoposto a validazione scientifica né accolto quale riferimento ufficiale⁴⁰².

Non occorre dilungarsi nell'analisi dettagliata della pronuncia, ma semplicemente evidenziarne gli assunti in tema di colpa che sembrano più chiaramente allontanarsi dai principi consolidati della materia.

La prima statuizione, ricorrente nella giurisprudenza relativa alla materia fin dal caso di Sarno, è quella per cui l'addebito di colpa specifica si esaurirebbe nella violazione di norme "di sistema", non modali (nel caso di specie: gli artt. 2, 3 e 9 della l. n. 225/1992, gli artt. 5 e 7-*bis* della l. n. 401/2001, l'art. 4 della l. n. 21/2006, l'art. 3 del D.P.C.M. n. 23582/2006, per l'attività di valutazione del rischio; nonché, per quanto attiene agli aspetti informativi, la legge n. 150/2000). Trattasi di norme, come si diceva, indicative dei compiti della Protezione civile, qui in particolare della Commissione Grandi Rischi, e delle finalità che ne orientano l'agire. Norme, quindi, impositive di "doveri" sugli "apparati", idonee a fondare una "posizione di garanzia" in capo ai soggetti che vi operano, ma non invece a reggere un addebito per colpa (specifica); nessuna di queste, infatti, sembrerebbe riconducibile entro il novero delle regole cautelari, essendo del tutto carenti quanto a descrizione delle modalità comportamentali di contenimento del rischio. L'attività indicata ("la previsione") è del tutto generica: non prescrive le cautele da adottare al fine di ridurre il rischio di verificazione di un certo evento lesivo, né è capace di orientare l'agire del previsore.

La seconda statuizione a meritare attenzione attiene ai profili di colpa generica, in particolare dove si afferma che agli imputati fosse richiesto di compiere una analisi del rischio quale «giudizio di valore». Nel senso che non era certo richiesto loro di "profetizzare" il terremoto quale evento *hic et nunc* verificatosi, ma di riconoscere il generico rischio. L'oggetto del giudizio di prevedibilità andrebbe dunque inteso e descritto come "rischio di evento" lesivo per l'incolumità e la salute dei cittadini. Una concezione, questa, ben nota anche in altri settori (emblematica la casistica in materia di amianto) e fortemente criticata in dottrina per la sua attitudine a incrementare

⁴⁰² Cfr. STUCCHI M., *Rischio sismico e previsione dei terremoti*, cit., p. 101 ss. Per una rassegna esauriente dei saperi condivisi al momento della condotta v. AMATO A.-GALADINI F., *Gli argomenti della scienza*, p. 3 ss., ai quali si rimanda anche per l'indicazione dei documenti che li accoglievano e degli studi più avvalorati in materia.

notevolmente (per non dire a “volatizzare”) l’area del “prevedibile” e, con essa, del penalmente rilevante⁴⁰³.

Una domanda sorge, a questo punto spontanea: a quale scopo? Ammesso che fosse stato possibile fare “di più” e fare “di meglio”, che gli esperti avessero potuto fare una valutazione «approfondita» e completa del c.d. rischio sismico, ci si domanda in che *modo* ciò avrebbe contribuito a contenere il rischio e a “salvare vite”.

Si tratta cioè di capire in che termini la “cattiva” valutazione abbia potuto “influenzare” negativamente il successivo procedimento di gestione in concreto del rischio (ovvero di riduzione dello stesso), ostacolando l’impedimento delle conseguenze dannose dell’evento calamitoso.

Premesso che destinatari e il possibile uso di una corretta valutazione non vengano mai precisati, l’attenzione si è concentrata, tra le altre cose, sul fattore della vulnerabilità, quindi sugli interventi atti a ridurla⁴⁰⁴. A detta degli esperti, infatti, la strategia più utile ed efficace in termini di prevenzione del rischio sismico, sarebbe consistita nel rafforzare le costruzioni esistenti, nel migliorarne la capacità di resistenza ai terremoti e nel realizzare i nuovi edifici in conformità ai criteri antisismici. Statuizioni, queste, prima giudicate «fondate e corrette», per poi tuttavia concludere che la tesi difensiva – quella per cui l’attività di riduzione del rischio sismico consisterebbe unicamente negli interventi *preventivi* di consolidamento strutturale, di mitigazione della vulnerabilità delle costruzioni e nel miglioramento della normativa antisismica – apparisse «assolutamente infondata»⁴⁰⁵.

Si tratterebbe infatti di dichiarazioni pleonastiche nella loro ovvietà e inutili nella loro impraticabilità, quasi una «clausola di stile» per mettersi a riparo da addebiti di responsabilità: nessuno oserebbe mai negare che una struttura edificata «nel rigoroso rispetto delle normative antisismiche» rappresenti la misura di contenimento del rischio sismico “per eccellenza”; ma l’indicazione resterebbe comunque inservibile perché concretamente inattuabile e «pressoché impraticabile»⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Per tutti v. le aspre critiche di PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., p.1692.

⁴⁰⁴ Cfr. Trib. di L’Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, cit., p. 244.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 290 ss., p. 351 ss., spec. p. 355.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 356.

Ma, allora, se puntare l'attenzione sulle responsabilità "collettive", sulle strategie di mitigazione *strutturale* del rischio sismico – già noto e particolarmente elevato in Abruzzo come in altre zone d'Italia – costituisce una linea di azione sostanzialmente impercorribile, quale, dunque, quella "diligente" di doverosa adozione?

Non certo, si rassicurava nuovamente, quella di «lanciare allarmi alla popolazione di scosse imminenti o evacuare l'intera città»: nessuno dai dati (storici, scientifici, relativi agli studi probabilistici, o alla «durata dello sciame», al «progressivo aumento del numero di scosse» e all'incremento dei «picchi di magnitudo» ecc.) consentiva in effetti di prevedere la scossa del 6 aprile 2009⁴⁰⁷. Ciò che era necessario fare – eccoci di nuovo al punto di partenza – era la valutazione, un giudizio, corretto e approfondito, di "prevedibilità/evitabilità" del rischio sismico; o meglio – come si desume da vari passaggi argomentativi – un giudizio di "prevedibilità nel breve termine" dello stesso (che è come dire l'aumento della sua pericolosità nel breve periodo, cioè terremoto)⁴⁰⁸.

In breve, ad essere richiesta era semplicemente l'analisi del rischio e nulla più. A conferma, del messaggio di fondo per cui si tratterebbe di una operazione in sé salvifica, propriamente "cautelare" e, come tale, sufficiente a fondare una responsabilità colposa per omesso impedimento dell'evento⁴⁰⁹.

Ripercorsi alcuni profili problematici della giurisprudenza in materia, occorre prendere atto dei passi avanti compiuti, in più recenti pronunce, rispetto ai principi elaborati dalla Cassazione nel caso di Sarno.

Per quanto attiene alla distinzione tra "norma di dovere" e "regola cautelare", nel processo "Grandi Rischi" la Suprema Corte ha preso le distanze dall'impostazione precedentemente adottata⁴¹⁰. Quest'ultima, fatta propria anche dal Tribunale di

⁴⁰⁷ *Ibidem*, spec. p. 291 ss., p. 293.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, in particolare pp. 290-292 e p. 362 ss. Sottolineano l'impossibilità, per insufficienza di conoscenza scientifica, di svolgere un giudizio di questo tipo in relazione al rischio sismico v. AMATO A.-GALADINI F., *Gli argomenti della scienza*, p. 6 ss.; particolarmente critico anche STUCCHI M., *Rischio sismico e previsione dei terremoti*, cit., spec. p. 112 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. il capo di imputazione, nella parte in cui sostiene che attraverso le loro affermazioni gli imputati sarebbero venuti «meno ai doveri di valutazione del rischio connessi alla loro qualità e alla loro funzione» e, in occasione della violenta scossa di terremoto del 6 aprile, avrebbero cagionato la morte di una serie di persone poi elencate (Trib. di L'Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, cit., p. IV).

⁴¹⁰ Già Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 1671, cit., p. 101, relativa ai fatti di Sarno.

L'Aquila in primo grado, finiva per sovrapporre i due concetti, definendo come “cautelari” anche norme (impositive di obblighi generici) prive di natura c.d. modale.

Diversamente, la Cassazione del 2016 ha accolto l'impostazione della dottrina per cui le norme contenenti cautele generiche – norme che gli organi istituzionali sono chiamati ad adottare in generale – non sarebbero ascrivibili alla categoria delle “regole cautelari”; la loro inosservanza non potrebbe dunque costituire un'ipotesi di “colpa specifica” (*id est*, violazione di cautele normativamente previste che descrivono le modalità di adempimento dei propri compiti)⁴¹¹. Andrebbe escluso, infatti, che nelle previsioni richiamate (in particolare si trattava del citato art. 3, l. 225/92) si situino prescrizioni concernenti le condotte preventive che valgono a scongiurare gli eventi pregiudizievoli a carico della popolazione.

La medesima opposizione concettuale (tra norma di dovere, che stabilisce una “competenza”, e norma di diligenza, che prescrive una regola cautelare), è stata fatta propria anche dalla recente sentenza sui fatti di Genova relativi all'alluvione del 2011⁴¹². Dal dovere di previsione, si ribadisce, non può scaturire automaticamente una responsabilità a titolo di omicidio colposo; mentre è necessario domandarsi quali fossero (e se vi fossero) le norme prescrittive del *quomodo* dell'attività di analisi e di valutazione in questione, ovvero pervenire all'identificazione del modello di comportamento funzionale (in base a una delle fonti di cui all'art. 43 c.p.) alla prevenzione dell'evento pregiudizievole. Breve: la responsabilità legata al dovere “di competenza” è una responsabilità di mezzi e non di risultato; ed è la regola modale a indicare il come, le modalità, i *mezzi* attraverso i quali svolgere il suddetto compito. Si tratta quindi di verificare se dalla “corretta” previsione sarebbe o meno scaturita (a monte) la possibilità di applicare efficaci modelli di prevenzione.

Di quest'ultima pronuncia vale la pena sottolineare un altro elemento “positivo” – un passo avanti, però, ancora troppo “timido” e, di fatto, insoddisfacente – con riguardo al giudizio di prevedibilità.

⁴¹¹ Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit. In dottrina, *ex multis*, GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 219 ss., nonché CASTRONUOVO D., *Colpa penale*, cit., p. 284 ss.

⁴¹² Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, reperibile in *DeJure* (v. spec. §. 7.2, dove si cita espressamente il principio applicato nel caso “Grandi Rischi”).

Benché si sia prevalentemente incentrata su una contestazione per grave impreparazione del Sistema di p.c. della città – su aspetti attinenti, da un lato, alla scelta delle misure di gestione preventiva del rischio (§ 8 ss., spec. § 9.1) e, dall’altro, a quelle da adottare nella fase emergenziale *ex post* (§ 9.2) – la sentenza tocca anche questioni, qui di interesse, relative al giudizio logicamente precedente di valutazione del rischio, coinvolgenti anche la concreta prevedibilità (o meno) dell’esonazione del Rio (§ 7).

Tra gli altri, al Sindaco veniva mossa l’accusa di aver omesso, nella fase antecedente all’esonazione del Rio Fereggiano, di «disporre la chiusura delle scuole (...), di adottare qualsiasi iniziativa per disciplinare o vietare il parcheggio ed il transito dei veicoli e delle persone nelle aree soggette ad esonazione», ciò nella consapevolezza della elevata criticità della situazione idraulica complessiva del torrente, a fronte di previsioni meteorologiche «estremamente allarmanti» (era stato emesso un livello di allerta 2, che spazia da rischi “medi” a “elevati”, peraltro non infrequente in una città come Geneva); più avanti, nella consapevolezza della gravissima situazione in atto, gli si contestava di aver «omesso di disporre che i responsabili degli istituti scolastici (...) vietassero l’uscita degli alunni fino al cessato allarme, nonché di «assumere qualsiasi iniziativa (...), finalizzata a tutelare la pubblica incolumità e ad informare la popolazione della zona circa l’imminente pericolo»; infine, quanto alla fase emergenziale, successiva all’esonazione, l’addebito riguardava, in estrema sintesi, la mancata organizzazione di un sistema di pronto intervento sul territorio.

La Suprema Corte, pur riformandone alcuni aspetti, confermava l’esito di condanna delle pronunce di merito. Che l’attività di previsione fosse stata correttamente assolta non era in discussione: lo stato di allerta meteo 2 era stato diramato con 48 ore di anticipo. Dunque, è bene ribadirlo, non era questione di un negligente adempimento dell’obbligo di valutazione del rischio da parte degli esperti: i giudici di legittimità sul punto sono chiari, non vi erano state né un’analisi degli indicatori di rischio errata/inidonea, né una loro erronea informazione-comunicazione ad altre autorità competenti.

L’imputazione, invece, riguardava il versante dell’evitabilità, ovvero il mancato impedimento dell’evento penalmente rilevante, a causa di una negligente

organizzazione e di una carente strategia d'intervento: a causa "cattive" decisioni circa le misure gestorie ed emergenziali da parte della "classe" politico-amministrativa. Tuttavia, non poteva non assumere rilievo anche il giudizio di prevedibilità in concreto dell'evento, quale "prodromo" del riconoscimento delle misure "diligenti" da adottare, presupposto necessario a rendere attuale l'operatività della regola cautelare. Per quanto qui più interessa, infatti, se si fosse dovuta accertare l'assenza della prevedibilità in concreto del rischio di verificazione dell'evento che fondava la regola cautelare asseritamente "omessa", si sarebbe dovuta escludere, già in radice, la possibilità di rimproverarne la mancata osservanza da parte dell'agente.

Sul punto, è degna di nota la precisazione, da parte della Corte, per cui anche di fronte a un'allerta massima – peraltro, lo si diceva, un'allerta 2 non è nemmeno infrequente in quella zona – «non sussiste automatico obbligo di chiusura delle scuole», mentre il "decisore" può anche decidere, nella propria discrezionalità, di attendere lo sviluppo degli eventi senza disporre una simile misura "radicale" e senza inibire la circolazione⁴¹³.

Di fatti, la regolamentazione normativa del sistema di p.c., in particolare la direttiva e il decreto che recepirono il c.d. Metodo Augustus, lasciavano chiaramente al garante la possibilità di scelta tra queste due opzioni (cfr. direttiva e decreto del Pres. C.M. del 3 dicembre 2008)⁴¹⁴. Inoltre, i giudici lo riconoscevano espressamente, un comportamento eccessivamente cautelante sarebbe inesigibile, sia perché spesso concretamente impraticabile (si pensi alle difficoltà di pianificare efficacemente, già in fase preventiva, provvedimenti quali: sgomberi di edifici pubblici e privati, di sedi di attività commerciali, chiusura strade ecc.) sia perché troppo oneroso sul piano socio-economico.

Peraltro, è di fondamentale importanza notare che, come era accaduto anche nel caso di specie, le previsioni spazio-temporali relative agli eventi temporaleschi sono spesso imprecise (almeno nella fase iniziale): non consentendo di circoscrivere puntualmente le suddette misure "radicali" di "bloccaggio" della vita cittadine, le

⁴¹³ Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, cit., § 9.1.

⁴¹⁴ All'epoca, infatti, non era ancora in vigore il sistema di allerte poi successivamente elaborato, che fa automaticamente corrispondere ad un certo "colore" (es. allerta rossa massima) l'obbligo di disporre determinate misure preventive (es. la chiusura delle scuole).

rendono di fatto inaccettabili in termini di ponderazione costi/benefici (impensabile, ad esempio, disporre in ogni caso di allerta “diffusa”, ancora non precisamente localizzata, la chiusura di tutte le scuole della Regione).

A detta della Corte, però, un conto è ammettere la necessità che venga discrezionalmente compiuta una ponderazione di questo tipo, altra cosa è riconoscere che tra i costi in bilanciamento possa annoverarsi anche l’eventualità che vi siano future vittime.

Queste acquisizioni non conducevano infatti a escludere, ma solamente a ricalibrare il primo profilo di responsabilità degli imputati. Date le circostanze iniziali – erano previsti temporali su tutto il territorio comunale, ma non si aveva contezza del punto geografico in cui si sarebbe scatenato il c.d. MCS (o temporale “autorigenerante”: in pratica, un grosso ammasso nuvoloso esteso orizzontalmente per parecchie centinaia di km, sulla cui evoluzione incidono vari fattori e dal quale possono variamente conseguire: piogge, grandine, raffiche di vento) – appariva del tutto legittima la loro scelta di non chiudere affrettatamente le scuole e inibire la circolazione (ovverosia, di bloccare l’intera città); legittima la decisione di aspettare, invece, che alla luce dell’evoluzione del fenomeno il verificarsi dello stesso diventasse più precisamente localizzabile.

Colposa, però, era la decisione di non far seguire a questa prima (legittima) opzione, una serie di altri provvedimenti. In estrema sintesi, la loro “colpa” era consistita nella omessa predisposizione di un meccanismo di pronto intervento, da attivare qualora l’emergenza si fosse concretamente verificata.

Più in particolare, assumevano rilievo: la mancata attivazione di un «impegno informativo straordinario», ossia di una comunicazione “programmata” della strategia “attendista” prescelta nei confronti tutti coloro (dirigenti scolastici, agenti della polizia municipale, aziende dei servizi pubblici, in particolare dei trasporti urbani) che «avrebbero dovuto rimanere in allarme continuo per essere pronti ad intervenire non appena i responsabili della protezione civile avessero *ritenuto di riconoscere concretamente* l’evento calamitoso in atto»; affinché ne fossero consapevoli e

potessero, conseguentemente, essere pronti ad intervenire «secondo le direttive in tempo reale» che sarebbero state loro impartite⁴¹⁵.

A ciò si aggiungevano la mancata predisposizione di una articolata organizzazione, comprensiva del monitoraggio continuo in loco del livello dei torrenti, dell'approntamento di un numero sufficiente di agenti muniti delle dotazioni necessarie a chiudere le strade e dare avvisi con il megafono, del mantenimento di un continuo dialogo col “mondo della scuola”.

Tutto ciò premesso, il punto che qui preme evidenziare è il seguente: con il senno di poi, con la consapevolezza della “bomba d’acqua” che in poche ore si frantumò sulla città causando l’esonazione di vari torrenti, è facile concludere che quelle azioni andassero compiute.

Ma – senza nemmeno toccare la questione delle radici di quella impreparazione, risultante da una serie di “errori” disseminati nel passato, molti dei quali attribuibili anche a soggetti diversi da quelli tratti a giudizio – non si può non tenere conto della condizione di “incertezza” preventiva nella quale i garanti si trovavano (*ex ante*) a compiere le suddette scelte. Non si può ciò non considerare che, in assenza di “previsione” certa e specifica, diventa difficile anche organizzare, e quindi pretendere, la prevenzione (la smobilitazione di soggetti e mezzi pronti a gestire un’emergenza che è poco probabile, o peggio, semplicemente non escludibile, che ci sarà).

In breve, non si può parlare di una “negligenza” nella “prevenzione” quando la stessa trovi ragione nella limitatezza, comune ad ogni essere umano, di fronte ad un evento tanto complesso e imprevedibile come era quello di specie. Si potrebbe notare, certo, che il diritto non pretende così tanto a chi ha certe responsabilità, non esige da parte loro la capacità di profetizzare eventi negativi talmente eccezionali, ma solo di contenerne le conseguenze nel caso in cui si verificano; tuttavia, la separazione tra previsione e gestione del rischio è possibile solo a patto di mantenere una idea di uomo “astratta”, poiché, come si diceva, quando la stima di un accadimento (in quanto tale o quanto a gravità massima/estremamente elevata dello stesso) è associata a una

⁴¹⁵ Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, cit., § 9.1., dove, condividendole, si riportano testualmente le parole della sentenza impugnata (cfr. Corte di Appello di Genova, 23 marzo 2018, p. 124, cors. nostro).

prevedibilità bassa di verifica, anche la prevenzione sarà «inevitabilmente sottostimata»⁴¹⁶.

Sullo sfondo, quindi, si annida nuovamente un problema di prevedibilità: la domanda, che si sono posti anche i giudici, è se, considerata la situazione come si poneva *ex ante*, fosse prevedibile che le attese precipitazioni assumessero una portata e un carattere analoghi a quelli poi verificatosi. Se quindi, in presenza di una allerta 2 (peraltro frequente) e alla luce delle informazioni disponibili al momento dell'azione, fosse prevedibile la realizzazione di un evento calamitoso della gravità e intensità di quello verificatosi; un evento tale, quindi, da provocare la conseguente esondazione del Rio e i relativi effetti disastrosi.

Un conto, infatti, è la prevedibilità dell'evento, altra cosa è la (mera) possibilità di formulare “scenari di rischio” (alternativi)⁴¹⁷. Di fatti, come già si diceva, il riconoscimento della gravità dell'evento può risultare difficile, specialmente durante la manifestazione di una calamità non ancora proclamata nella sua intensità e concreta pericolosità (emblematico è proprio il progressivo svolgersi un evento che potrebbe, *ex post*, esser qualificato come alluvione/esondazione). In questi casi, il decisore dispone di modelli predittivi – schemi matematici risultanti da calcoli statistici complessi – che possono avere valori anche molto incerti, da completare con altri dati, variabili e concreti, relativi alla frazione di territorio interessata⁴¹⁸; si tratta di valutazioni complesse, soprattutto per soggetti privi di cognizioni tecniche, soprattutto in mancanza di risposte scientifiche univoche.

Nel caso di specie, “il carattere eccezionale dell'evento” era stato riconosciuto dallo stesso perito nominato dal P.M. in base al calcolo dell'elevata quantità di pioggia caduta in poche ore⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Cfr. le interessanti riflessioni di COLETTI V., *Genova 2011: analisi di un processo*, Genova, De Ferrari, 2020, spec. p. 55 s.

⁴¹⁷ Sul punto, da ultimo, v. le condivisibili riflessioni di VALBONESI C., *Scienza e rischio*, cit., p. 83 ss., in partic. p. 85. Sulla difficoltà di prendere decisioni in frangenti di incertezza, *ex multis*, DI BUCCI D.-DOLCE M., *La scienza nel processo decisione di protezione civile per la gestione dei rischi*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, cit., p. 204 ss. e p. 209 ss.

⁴¹⁸ Cfr. MINECCIA M., *Intervento*, cit., p. 47 ss. spec. p. 51 s. dove nota che piogge anche forti possono avere un impatto profondamente diversa a seconda del terreno o del corso d'acqua su cui si infrangono e che, inevitabilmente, questa delicata integrazione della previsione più generale con dati specifici implichi anche «delicate valutazioni in ordine sia alle decisioni che alle responsabilità».

⁴¹⁹ Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, cit., dove si riportano le parole della sentenza impugnata (cfr. Corte di Appello di Genova, 23 marzo 2018, p. 105).

Tuttavia, i giudici di merito avevano ritenuto che il concetto di eccezionalità potesse costituire un “sintomo” eventualmente da approfondire, onde stabilire se un evento temporalesco della portata di quello accaduto, fosse o meno prevedibile. Il ricorso al criterio dell’agente modello elaborato dalla giurisprudenza sui fatti di Sarno aveva fatto il resto: con le parole della sentenza impugnata, si tratta colui che è «in grado di svolgere *al meglio* (...) il compito assunto», da cui pertanto dipende necessità di affrontare tutte le *possibili* conseguenze dannose che siano *ipotizzabili*, non solo in base all’esperienza del passato, ma considerando altresì il possibile evolversi del fenomeno, quindi l’ipotesi più distruttiva che si possa verificare⁴²⁰.

Ai fini di una esclusione della responsabilità, era dunque irrilevante il tema dei calcoli statistici sul c.d. “tempo di ritorno” dell’evento, ovverosia il fatto che il Rio non fosse mai esondato nei decenni precedenti e che quel tipo di temporale avesse ciclicità secolari⁴²¹.

Breve: la probabilità che si verificasse un evento calamitoso di quella portata e di quella intensità era bassissima; (quantomeno) dubitabile, allora, che una “ipotesi” così remota e “straordinaria” fosse sufficiente a rendere attuale il dovere di diligenza, ossia a rendere doveroso il preventivo allestimento di tutte le misure di prevenzione poc’anzi rievocate. Senza neanche considerare se fosse umanamente possibile porle in essere nelle poche ore a disposizione e se, quand’anche effettivamente attuate, avrebbero (ogni oltre ragionevole dubbio) sortito un effetto salvifico⁴²².

L’ulteriore “passo avanti” compiuto dalla Suprema Corte cui si accennava in apertura, riguarda proprio questo snodo, ed è rappresentato dal tentativo di specificazione del criterio della prevedibilità secondo l’agente modello frutto della propria precedente elaborazione. Benché riconfermato nella sostanza, a detta dei giudici il *dictum* andrebbe tuttavia circoscritto nella sua portata, ovverosia «ricondotto a canoni di *ragionevole* prevedibilità e probabilità *ex ante*»⁴²³. Nonostante l’incapacità

⁴²⁰ *Ibidem* (cfr. Corte di Appello di Genova, 23 marzo 2018, p. 104, cors. nostro).

⁴²¹ I giudici di merito le definirono «mere ipotesi matematiche», come tali non «idonee ad escludere la colpa di chi ingiustificatamente non prende in considerazione la concreta possibilità che l’evento dannoso si verifichi in conseguenza della sua certa fonte (il temporale)» (cfr. Corte di Appello di Genova, 23 marzo 2018, p. 105).

⁴²² Lo mette in dubbio COLETTI V., *Genova 2011*, cit., p. 53 ss.

⁴²³ Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, cit., §. 7.1 e in partic. § 7.3 (cors. nostro).

della soluzione prospettata di raggiungere l'obiettivo perseguito, il tentativo resta senza dubbio apprezzabile, anche (solo) perché denota l'acquisita consapevolezza, da parte della Corte, dell'improponibilità di un principio del tenore di quello elaborato sui fatti di Sarno (i cui esiti entrano chiaramente in attrito con il principio della responsabilità penale *personale*).

Come si diceva, però, si tratta di un passo ancora troppo timido, che continua a rimettere al giudice, caso per caso, l'apprezzamento di ciò che è "ragionevole" prevedere in un certo frangente, senza fornire alcun parametro "oggettivo" dell'anzidetta "ragionevolezza", ma ricorrendo nuovamente al prototipo dell'agente ideale⁴²⁴. Gli stessi esempi adottati dalla Corte per concretizzare le proprie affermazioni, tutti tarati su un criterio "quantitativo", paiono poco convincenti: sarebbe ragionevole la prevedibilità che la frequente esondazione di un torrente possa coinvolgere aree più ampie di quelle che ha interessato in passato; irragionevole, invece, che finisca per investire l'intera città. Ragionevole ipotizzare che un fenomeno che, in passato, ha provocato solo lievi cedimenti della strada possa, in futuro, cagionare anche una frana più ampia; irragionevole profetizzare che venga giù l'intera montagna⁴²⁵.

Non stupisce, allora, che nel caso di specie il medesimo criterio sia stato nuovamente impiegato in chiave colpevolista, in sostanza distaccandosi dall'ancoraggio alle conoscenze effettivamente disponibili *ex ante*. Nell'ottica dell'agente modello – che non «si adagia sulle esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere» la possibile maggior gravità dei fenomeni, ma è capace di ipotizzare «entro limiti ragionevoli» anche le conseguenze più gravi degli stessi – era ragionevolmente prevedibile e probabile che l'esondazione del Rio Fereggiano (un rivoletto, in circostanze normali) si verificasse e producesse le conseguenze che aveva prodotto⁴²⁶. Lo comprovava il fatto che le precipitazioni piovose (ma di quale intensità?) fossero state «chiaramente previste,

⁴²⁴ È la stessa Corte a riconoscerlo, laddove afferma che, evidentemente, «tale valutazione andrà fatta caso per caso» (cfr. Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, cit., § 7.3).

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ *Ibidem*. In dottrina, particolarmente critico COLETTI V., *Genova 2011*, cit., p. 55 che lo definisce «un evento straordinario, rarissimo, nuovissimo». Sul punto v. anche la riflessione di MINECCIA M., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 52 s.

ancorché non specificamente localizzate». Il fatto che il garante, nella specie il Sindaco, fosse personalmente privo di cognizioni e competenze tecniche non cambiava il risultato.

In un simile panorama, appaiono degne di nota le diverse conclusioni rassegnate dalla Suprema Corte nella recente pronuncia sull'alluvione di Messina dell'ottobre 2009; un processo che vedeva i Sindaci del Comune di Messina e del limitrofo Comune di Scaletta Zanclea imputati per omicidio colposo plurimo, verificatosi a causa di un intenso nubifragio che aveva causato frane e colate detritiche e, per il loro tramite, la devastazione di centri abitati e la morte di numerose persone⁴²⁷.

In questo caso, la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza assolutoria di appello (di riforma alla condanna emessa in primo grado) che – nonostante la verifica negli anni precedenti di fenomeni con caratteristiche simili – aveva escluso la prevedibilità in concreto dell'evento, in ragione, tra l'altro, della genericità e dell'intempestività degli avvisi emessi dalla protezione civile sul rischio idrogeologico e sulle condizioni metereologiche⁴²⁸. Una allerta di siffatta natura rendeva concretamente inesigibile, in un lasso temporale contenuto in poche ore, qualsivoglia contromisura atta a prevenire un evento di portata simile.

La pronuncia assume particolare interesse perché si basa sul sistema di allerta che era in vigore al momento della condotta e non chiede al Sindaco (in presenza di avvisi generici e non tempestivi) di fare egli stesso una previsione *in pejus*. Ciò non significa – come riconosciuto anche dalla Corte – che la circostanza per cui, già nel 2007, si fosse verificato un accadimento analogo in quelle zone non fosse suscettibile di assumere alcun rilievo; questo poteva indubbiamente funzionare da “campanello d'allarme” per simili eventi futuri.

Peraltro, tanto in primo grado che in appello, i giudici avevano convenuto che, alla luce dei fatti pregressi, gli imputati si fossero rappresentati accadimenti equiparabili a quelli di due anni prima (che non causarono vittime unicamente per un caso fortuito), ma anche peggiori in termini di distruttività, cioè tali da poter provocare

⁴²⁷ Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2019, n. 16029, in *Cass. pen.*, fasc. 1, p. 174, reperibile anche in *De Jure*.

⁴²⁸ Con sentenza del 27 aprile 2016, il Tribunale di Messina gli aveva infatti dichiarati responsabili sul presupposto che avrebbero potuto prevedere (e quindi prevenire) l'evento dannoso, in quanto nell'ottobre di due anni prima si era verificato un evento simile.

anche la perdita di vite umane. Data l'instabilità dei crinali delle montagne sovrastanti, era evidente che potessero attivarsi frane capaci di colpire le zone sottostanti. Conseguentemente, le autorità locali dovevano essere pronte a intervenire allorché il paventato rischio si fosse *concretamente palesato*. Ed è proprio questa la circostanza che, a detta dei giudici di legittimità, era venuta a mancare: alla luce delle emergenze fattuali, proprie del caso di specie, detta prevedibilità, "in concreto" era da escludersi.

Quest'ultima, infatti, non poteva desumersi da avvisi della P.c. che non solo erano generici, ma non avevano contenuto né allarmistico né preoccupante, tale da escludere *obiettivamente* ogni situazione di rischio; avvisi di un simile tenore non lasciavano certo prevedere la velocità con la quale le piogge si erano poi intensificate. A spingere verso l'esclusione di ogni responsabilità si aggiungeva, infine, anche l'inesistenza di qualsiasi prescrizione di attività operative di p.c.

Dalla pronuncia è conseguito il principio di diritto per cui, nel caso di calamità naturali, a fondare il necessario giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso non basta l'affermazione che in passato si siano verificati eventi simili, perché la valutazione in parola va svolta *ex ante* e in concreto. Ciò considerato, in difetto di una concreta informazione sulla prevedibilità dell'evento, non era possibile affermare che i Sindaci avessero trascurato un rischio noto (dunque prevedibile alla luce di fenomeni pregressi). Questa carenza, inoltre, privava di rilievo anche il tema dell'evitabilità e della possibilità di gestire l'emergenza attraverso condotte relative alla loro posizione di garanzia verso la cittadinanza. Assente la previsione viene meno anche l'operatività concreta del "dovere di diligenza" (se si preferisce, il dovere di adottare le misure cautelari astrattamente capaci di contenere il rischio).

La sentenza suscita, infine, un'ultima riflessione. Gli avvisi su cui si regge il sistema di allertamento indiziano, su una scala di intensità crescente, la possibile evoluzione in peggior di una certa situazione di rischio; e quindi fungono, in pratica, da campanello di allarme rispetto ad altri soggetti⁴²⁹: membri, anch'essi, del sistema di P.c., con funzioni preventive e di gestione dell'emergenza (si pensi appunto al Sindaco), ma anche comuni cittadini, chiamati a tenere opportune condotte di "auto-gestione" del rischio (ad. es. evitare di riversarsi nelle strade che costeggiano un fiume

⁴²⁹ Per approfondimenti sul tema v., da ultimo, GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 12 s., nonché ID., *Repliche*, cit., p. 143 s.

la cui esondazione appare imminente). Si comprende, allora, che a mancare nel caso di specie era proprio “il contesto indiziante”, cioè a dire le “circostanze fattuali che rendessero prevedibile all’agente il deteriorarsi della situazione”. L’avviso generico e non allarmante emanato dagli esperti competenti – la Suprema Corte sembra riconoscerlo “tra le righe” – costituirebbe piuttosto un segno del contrario; un indizio, quindi, tale da orientare le Autorità competenti a non disporre misure emergenziali e costose come l’evacuazione. Quasi a dire – esasperando il discorso – che in mancanza di una situazione di allarme percepibile, l’adozione di misure cautelative rappresenterebbe, essa stessa, una condotta “negligente”, in quanto inutile e dispendiosa.

8.3. L’atteggiarsi dell’obbligo diagnostico-valutativo in campo sanitario

Per quanto riguarda il settore medico, il “dovere di valutazione del rischio” – associato alla posizione di garanzia ricoperta dagli appartenenti a questa categoria professionale – si traduce nell’obbligo di svolgere una corretta e, quanto più possibile tempestiva, diagnosi della malattia: è evidente, infatti, che *prima di e per* curare, al medico sia richiesto l’esercizio di un’attività volta a valutare, o meglio a identificare, l’esistenza di una effettiva patologia⁴³⁰.

Fatte salve le ipotesi (poco frequenti) in cui l’inserimento di un quadro sintomatologico in una piuttosto che in un’altra categoria nosografica, non abbia conseguenze rilevanti a livello terapeutico – come accade, ad esempio, in relazione ad alcuni interventi farmacologici in psichiatria, potenzialmente efficaci a prescindere dalla diagnosi effettuata – di regola, la diagnosi clinica (beninteso quella “corretta”) costituisce un «passaggio obbligato» per decidere quale sia il trattamento più adeguato nel caso concreto⁴³¹.

Da che, all’errore diagnostico – categoria comprensiva di ipotesi disparate, che vanno dagli errori o ritardi nell’accertamento della malattia, alla manca esecuzione di

⁴³⁰ In argomento v. MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., spec. § 5.2 (p. 41 ss.) e § 6.3 (p. 55 ss.)

⁴³¹ Così PIRAS P., *La diagnosi differenziale in medicina: principi giurisprudenziali*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 gennaio 2012.

indagini prescritte, quindi fondamentalmente alla omessa diagnosi “differenziale”, ossia al mancato approfondimento diagnostico di una sintomatologia polivalente, preclusivo rispetto al raggiungimento di una diagnosi corretta, all’adozione di *test* non aggiornati ecc. – generalmente segue “a cascata” anche quello terapeutico.

Ciò premesso, occorre valutare, anche in questo caso, in che termini il medico possa essere chiamato a rispondere penalmente per l’evento (tipicamente la morte o le lesioni) occorso a causa di una omessa o scorretta diagnosi da parte sua (ovvero, in violazione dell’obbligo di “valutazione” del rischio: di riconoscimento, approfondimento, studio, monitoraggio e definizione dello stesso).

Sono sempre più frequenti, infatti, i casi in cui la “colpa” ascritta ai professionisti del settore viene scorta nell’aver mancato di porre “in diagnosi differenziale” la malattia che costituiva l’effettiva causa del quadro clinico sottoposto al loro giudizio. Tanto che l’indagine diagnostica (intesa come l’individuazione di una patologia) sia radicalmente mancata – mentre vi è stata unicamente una “pseudo-diagnosi”: la mera rilevazione di un sintomo o la “restituzione” al paziente del sintomo da questi riferito – tanto che sia stata posta in maniera errata o incompleta (ad es. senza supporre, e quindi indagare, altre ipotesi di malattia alternative, pur in presenza di una sintomatologia idonea a compiere detta “diagnosi differenziale”), il cuore del rimprovero sta nel fatto che la diagnosi “esatta” sia, invece, sfuggita⁴³². La qual cosa non stupisce affatto, considerato che tra i diversi errori in sanità, la tipologia più frequente ha appunto natura “diagnostica”.

Ciò detto e tornando al quesito iniziale, si tratta anche qui di domandarsi: se al ruolo del medico sia associato un dovere “istituzionale” di “valutazione del rischio” (inteso in senso ampio, come dovere di studio, analisi, se del caso approfondimento e definizione dello stesso); se esistano, e quale natura abbiano, regole deputate a regolarne lo svolgimento, indicative della condotta “diligente”; infine, in che termini dette regole – che si è già dimostrato essere, tuttalpiù, pre-cautelari – possano concorrere all’individuazione della regole propriamente cautelari da osservare (qui, evidentemente, si tratterà della definizione della terapia più idonea a curare la patologia diagnosticata).

⁴³² *Ibidem*.

Procedendo con ordine. È certo che in virtù della propria posizione di garanzia il medico sia gravato da un dovere di “valutazione del rischio” ampio e variegato, che lo chiama a riconoscere i sintomi “manifesti” di una malattia (già percepibili attraverso l’esame diretto del paziente o informazioni/dati da lui riferiti) ma, eventualmente, anche a saggiare l’esistenza di rischi, ancora non espliciti, ma ipotizzabili alla luce del quadro morboso esistente; oppure, a indagare più approfonditamente i campanelli di allarme “a-specifici”, ambivalenti, ossia suscettibili di indiziare una pluralità di malattie, nessuna delle quali sia, inizialmente, escludibile con certezza. In questi ultimi casi, dunque, l’individuazione della malattia, pur non essendo possibile in via immediata, non esime il medico dal porre in essere accertamenti aggiuntivi, ovvero sia dall’intraprendere un *iter* valutativo più o meno complesso a seconda dei casi.

Infatti, in termini necessariamente schematici, è necessario anzitutto considerare che: a parte i rari casi di diagnosi semplici, dirette, raggiungibili essenzialmente attraverso l’ispezione del paziente – quelli, cioè, in cui medico si imbatte in rilievi clinici di apprezzamento immediato, c.d. patognomici, ossia caratteristici di una specifica malattia (si pensi, ad es., ad alcune malattie cutanee, come la varicella, il morbillo o l’herpes zoster, che si manifestano attraverso eruzioni tipiche, o al c.d. eczema umido, ma lo stesso può dirsi di una gamba rotta o di malattie molto comuni, tendenti all’autorisoluzione, come l’influenza) – di regola, egli non riesce a formulare direttamente la diagnosi su pochi sintomi soggettivi o obiettivi, ma si trova costretto a ricorrere a indagini supplementari.

Nella maggior parte dei casi, infatti, «non esiste per la diagnosi clinica un criterio di verità capace di distinguere con assoluta certezza una conclusione diagnostica vera da una falsa», mentre si deve procedere a tentoni, per tentativi, formulando ipotesi da sottoporre a corroborazione o falsificazione. Per farlo, occorre dunque svolgere analisi complesse di elementi di vario ordine, che vengono cercati, elaborati e concatenati in diversi momenti⁴³³.

Schematizzando all’estremo il procedimento *standard* (c.d. tradizionale) – adoperato specialmente nei casi più complessi, ma al quale possono ricondursi gli altri

⁴³³ Cfr. SCANDELLARI C., voce *Diagnosi. Metodologia della diagnosi*, in *Universo del Corpo – Treccani*, 1999, reperibile su www.treccani.it, spec. § 1 (*Fasi del procedimento diagnostico*), al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti sulla metodologia della diagnosi clinica e sulle caratteristiche del relativo procedimento.

percorsi ragionativi di cui il medico si avvale nelle più disparate occasioni – questo è composto da: il momento della raccolta di informazioni e dei rilievi preliminari, cui segue, e in parte si sovrappone, la fase della formulazione delle ipotesi esplicative preliminari; in stretta sequenza, il momento della ricerca dei rilievi e delle informazioni probative, attraverso la prescrizione di esami di laboratorio/accertamenti strumentali; infine, la fase della valutazione comparativa dell'affidabilità delle diverse ipotesi, anche detta “valutazione delle probabilità post-test delle ipotesi”, complicata dalla presenza di c.d. falsi positivi o negativi, per giungere, quando possibile, alla formulazione della diagnosi finale. Quest'ultima, pur essendo l'obiettivo ultimo della procedura accertativa, non va tuttavia considerata “definitiva per principio”; la “regola” è piuttosto quella opposta, della suscettibilità della diagnosi di essere sempre smentita da successive osservazioni – specialmente quelle relative al decorso della patologia o all'efficacia della terapia prescelta – che si pongano in contraddizione con la prima “congettura” effettuata⁴³⁴.

Questa, pur stringata, descrizione basta a manifestare la natura tipicamente “congetturale” e discrezionale dell'arte diagnostica che «lungi dall'essere una scienza esatta, basata su principi matematici o comunque univocamente interpretabili, presuppone, una buona dose di intuito»⁴³⁵.

La linearità dell'azione clinica, infatti, è solo apparente; molti, invece, sono gli interrogativi aperti, le ponderazioni e i bilanciamenti da svolgere. Alcuni tra i tanti: quando può ritenersi “completa” la raccolta delle notizie preliminari? Quanti e quali sintomi servono per rendere necessario un certo esame, al netto dei suoi costi e dei suoi possibili effetti collaterali? Secondo quali principi deve essere condotto il procedimento di controllo delle ipotesi? Quale criterio si deve favorire nella scelta della diagnosi finale (la probabilità, la semplicità o la frequenza)?

Quanto appena concluso non deve però far pensare – ecco la risposta al secondo quesito – che nell'intraprendere questa valutazione il medico si trovi ad agire in completa solitudine, privo di validi strumenti decisionali di supporto.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ In dottrina v. CAPUTO M., *Colpa penale del medico*, cit., p. 97 e, già prima, GIUNTA F., voce *Medico (responsabilità penale del)*, cit., p. 880 e p. 883. L'espressione testuale è della giurisprudenza: v. Trib. Rovereto, 17 ottobre 2000, Ferranti, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 639 ss., spec. p. 644.

Sono sempre più numerosi, infatti, i protocolli di comportamento e le linee guida imposte dalla scienza medica che non si limitano a indicare le modalità operativo-terapeutiche da seguire, ma dedicano uno spazio apposito anche alla categorizzazione dei presupposti clinici dell'attività di cura, fino a contenere dei veri e propri sistemi "a punteggio", standardizzati e scientificamente validati. In altre parole, delle vere e proprie "tabelle" di valutazione anamnestica – guide essenziali per il sanitario – che tassonomizzano i sintomi salienti delle varie patologie considerate, per poi raccomandare, a seconda degli "indizi" presenti (dalla consistenza, dal numero degli stessi ecc.), gli esami o gli ulteriori approfondimenti da compiere; allo stesso tempo, vi si trovano esplicitati anche il livello di prova, la forza di raccomandazione e il livello di accordo tra gli esperti⁴³⁶.

Da quanto detto dovrebbe discendere: innanzitutto, che stante la natura congetturale, opinabile, dell'arte in parola, la valutazione della colpa del sanitario in caso di errore diagnostico «non può prescindere dal grado di difficoltà tecnico-scientifica in relazione al quale l'errore si verifica e dai conseguenti margini di opinabilità che il caso presenta»; e, di conseguenza, che «solo la mancata percezione di un quadro clinico la cui gravità sia agevolmente riconosciuta può esser attribuita a colpevole imperizia». In pratica, non solo dovrebbe escludersi il fatto di reato qualora non sussista il c.d. presupposto operativo della regola cautelare (ossia, il campanello di allarme di un certo rischio patologico, che fonda la doverosità della regola modale da seguire), ma dovrebbe altresì escludersene la rimproverabilità qualora la sintomatologia offerta sia completamente oscura, confusa e ingannevole⁴³⁷.

In secondo luogo e correlativamente, dalla presenza delle anzidette *leges artis* di natura procedimentale e, generalmente, protocollare (regole, appunto, di natura pre-modale), dovrebbe discendere l'impossibilità di addossare sul medico l'intero peso e l'intera responsabilità delle "congetture". In altre parole, gli errori diagnostici non

⁴³⁶ Tra le tante, si possono indicare le Linee Guida della Regione Toscana dedicate alla Reumatologia (SNLG-Regioni – Reumatologia, 2014 con primo aggiornamento nel 2018), consultabile sul sito della Regione Toscana all'indirizzo: www.regione.toscana.it/consiglio-sanitario-regionale/linee-guida; o, ancora, Le Linee Guida realizzate dalla SISAV sulle Anomalie vascolari (Linee Guida – SISAV 2020), consultabili sul sito: www.sisav.eu. Per ulteriori riferimenti v. MICHELETTI D., *La colpa penale del medico*, cit., p. 41 ss. (spec. nota n. 124).

⁴³⁷ Cfr. MICHELETTI D., *La colpa penale del medico*, cit., p. 42, cui si rimanda anche per la corposa analisi giurisprudenziale svolta.

sono, sempre e comunque, ascrivibili alla colpa dell'operatore ma solo «allorquando egli non si sia attenuto ai protocolli di comportamento imposti dalla scienza medica per casi simili»: come si diceva, infatti, sono queste regole a indirizzare in maniera corretta e “graduale” la ricerca dei fattori di pericolo occulti, non manifesti o non ancora tali, ma comunque ipotizzabili nel loro essere connessi, in termini statistico-probabilistici, con una sintomatologia già visibile; congetture sì, ma «empiricamente fondate su evidenze»⁴³⁸.

All'opposto, in presenza di un comportamento “corretto” in base a *leges artis* procedurali, note e condivise, l'errore dovuto al mero «difetto di intuito» non dovrebbe essere penalmente imputabile al sanitario. Affermare il contrario significherebbe rimproverare al medico un «difetto di capacità», piuttosto che una mancata diligenza/perizia⁴³⁹.

Riassumendo quanto fin qui considerato: il c.d. obbligo di approfondimento diagnostico e “cognitivo” della malattia, costituisce indubbiamente una parte del dovere di azione normativamente preteso dal medico ai fini della (successiva) “evitabilità” del rischio patologico e trova la sua la sua regolamentazione (ovverosia l'indicazione dei criteri da seguire per adempiervi in modo “diligente”, “corretto”) nei relativi protocolli di disciplina appunto detti “diagnostico-terapeutici”. Solo il discostamento dalle procedure precise e predeterminate da essi indicate è dunque suscettibile di integrare una “colpa” del medico sul versante del fatto tipico ed è tale, quindi, da fondare il rimprovero penale.

A ciò, si è aggiunta l'ulteriore precisazione per cui l'obbligo di approfondimento in questione – consistente nello svolgimento in sequenza di certe condotte pre-modali finalizzate a raggiungere una diagnosi “definitiva”, su cui impostare le decisioni inerenti al trattamento del paziente – si attualizza concretamente in capo al singolo medico solamente in presenza di certe condizioni: ovvero, di una

⁴³⁸ Così GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 7, nonché, testualmente, ID., *Culpa, culpa*, cit., p. 16 s.

⁴³⁹ Così Trib. Rovereto, 17 ottobre 2000, Ferranti, cit., p. 644 s., per cui un difetto di capacità potrebbe assumere rilevanza «solo nei casi in cui assurge al quel difetto minimo di perizia richiesto per lo svolgimento di determinate attività, che tuttavia deve sempre essere individuabile alla stregua di regole precise e predeterminate, non condizionate dal successivo evolversi dai fatti».

«base empirica giustificativa» che, alla luce dei relativi protocolli, legittimi e richieda l'attivazione di indagini supplementari (solo questo punto “doverose”).

Devono cioè sussistere (*ex ante*) una serie di sintomi, percepibili dal medico, che in base alle conoscenze condensate nei protocolli consentano di prefigurare scenari patologici ulteriori o alternativi, e rendano dunque doveroso investigare oltre⁴⁴⁰; oppure, una “base” sintomatica talmente complessa da non consentire l'immediato raggiungimento di una diagnosi di sufficientemente affidabile.

In breve, anche se equivoca e incerta, questa sintomatologia “iniziale” deve essere oggettivamente presente, pena la trasformazione dell'“obbligo di indagine” in una richiesta di approfondimento «ansiogena» e senza fine⁴⁴¹.

Per concretizzare il discorso: si pensi al caso in cui il paziente riporti al medico i risultati di analisi del sangue che presentano valori alterati; può accadere che il medico non riesca a stabilire immediatamente, con sufficiente certezza, quale possa esserne la causa, ovvero ad approdare a una diagnosi che gli consenta di prescrivere una certa terapia, dovendo a tal fine prescrivere esami ulteriori per avvalorare/confutare la presenza di una delle possibili malattie ipotizzate (a seconda del procedimento prescelto potrà procedersi “per corroborazione” dell'ipotesi giudicata più probabile, quindi ricercando dati atti a supportarla, o per “esclusione”, andando a scartare gradualmente le diverse patologie associabili a quei sintomi).

A volte, poi, è solo l'ulteriore decorso del morbo – o, eccezionalmente, solo l'esame autopsico, quando è ormai troppo tardi – a rendere assai facile/possibile una diagnosi che non poteva essere formulata con sicurezza nei primi giorni⁴⁴².

Ciò avviene molto spesso, ad esempio, per le infezioni acute febbrili (ad es. l'ileotifo): l'insorgenza iniziale di una semplice febbre, infatti, è un sintomo generico, che nel momento in cui compare da solo verrà di regola associato all'influenza, senza che scatti un dovere di approfondimento ulteriore. Ma, semplificando al massimo, lo stesso vale per un semplice mal di pancia che, da solo, non basta a legittimare la prospettazione di un tumore allo stomaco e quindi lo svolgimento di esami supplementari strumentali ad appurare detta congettura, dovendosi prima escludere

⁴⁴⁰ Approfonditamente SCANDELLARI C., voce *Diagnosi. Metodologia della diagnosi*, cit.

⁴⁴¹ Così GIUNTA F., *Culpa, culpa*, cit., p. 17.

⁴⁴² SCANDELLARI C., voce *Diagnosi. Metodologia della diagnosi*, cit.

(spesso tramite la semplice richiesta di ulteriori informazioni al paziente) malattie più comunemente associabili al predetto sintomo (un virus intestinale o una indigestione, un mal di stomaco stress-correlato o, quando particolarmente acuto e specificamente localizzato, una appendicite).

Secondo un principio di gradualità, sarà solo l'insorgenza di sintomi ulteriori, ovvero il formarsi di un quadro equivoco o polivalente (oppure l'evidente l'inefficacia della terapia anti-influenzale prescritta in base alla prospettazione iniziale) a rendere operativo il dovere di prospettazione e approfondimento di ipotesi diagnostiche ulteriori; l'ordine da seguire è, beninteso, quello suggerito dai protocolli, che mettono in bilanciamento, da un lato, il costo delle indagini supplementari, la loro invasività (ovvero gli effetti potenzialmente negativi sul paziente) e la loro efficacia; dall'altro lato, i loro benefici, la probabilità e la potenzialità offensiva e dell'ipotesi da scandagliare⁴⁴³.

Anche la doverosità della c.d. diagnosi differenziale è dunque retta dai medesimi principi: intanto, al pari degli altri, si tratta di un dovere che muove da una certa situazione fattuale, ovvero da un'incertezza diagnostica (non «purchessia», bensì) qualificata in termini di bi- o polivalenza. Il quadro morboso sussistente *ex ante* deve essere tale da preannunciare varie patologie, non solo quella diagnosticata dal medico e rivelatasi erronea, ma anche quella esatta e trascurata dallo stesso.

Inoltre, finché non diventa oggettivamente riconoscibile il rischio di una malattia più specifica (perché, ad esempio, ai sintomi aspecifici iniziali se ne combinano altri, più tipici), il medico è certamente tenuto ad approfondire l'accertamento delle diverse ipotesi pregiudizievole associabili al quadro offerto dal paziente, ma la mancata prospettazione dell'ipotesi patologica poi rivelatasi "corretta", ovvero l'omesso approfondimento diagnostico atto a prospettarla, potranno essergli imputati solo allorché imposti dai protocolli; la maggior parte di questi, infatti, trattano l'argomento delle eventuali interferenze patologiche, spesso precisando anche i casi in

⁴⁴³ Sull'esistenza di un principio di «gradualità e progressione delle tecniche di accertamento», v. GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p.7 e, già prima, ID, voce *Medico (responsabilità penale del)*, cit., p. 881.

cui il medico debba, appunto, tenere parallelamente aperta l'indagine di due/più ipotesi di malattia⁴⁴⁴.

Per concretizzare il discorso: di fronte a un quadro morboso a “fisionomia indefinita”, connotato da estrema atipicità, non gli sarebbe ascrivibile l'omessa richiesta di esami che potevano essere richiesti unicamente sulla base di un «sospetto diagnostico» che i dati clinici a sua disposizione non sorreggevano a sufficienza o che, alla luce delle *leges artis* indicate in protocolli accreditati e generalmente applicati, non costituivano «esami urgenti», ma potevano richiedersi dopo un «congruo periodo di osservazione». L'omissione di queste attività investigative, che solo un medico dotato di «eccezionale intuito diagnostico» avrebbe (forse) potuto pensare di intraprendere, ma che non siano «imposte alla scienza medica», non basta a integrare una condotta colposa “tipica”⁴⁴⁵.

Peraltro, specialmente in relazione a questa variante situazionale dell'obbligo diagnostico, andrebbero tenute in debita considerazione le tante difficoltà che spesso ne assistono lo svolgimento. Sottile, infatti è la distinzione tra: un quadro sintomatologico polivalente, ma pur sempre presente e tale da far scattare l'obbligo di diagnosi differenziale; una c.d. *Anlaß* ancora assente sulla base della valutazione del momento e dei parametri scientifici all'epoca disponibili, tale per cui non operava alcun “dovere di approfondimento diagnostico ulteriore, di espletamento di esami aggiuntivi e/o di interruzione dell'opzione terapeutica intrapresa sulla base della malattia inizialmente prospettata; e, infine, una c.d. *Anlaß* presente ma talmente oscura, atipica e confusa da rendere «praticamente impossibile porre una diagnosi differenziale» rispetto alla patologia in atto e, quindi, da escludere la rimproverabilità per l'errata diagnosi (e quindi per la mancata adozione della regola cautelare, cioè della terapia potenzialmente salvifica, che ne sia conseguita)⁴⁴⁶.

I motivi di che possono complicare l'interpretazione del quadro sintomatologico, e quindi favorire un falso orientamento diagnostico, sono vari e innumerevoli: non solo l'atipicità della forma clinica o la scarsità di sintomi al

⁴⁴⁴ In dottrina, per tutti, MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 57 ss., spec. p. 59, che fa l'esempio delle Linee Guida SIOT per la diagnosi ed il trattamento dell'ernia del disco lombare con radicolopatia.

⁴⁴⁵ Trib. Rovereto, 17 ottobre 2000, Ferranti, cit.

⁴⁴⁶ Il virgolettato è tratto da Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. n. 251960

momento della valutazione⁴⁴⁷; ma anche le interferenze da parte di sintomi legati ad alterazioni funzionali pregresse o in atto, e tuttavia indipendenti dalla malattia in esame; la presenza di un quadro «sporco dall'assunzione di un farmaco» precedente alla visita; l'omessa comunicazione da parte del paziente di un sintomo invece fondamentale ecc. Ma, lo si è visto, anche in presenza di un quadro «pulito» e ricco di indizi, può non essere facile discriminare tra le diverse ipotesi diagnostiche: i sintomi si combinano ma, «più o meno sono sempre gli stessi»; le malattie, invece, «sono le più varie»⁴⁴⁸.

Quanto all'ultimo quesito posto, invece, non deve dimenticarsi che: sebbene l'approfondimento diagnostico eseguito dal medico sia suscettibile di assumere la valenza di “comportamento negligente” qualora sia stato condotto in violazione dei relativi protocolli, la sua natura (al pari della valutazione richiesta al datore di lavoro) è comunque pre-cautelare; ciò a dire, funzionale a individuare (purché esista) e ad eseguire la terapia – questa sì – potenzialmente idonea ad abbassare/eliminare il rischio. Infatti, sebbene all'approfondimento della diagnosi clinica potrebbe, teoricamente, non esserci mai fine (potendosi, ad esempio, andare alla ricerca di ulteriori particolari di una patologia già accertata), una tale ricerca trova – per l'appunto – il proprio limite ragionevole nel grado oltre il quale le informazioni aggiuntive non riuscirebbero a orientare il trattamento del paziente in una direzione piuttosto che in un'altra. Ciò a dimostrazione che, più o meno completa che sia, la diagnosi non si pone come obiettivo la ricerca del nuovo, di una conoscenza fine a sé stessa, «quanto il riconoscimento di modelli già noti» ovvero «di una conoscenza sufficiente a curare o a prendersi cura del paziente»⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ In giurisprudenza, ha data rilievo a questo aspetto Cass. IV, 9 luglio 2009, n. 35659, Rv. n. 245316, che ha annullato una doppia conforme di condanna nei confronti di un medico che aveva dimesso un giovane dal pronto soccorso (dopo poco deceduto) a causa di una errata diagnosi (di algie toraciche), proprio valorizzando il fatto che il quadro sintomatologico era equivoco, carente di tutti i sintomi più “tipici” della patologia effettivamente in atto (un aneurisma dissecante dell'aorta) – dolore intollerabile unito nausea, dispnea, pressione arteriosa elevata ecc. – e che la malattia in questione, oltre ad essere rara, si riscontra di regola in persone di età molto più avanzata della vittima (un ventiquattrenne in perfetta salute).

⁴⁴⁸ Così, testualmente, PIRAS P., *La diagnosi differenziale in medicina*, cit., che sottolinea, ad esempio, la difficoltà di distinguere la demenza vascolare da una demenza Alzheimer, anche perché le immagini diagnostiche non risultano sempre dirimenti; o quella di discernere una situazione di ansia generalizzata dalla presenza di attacchi di panico o dalla presenza di un infarto del miocardio.

⁴⁴⁹ Così, SCANDELLARI C., voce *Diagnosi. Metodologia della diagnosi*, cit., che riporta le affermazioni del celebre clinico A. Murri.

La regola modale, ovvero il percorso terapeutico che il mancato approfondimento diagnostico ha precluso di attuare dovrebbe, dunque, essere individuata ed esplicitata dall'interprete.

Da ciò, l'ulteriore corollario per cui: laddove risulti che, pur in presenza di una diagnosi corretta, non sarebbe stato comunque possibile applicare una terapia verosimilmente salvifica, atta, se non a neutralizzare con certezza, quantomeno a contenere il rischio (diligentemente) individuato, la rimproverabilità del medico andrebbe comunque esclusa. In altre parole, ai fini dell'imputabilità dell'evento, la "negligenza" della diagnosi deve aver dato "causa" all'omessa attuazione di una terapia potenzialmente efficace⁴⁵⁰.

Tutto quanto considerato consente, infine, di mettere in guardia da un pericolo – ormai noto – che può derivare dal ricorso alla c.d. teoria della prevedibilità, in particolare alla sua versione "moderna", affinata dal parametro dell'agente modello: ossia, quello della «assiomatizzazione deontologica» del dovere diagnostico, in particolare del c.d. obbligo di diagnosi differenziale⁴⁵¹.

Si tratta, in fondo, di una deriva legata all'appiattimento del giudizio di tipicità su una prognosi "postuma" predittiva, che spinge a trasformare la mancata diagnosi di una malattia concretamente imprevedibile *ex ante* – perché in alcun modo "indiziata", sulla base delle indicazioni contenute nei protocolli, dai sintomi oggettivamente presenti (e quindi "incolpevole") – in una colpa generica c.d. residuale, "aggiuntiva" rispetto a quanto richiesto dei relativi protocolli in relazione alla situazione di rischio riscontrabile al momento della valutazione.

⁴⁵⁰ Sul giudizio evitabilità c.d. in concreto del rischio attraverso il comportamento alternativo lecito, ai fini dell'imputazione colposa dell'evento, la letteratura è sterminata, tra le opere principali v.: FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., p. 670 ss., p. 690 ss., in particolare p. 710; DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 109 ss., in particolare p. 116; VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 3., p. 1224 ss. e, già prima approfonditamente, ID., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 20 ss., p. 40 ss., p. 101 ss., p. 223 ss. Sul punto v. anche GIZZI L., *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, nota a *Cass. pen. sez. IV*, 18 marzo 2004, Fatuzzo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1536 ss.; GROTTO M., *Principio di colpevolezza*, cit., p. 212 ss., p. 230 ss. nonché, con particolare riguardo all'ambito medico VIGANÒ F., *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss. e in *Responsabilità penale e rischio*, cit, p. 217 ss.

⁴⁵¹ Sul tema, per tutti, MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 55 ss. a cui si deve anche l'espressione virgolettata.

Una “negligenza”, questa, scorta sostanzialmente nell’aver omesso di porre in essere un comportamento ancor più scrupoloso rispetto a quello tenuto, ad esempio: nell’aver omesso di disporre esami diagnostici ulteriori (come una tac) rispetto a quelli effettuati (ad es. un ecodoppler o un elettrocardiogramma), sebbene questi ultimi avessero fatto propendere (erroneamente, in base a quanto scoperto *a posteriori*) per una certa malattia, mentre mancavano tutti i segnali della sintomatologia “tipica” della patologia realmente in atto (certo, un tac avrebbe permesso di evidenziarli, ma ciò non basta a renderla *ex ante* doverosa)⁴⁵². Oppure, oltre al mancato approfondimento di un’ulteriore ipotesi patologica attraverso accertamenti aggiuntivi, si può pensare all’omessa segnalazione ai parenti del paziente minore (o al paziente stesso) dei sintomi una ipotetica patologia diversa e alternativa rispetto a quella diagnosticata, in modo tale da consentire loro di prestare particolare attenzione all’(eventuale) insorgere dei predetti (sintomi), per poi comunicare al medico il mutamento della situazione⁴⁵³.

È chiaro, infatti, che se la malattia da porre (asseritamente) in diagnosi differenziale non era diagnosticabile al momento della visita (per assenza della sintomatologia tipica), il fatto che l’indicata condotta (indicazione dei sintomi su cui vigilare) avrebbe (ipoteticamente) consentito di fronteggiarla al meglio, non dovrebbe assumere alcun rilievo sul versante della tipicità colposa: peraltro, se la patologia alternativa non era prefigurabile *ex ante*, non si vede nemmeno su che base – se non congetturando segnali di allarme inesistenti – il medico avrebbe potuto pensare di comunicarne i sintomi al paziente (nel caso di specie ai suoi genitori).

Breve: il rischio è sempre quello di una dilatazione senza fine della diligenza richiesta, in questo caso di quella afferente alla “valutazione clinica”. L’obbligo di indagine diagnostica cessa di muovere da una situazione fattuale “indiziante” sua propria, ma prende invece le mosse dall’obbligo general-generico di previsione (*rectius*, di profetazione) – quindi anche da sintomi sorti successivamente o non

⁴⁵² Cfr. Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. n. 251960 che, in maniera condivisibile, ha confermato la sentenza di assoluzione impugnata senza dar seguito all’impostazione prospettata dalla parte civile (da cui trae origine l’esempio riportato). Più di recente hanno eluso il suddetto rischio, anche Cass. pen., sez. IV, 5 maggio 2018, n. 29083 [inedita], nonché Cass. pen., sez. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. n. 273536. Per approfondimenti su queste vicende e per ulteriori esempi v. MICHELETTI D., *La colpa penale del medico*, cit., p. 43 ss. e p. 55 ss.

⁴⁵³ Così, invece, Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2005, Rv. n. 233238.

comunicati – che riesce a rendere “doverosa” la prospettazione, in via puramente congetturale, di qualsivoglia patologia ulteriore.

Correlativamente, l’adempimento dell’obbligo in parola cessa di trovare guida e necessario riscontro nei protocolli e nelle *best practices*, ma viene “rafforzato” dando rilevanza a condotte ulteriori, sempre più diligenti e asseritamente salvifiche (*id est*: condotte accertative più minuziose sulla cui scorta programmare, contestualmente, un percorso terapeutico alternativo che sarebbe risultato efficace).

Peraltro, con particolare riguardo alla variante situazionale c.d. della diagnosi differenziale, l’indicata deformazione «deontologizzante» trova facile appiglio in una massima giurisprudenziale ormai piuttosto ricorrente.

Accanto al principio, equilibrato e ragionevole, per cui «versa in colpa il medico che, in *presenza* (n.d.r.: presenza “attuale”) *di sintomatologia idonea* a porre una diagnosi differenziale, rimanga arroccato su una diagnosi inesatta, benché posta in *forte dubbio* dalla sintomatologia, dall’anamnesi e dalle altre notizie comunque pervenutegli, omettendo così di porre in essere la dovuta terapia» se ne è, infatti, venuto ad affiancare un secondo, questo da maneggiare con massima prudenza e controllo, “leggendo attentamente il foglio illustrativo” (fornito dai protocolli)⁴⁵⁴.

«L’obbligo di diagnosi differenziale» – si legge – non scatta «solo rispetto a sintomi percepiti dal medico che presentino un’incipiente valenza», quindi «per le situazioni in cui la *necessità della diagnosi differenziale è già in atto*», ma anche «quando è *prospettabile che vi si debba ricorrere* nell’immediato futuro a seguito di una *prevedibile modificazione del quadro* o della significatività del perdurare del quadro già esistente»⁴⁵⁵.

Come già anticipato, è fuor di dubbio che – in aggiunta al caso in cui la contestuale soluzione diagnostico-terapeutica s’imponga al medico fin da subito, in ragione di un quadro clinico “polivalente” già in atto e sulla scorta delle indicazioni pre-modalità contenute nelle linee guida – questi sia tenuto a porre in diagnosi differenziale una patologia diversa da quella già prospettata, e dunque ad apprestare

⁴⁵⁴ Quanto al primo principio richiamato, ormai risalente, v. già Cass. IV, 8 novembre 1988, n. 11651, R.v. n. 179815 (cors. nostro). Più recentemente v. Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2011, n. 34729, con nota di PIRAS P., *La diagnosi differenziale in medicina*, cit.

⁴⁵⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2005, R.v. n. 233238, cit. (cors. nostro); Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 2011, n. 37043, con nota di PIRAS P., *La diagnosi differenziale in medicina*, cit.

un percorso curativo alternativo rispetto a quello già adottato in ragione della diagnosi iniziale (una diagnosi coerente rispetto al quadro sintomatologico sussistente nel primo momento) quando:

la sintomatologia resta la stessa, ma la terapia iniziale non sortisce alcuna efficacia (quando cioè la «significatività del perdurare del quadro già esistente» non sia compatibile con il percorso terapeutico apprestato);

la sintomatologia evolve in peggio/il decorso della stessa arricchisce il quadro di sintomi ulteriori o il medico viene a conoscenza di sintomi ulteriori (sintomi, quindi, *concretamente* prevedibili solo in un secondo momento), che rendono a questo punto (attualmente) prospettabile una patologia diversa.

In questo secondo caso, infatti, è del tutto ragionevole, qualificare come “colposa” la condotta del medico che, di fronte a nuovi “indizi” che preludono a una malattia alternativa (prima non “segnalata”), resti irrazionalmente «arroccato» sulla prima congettura svolta e ometta di approntare una diversa terapia.

Ben più “scivoloso”, invece, è il riferimento operato dal secondo principio alla «prospettabile» necessità della diagnosi differenziale nell’«immediato futuro», in ragione di un «prevedibile» (in astratto?) mutamento del quadro emergente al momento della condotta. Un po’ come a dire: è vero che i presupposti di doverosità della suddetta prospettazione “differenziale” non erano ancora presenti al momento della valutazione (mancava quella “polivalenza” del quadro sintomatologico, atta a preludere a diverse patologie), ma questa era comunque doverosa “fin da subito” perché un «prevedibile» mutamento della situazione in atto l’avrebbe, resa poco, dopo obbligatoria.

In pratica, l’operatività dell’obbligo sembrerebbe potersi radicare anche in un quadro sintomatologico ancora insussistente, ma che presumibilmente verrà. Partendo da una simile ricostruzione della c.d. *Anlaß*, la possibilità di distinguere tra un corteo sintomatologico effettivamente percepibile dal medico al momento del suo intervento, seppur equivoco, e sintomi sorti solo successivamente – che il medico non poteva riscontrare, mentre è agevole farlo al momento del giudizio, “con il senno di poi” – si assottiglia a tal punto da (quasi) scomparire⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Lo ha riconosciuto una recente sentenza di annullamento (Cass. pen., sez. IV, 5 maggio 2018, n. 29083, cit.) che ha evidenziato la necessità di ricostruire l’ambivalenza del quadro sintomatologico in

Diventa quindi facilmente argomentabile, in ogni circostanza, anche l'addebito di colpa generica residuale per omessa (maggior) osservazione/attenzione all'evoluzione del quadro clinico, attraverso la quale poter sciogliere i dubbi diagnostici e giungere quindi ad una diagnosi corretta; un addebito che "stranamente" ricorda quello per omessa "attenzione" e maggior prudenza invalso nel settore della circolazione stradale in relazione alle "prevedibili" negligenze altrui⁴⁵⁷.

Prima di concludere, non può non farsi cenno a un ultimo aspetto – una fenomenologia di ipotesi ancora poco approfondite in dottrina – che potrebbe assumere crescente importanza nel prossimo futuro. Il riferimento va all'anticipazione della indagine diagnostica in chiave di prevenzione: esistono infatti una serie di malattie, in particolare alcuni tumori (ad es. il cancro della cervice uterina, della mammella, del colon retto ecc.), che si sviluppano in maniera asintomatica, ma che è molto importante cercare di identificare prima che compaiono sintomi "espresi" (prima, cioè, che la malattia si manifesti " clinicamente"), perché, spesso, una diagnosi c.d. precoce rappresenta l'unica speranza di salvare la vita del paziente.

Per quanto qui interessa, si tratta di capire se, e in che termini, al medico possa essere addebitata una responsabilità penale colposa per l'evento (spesso la morte) – derivante dallo sviluppo di una malattia tumorale rimasta a lungo non diagnosticata ("latente") e non prevenuta in tempo – in ragione di una qualche condotta possa in essere "a valle", al momento del censimento preventivo dei possibili rischi di una malattia ancora inespressa. Per chiarire meglio il punto si rendono necessarie alcune precisazioni.

Anzitutto, la dottrina (a quanto risulta l'unica) che ha trattato questa fenomenologia di rischi, ha ritenuto – a ragione – di distinguere la casistica a cui s'intende far riferimento da una diversa costellazione di ipotesi: ad accomunarle è il fatto di guardare a fattori di rischio privi di una forma di manifestazione (c.d. «silenti»), ossia da un corteo sintomatologico, specifico, ma desumibili dal contesto più generale⁴⁵⁸.

maniera particolarmente scrupolosa, onde evitare di anticipare segnali d'allarme manifestatisi in realtà solo l'intervento del medico. Sulla stessa linea anche Cass. IV, 8 febbraio 2018, n. 21868, *inedita*.

⁴⁵⁷ Fa questo accostamento anche MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 55.

⁴⁵⁸ GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., spec. § 6, p. 7 ss., che li definisce appunto «rischi del tutto silenti».

Solo la prima categoria, l'unica eventualmente rilevante ai nostri fini, guarda a rischi coperti da leggi scientifiche, seppur di tipo statistico-frequentiste, la cui anticipazione diagnostica è orientata da «appositi protocolli di predittività»; questi organizzano l'attività di monitoraggio preventivo predisponendo appositi “test di *screening*”, da mettere a disposizione di alcuni gruppi di cittadini che rispondono a determinati criteri⁴⁵⁹.

Anche in presenza di una situazione di apparente “normalità”, infatti, le conoscenze oggi disponibili consentono di ipotizzare in via teorica l'esistenza di questi rischi in determinati soggetti (individuati sulla base di una serie di fattori, primo tra tutti l'età, ma anche la familiarità ecc.), e dunque giustificano lo svolgimento di esami gradualmente più approfonditi.

Tra i più noti possono ricordarsi⁴⁶⁰: i protocolli per la diagnosi precoce del tumore del colon retto che, nella quasi totalità dei casi, utilizzano il test di *screening* c.d. del sangue occulto nelle feci, che viene eseguito ogni 2 anni nelle persone tra i 50 e i 69 anni⁴⁶¹. Nel caso di esito positivo, poi, i programmi di *screening* prevedono l'esecuzione di una colonscopia come esame di approfondimento; questo, oltre a essere un efficace strumento diagnostico, diventa – nel caso in cui venga confermata la presenza di polipi – uno strumento propriamente terapeutico (quindi dotato di efficacia “cautelare” in senso pieno), in quanto consente di rimuoverli nel corso della stessa seduta.

⁴⁵⁹ In Italia cfr. il Piano nazionale della prevenzione 2005-2007, incluso nell'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005, che prevede tra gli altri obiettivi generali, il potenziamento degli *screening* oncologici. Nel novembre del 2006, grazie al lavoro di una commissione composta da clinici e operatori di sanità pubblica, tra i maggiori esperti italiani nel campo degli *screening* oncologici, a ciò hanno fatto seguito le “Raccomandazioni per la pianificazione e l'esecuzione degli screening di popolazione per la prevenzione del cancro della mammella, del cancro della cervice uterina e del cancro del colon retto”, contenenti una serie di regole e criteri organizzativi per l'esecuzione dei suddetti programmi rivolte ai pianificatori regionali, ai decisori che devono organizzare gli screening e ai professionisti della salute che li portano avanti (per approfondimenti v. www.salute.gov.it).

⁴⁶⁰ Per ulteriori approfondimenti v. www.salute.gov.it; per programmi adottati dalle singole Regioni, invece, v. il relativo sito istituzionale. Per il testo di alcuni protocolli e linee guida in materia di *screening* v. il sito dell'Istituto per lo studio, la prevenzione e la rete oncologia (ISPO), www.ispo.toscana.it, nonché il sito dell'Osservatorio nazionale screening, www.osservatorionazionale screening.it.

⁴⁶¹ Solo una piccola parte dei test utilizzati in Italia (adoperati in particolare nella Regione Piemonte) al posto del SOF (test del sangue occulto) ricorre alla rettosigmoidoscopia (eseguita una sola volta all'età di 58-60 anni).

Ancora: i Protocolli per la diagnosi precoce del tumore del collo dell'utero, nel cui ambito sono previsti i test di *screening* del Pap-test, offerto ogni 3 anni alle donne di età compresa tra i 25 e i 30 anni, e il test per Papilloma virus (HPV-DNA test), offerto ogni 5 anni alle donne tra i 30 e i 64 anni. In caso di positività del primo, poi, l'esame di approfondimento da consigliare è la colonscopia, cui può eventualmente seguire una biopsia; in ultimo, possono ricordarsi i Programmi di *screening* per il tumore al seno, eseguiti attraverso una mammografia ogni 2 anni, rivolta alle donne di età compresa tra i 50 e i 69 anni⁴⁶².

Per intendersi meglio: il test di *screening* in relazione a questi tre tumori si è dimostrato un esame efficace, capace cioè di individuare la patologia in gruppi di persone c.d. asintomatiche, identificate sulla base di certi criteri "indizianti" la loro maggiore probabilità di svilupparla e, quindi, in grado di selezionare (tra queste) i soggetti che richiedono ulteriori accertamenti. In pratica, la presenza di questi fattori (età ecc.) giustifica l'anticipazione dell'indagine diagnostica a una fase ancora anteriore rispetto alla presenza di un quadro sintomatologico "equivoco": infatti, il primo test (ad es. il SOF, o esame del sangue occulto, ma lo stesso vale per gli altri) non è un esame diagnostico conclusivo, ma ha lo scopo di sondare la presenza del tumore stesso o di alterazioni che possono precederlo (su persone *senza disturbi*).

È solo l'eventuale positività di quest'ultimo a indiziare la sussistenza di una situazione che potrebbe essere "anormale". L'esito positivo, però, non indica ancora con certezza la presenza di un tumore (ad es. intestinale), ma può dipendere da varie cause (ad es. altre malattie molto diffuse e ben meno gravi, come ragadi, emorroidi o diverticoli). Perciò, riallacciandosi a quanto detto poc'anzi, questo rappresenta un campanello di allarme, certo ancora privo di univocità, ma meritevole di essere ulteriormente indagato.

Dato che questa prima tipologia di rischi c.d. silenti, avendo base statistico-empirica, possono essere trattati con apposite cautele, è legittimo interrogarsi in che termini possa addebitarsene al medico l'omissione⁴⁶³: come si diceva, infatti, per i tre tumori sopra richiamati vi sono prove che l'effettuazione periodica degli esami di

⁴⁶² In alcune Regioni, però, si sta iniziando a sperimentare se il test di *screening* possa avere una qualche efficacia preventiva anche in una fascia di età più ampia, quella compresa tra i 45 e i 74 anni.

⁴⁶³ Cfr. GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 9.

screening consenta di modificare la storia naturale della malattia tumorale. Inoltre, in qualche caso (come nel tumore della cervice uterina o del colon-retto) lo *screening* consente addirittura di prevenire la comparsa stessa del tumore, attraverso la rimozione delle alterazioni che la precedono.

Prima di provare a fornire una risposta, però, è necessario considerare che – come chiarito dalla relativa Raccomandazione del Ministero della Salute – il c.d. *screening* di popolazione è un programma con cui l’azienda sanitaria invita direttamente le persone ritenute a rischio di sviluppare una certa malattia (attraverso lettera postale), offrendo loro gratuitamente un percorso che prevede, appunto, un primo *test* ed eventuali accertamenti successivi (v. gli esempi di cui sopra). Il programma in questione, quindi, prescinde dall’incontro tra il medico e il suo assistito e l’adesione allo stesso da parte del soggetto che riceve l’invito alla propria residenza è del tutto volontaria.

Perciò, su questo piano è difficile immaginare il tenore di un eventuale rimprovero colposo mosso nei confronti di un singolo medico: di regola infatti, il singolo che riceve la missiva viene informato dalla stessa sui possibili rischi e benefici della partecipazione allo *screening* e si vede offerto un trattamento che può liberamente rifiutare (cfr. § 8 della Raccomandazione). Il medico di medicina generale, quindi, in ipotesi potrebbe anche non essere contattato, mentre l’unico contatto “obbligato” in caso di rifiuto è quello con l’operatore della Asl deputato al servizio, il quale è tenuto a rispondere alle domande dell’utente aumentandone la consapevolezza sull’importanza di fare il test (cfr. i documenti forniti dall’Osservatorio nazionale *screening*, in particolare le Linee guida contenenti le informazioni utili per gli operatori, ma anche per un medico di base eventualmente interpellato, circa le risposte da fornire e l’indirizzo da consigliare agli utenti del servizio)⁴⁶⁴.

Inoltre, sempre sulla scorta di quanto stabilito nella Raccomandazione ministeriale, è bene tenere presente che: «quando una persona è a rischio di sviluppare un certo tipo di tumore», nel senso che «presenta un rischio *aumentato* per un certo tipo di tumore, a causa dell’età o di altre condizioni», è «*dovere* del medico consigliarle i *test* raccomandati per la diagnosi precoce della malattia»; i medici sono cioè «*tenuti*

⁴⁶⁴ Cfr., ad esempio, “*Le 100 domande sullo screening coloretale*”, aggiornate al 2018, reperibile sul sito: www.osservatorionazionale screening.it.

a impiegare i metodi diagnostici raccomandati per individuare questi tumori o i loro precursori»: anche in assenza di sintomi, «la diagnosi precoce fa quindi parte della *buona pratica clinica*»; per certe malattie, poi, rappresenta una «vera e propria attività di *prevenzione*». D'altro canto, però, lo stesso documento precisa che la stesse «raccomandazioni sui test, l'età e gli intervalli costituiscono indicazioni *non prescrittive* per i professionisti e i cittadini, per i quali è comunque importante sapere cosa conviene fare per una diagnosi precoce, *anche al di fuori dei programmi organizzati di screening*»⁴⁶⁵.

Alla luce di quanto detto, quindi, l'unico addebito colposo (per una «negligenza» connessa all'attività di diagnosi «precoce») che viene alla mente è quello rivolto al medico (ad es. medico di base, operatore della Asl) che, venuto in contatto con un paziente in età «a rischio», contemplato dai programmi *di screening*, non gli raccomandi caldamente di aderirvi; o peggio che, interrogato dal paziente sull'opportunità di aderire all'invito ricevuto, lo dissuada dal sottoporsi allo *screening* preventivo. Nel caso di paziente fuori dalla fascia del rischio «aumentato», invece, il medico dovrebbe valutare l'opportunità di consigliare il test, che come ogni intervento comporta anche possibili effetti negativi (cfr. § 6 della Raccomandazione): in certi casi, infatti, potrebbe essere opportuno consigliarne comunque lo svolgimento (sebbene non gratuito), in altri, invece, dato che la probabilità «aumentata» di sviluppare il tumore non è dimostrata per le persone prive dei requisiti considerati nei protocolli, la sottoposizione al test è certamente una misura «precauzionale» ma, a rigore, il medico non è «tenuto» a raccomandarla.

Tuttavia – a prescindere dalle problematiche legate al nesso di causalità e pur ammettendo che una condotta di mancata raccomandazione/dissuasione da parte del medico nei confronti di un paziente incluso nella «zona a rischio» possa integrare una «negligenza» rilevante sul piano della colpa – tornano comunque in primo piano tutti problemi connessi all'evanescenza dei c.d. nessi di rischio tra una tale condotta a valle e il verificarsi dell'evento pregiudizievole (giuridicamente rilevante) a monte (*id est*, la morte per il tumore). Semmai, in questi casi potrebbe più facilmente prospettarsi

⁴⁶⁵ Cfr. «Raccomandazione per la pianificazione e l'esecuzione degli screening di popolazione per la prevenzione del cancro alla mammella, del cancro alla cervice uterina, del cancro al colon retto» del Ministeri della Salute, Direzione Generale della Prevenzione, novembre 2006, Roma, reperibili su www.salute.gov.it, spec. p. 9 s. (cors. nostro).

una responsabilità disciplinare di “mera condotta” in capo all’operatore sanitario che non raccomandi/distolga un paziente rientrante nella fascia interessata dallo *screening* a sottoporvisi (un rimprovero, quindi, per “cattiva informazione”)⁴⁶⁶.

Accanto a questo primo caso, può affiancarsi quello del medico contattato da un paziente risultato positivo all’esame delle feci o alla mammografia. La positività dell’esito – sebbene possa essere dovuta a una pluralità di cause e quindi non equivalga a una diagnosi certa di cancro (ad es. al seno) – indica una probabilità ancora più “accresciuta” di essere affetti dalla patologia; come tale, rappresenta certamente un “campanello di allarme” (ancora equivoco) atto a rendere doveroso l’approfondimento diagnostico attraverso gli esami previsti nei suddetti programmi (ad es. colonscopia, una seconda mammografia, un’ecografia unita a una visita clinica ecc.); *a fortiori*, dunque, il medico è “tenuto” a raccomandarne lo svolgimento al paziente .

In ultimo, presenta affinità con queste ipotesi anche il caso del medico che ometta di svolgere o svolga in maniera inadeguata l’attività c.d. di *follow-up* (termine inglese per “osservazione”, “controllo”, “monitoraggio”) programmata dai protocolli (che ne stabiliscono la periodicità a seconda dei casi) al fine di diagnosticare, prima della comparsa di sintomi “clinici”, una ripresa della malattia (spesso un tumore), una nuova patologia collegata alla precedente o un effetto dannoso legato alle cure effettuate.

Diversamente da questa prima fenomenologia, la seconda macro-categoria di casi inizialmente richiamata riguarda fattori di rischio ancora privi di spiegazione eziologica, la cui base è, invece, “meramente” epidemiologica. Si tratta di situazioni che, in base allo stato della scienza, possono essere solamente classificate, ad esempio per sesso, area geografica ecc., senza però che siano offerte “certezze” in termini di causalità c.d. individuale.

Guardati dalla prospettiva della colpa, allora, questi fattori “epidemiologici” – proprio perché sono sforniti di copertura nomologica – non possono rientrare nell’ambito di regole propriamente cautelari “preventive”, mentre la loro natura

⁴⁶⁶ Cfr. art. 3 (“Doveri generali e competenze del medico”) del Codice di deontologia medica 2014, agg. 2020, FNOMCeO, reperibile sul sito della Federazione: www.portale.fnomceo.it, ove si sancisce, tra l’altro, che «la diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi è una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità».

“precauzionale” li porta fuori dall’ambito di interesse del presente lavoro. La responsabilità colposa, infatti, per essere rimproverabile in senso “personalistico”, non può fare a meno delle conoscenze scientifiche: sono queste a rendere possibile la valutazione preventiva e, quindi, l’adeguata gestione del rischio riconosciuto.

8.4. Gli altri obblighi pre-modali: breve *focus* sugli obblighi informativo-comunicativi e gli obblighi di segnalazione del rischio

Considerazioni a parte, seppur per certi versi simili, meriterebbe la categoria degli obblighi informativi, attinente al profilo – più volte accennato – della “comunicazione del rischio”.

In effetti, anche l’obbligo di informare/formare il soggetto esposto al rischio, coinvolgendolo nel processo di gestione dello stesso – certamente privo, in quanto tale, di natura modale ovvero del legame, diretto e immediato, con uno specifico evento da prevenire ed evitare attraverso un certo comportamento – solamente in certi casi può qualificarsi come strettamente “pre-cautelare” o, se si vuole, «premodale»⁴⁶⁷.

È certamente tale – in quanto costitutivo del più ampio programma di riduzione del rischio – il già discusso dovere formativo-informativo di cui agli artt. 36 e 37 del d. lgs. 81/2008: se la sua inosservanza ha determinato la violazione di una misura cautelare efficace da parte del dipendente, questa sarà senza dubbio legittimata a fondare la responsabilità colposa del garante.

Diversamente deve dirsi dei casi in cui l’obbligo d’informazione – sicuramente volto a permettere il compimento di scelte responsabili e consapevoli da parte del/i soggetto/i esposto/i al rischio – non pare tuttavia strettamente strumentale alla adozione di un determinato programma cautelare da parte dello stesso, ma semplicemente a consentirgli di sottrarsi al rischio (si pensi all’obbligo informativo del medico). In questi, la c.d. evitabilità dell’evento viene sostanzialmente a dipendere dall’ipotetico *modus operandi* del soggetto esposto al rischio, nel caso in cui non fosse stato distolto dalla percezione dello stesso a causa della mancata informazione⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Parla di dovere «premodale» GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., c. 588.

⁴⁶⁸ *Ibidem*. Sulla finalità, cautelare o meno, di alcune regole vigenti in campo medico v. anche le considerazioni di PIRAS P., *Prescrizioni off label e regole cautelari nella responsabilità medica*, nota a Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012, n. 37962, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013, che

Anche qui, allora, il monito è quello di procedere con grande prudenza prima di affermare la responsabilità dell'obbligato per l'evento avverso, parendo piuttosto rari i casi in cui – abbandonato il piano delle congetture *ex post* – si possa raggiungere la prova, (logicamente) certa, di quella che sarebbe stata la decisione della vittima auto-determinatasi liberamente. In altre parole, il rischio è quello che si vadano a configurare delle perniciose forme di colpa c.d. per assunzione (una sorta di pre-colpevolezza), deprivata della componente conformativo-normativa della violazione di una regola cautelare di carattere tecnico, ovverosia “modale”.

Si pensi nuovamente alla vicenda “Grandi Rischi”: l'affermazione di una responsabilità colposa per una negligenza occorsa sul versante informativo, avrebbe, tra l'altro, imposto di domandarsi se sussistessero protocolli cautelari la cui conoscenza, da parte della popolazione-vittima, le avrebbe di fatto consentito di affondare in maniera più consapevole e perita il rischio sismico⁴⁶⁹. Le perplessità poc'anzi avanzate, infatti, potrebbero appunto essere superate proprio nei casi in cui l'obbligo procedimentale di segnalazione/informazione non serva solo da campanello d'allarme “indiretto” nei confronti di altri soggetti, ma si completi con l'indicazione ai destinatari di più puntuali condotte gestorie da adottare: a differenza della prima eventualità, questa seconda non rimette la scelta delle misure di contenimento del rischio alla discrezionalità e alle variabili abilità altrui, ma si conclude con la formulazione di un programma cautelare che limita la autonomia dei soggetti chiamati ad attuarlo⁴⁷⁰.

A problematiche per certi versi simili conducono le ipotesi in cui la responsabilità colposa venga fondata sull'omessa segnalazione del rischio da parte di alcuni soggetti (non necessariamente gravati da un obbligo di garanzia, ma appunto dotati di “conoscenze superiori”) nei confronti altri: talvolta le potenziali vittime, come

ritiene priva di natura cautelare la norma che pone l'obbligo di acquisizione del consenso informato, mentre riconosce siffatta natura alla regola impositiva dell'obbligo di svolgere un'anamnesi completa; di fatti, mentre la seconda è «tesa ad un corretta diagnosi, prognosi e terapia», la prima è tesa all'autodeterminazione del paziente.

⁴⁶⁹ Sul punto v., tra i tanti, VALBONESI C., *Scienza sismica e responsabilità penale*, cit., p. 265 ss., spec. p. 291, nonché NOTARO D., *Colpa informativa e cautele autoprotettive: quale reazione penale alle inefficienze informative?*, in *Criminalia*, 2016, p. 143 ss. e, già prima, ID., *Scientists and earthquake risk prediction: “ordinary” liability in an extraordinary case?*, in *European Journal of Risk and Regulation*, 2014, p. 159 ss., spec. p. 161 ss.

⁴⁷⁰ Cfr. GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 12 s.

nel già citato caso del dovere di comunicazione del rischio gravante in capo al componente della Protezione civile; altre volte soggetti “terzi” – quelli concretamente dotati dei poteri “decisionali”, “politici”, “direzionali e di spesa” (in una parola: dei poteri c.d. impeditivi) all’interno di una struttura complessa – come accade in ambito della sicurezza sul lavoro in relazione alla figura del R.S.P.P. o com’è stato recentemente affermato in relazione alla figura del Sindaco, ritenuto corresponsabile ex art. 40 , comma 2, c.p. per omessa segnalazione all’Autorità competente di un rischio (o meglio, di un campanello di allarme dello stesso: una precedente frana della parete rocciosa) di cui era a conoscenza, pur nell’assenza da parte sue di poteri impeditivi diretti⁴⁷¹.

È assunto oramai condiviso in sede di legittimità (già Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, sul c.d. “disastro di Sarno), infatti, che la situazione di “garante” non richiede che egli sia fornito in ogni caso di tutti poteri impeditivi dell’evento, potendosi anche modulare in obblighi dalla natura, per così dire, “affievolita” o atipica (come appunto sono quelli c.d. sollecitatori). Con particolare riguardo alla disciplina penale a tutela della pubblica incolumità, la qual cosa troverebbe appiglio nell’affermarsi di un modello di gestione del rischio in prevalenza “preventivo” e collaborativo, che coinvolge una pluralità di soggetti titolari di un’eterogeneità di poteri e doveri di intervento.

Nel caso di specie, è dall’esistenza di un sistema di regolamentazione normativo della pianificazione idrogeologica (comprendente anche meccanismi di c.d. *soft law*) che si è rivenuta la fonte di un obbligo di controllo e protezione di ampia portata, nel quale sono ricomprese anche norme a carattere appunto “procedimentale” contenenti doveri di attivazione, informazione, comunicazione “in senso lato” circa situazioni di fatto possibilmente pericolose. La loro violazione da parte del “garante” privo di poteri impeditivi diretti sarebbe perciò sufficiente a fondarne la responsabilità “per omesso impedimento dell’evento”: per la sua configurabilità basterebbe che allo stesso siano forniti i «mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che venga cagionato nocumento a terzi»⁴⁷².

⁴⁷¹ Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2018, n.14550, in *Giuda al diritto*, 2018, fasc. 20, p. 62 ss., con nota di MINNELLA C., *Focus su competenze per individuare i garanti settoriali*, p. 76 ss.

⁴⁷² Così già Cass. pen., sez IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *www.penalecontemporaneo.it*.

A prescindere dalla meritevolezza o meno della condanna nel caso di specie, sul fondo di un siffatto indirizzo non è difficile scorgere il rischio di un ritorno alla c.d. logica del *versari* (senza nulla dire, peraltro, delle perplessità sollevate dalla dottrina circa la configurabilità del nesso causale “oltre ogni ragionevole dubbio”): ovvero il rischio, anche qui, che la responsabilità colposa venga sbrigativamente fondata sul comportamento che avrebbe, presuntivamente, tenuto il soggetto terzo, piuttosto che sull’effettiva esistenza (*ex ante*) di protocolli di gestione del rischio che ne avrebbero permesso il contenimento.

Peraltro, insieme a parte della dottrina, potrebbe contestarsi già in radice la possibilità di dare rilievo penale alla violazione di obblighi procedurali di mera segnalazione (anche) attraverso il meccanismo di cui all’art. 40, comma 2, c.p., anziché in presenza esclusiva di fattispecie omissive c.d. proprie, di parte speciale. Ciò stante l’assenza, appunto, di autentici poteri giuridici impeditivi in capo all’obbligato (nella specie di un potere coercitivo nei confronti di chi tali poteri di impedimento invece dispone), ritenuti viceversa necessari in ossequio al principio di responsabilità penale personale⁴⁷³.

Scenari simili si schiudono infine anche in ambito sanitario, nel quale al centro della discussione odierna è sempre più spesso l’obbligo “formale” del medico di segnalare (agli uffici competenti dell’organo amministrativo in cui opera: ad esempio, la direzione ospedaliera di una A.S.L., ma analogamente vale per le strutture private) le inidoneità o le disfunzioni operative della struttura in cui si muove (ad esempio per carenza di macchinari, di personale infermieristico o paramedico ecc.); nonché il mancato funzionamento delle attrezzature di cui si avvale, la verifica delle quali è ricompreso, da una parte della giurisprudenza, nella posizione di garanzia (di controllo) del medico⁴⁷⁴. Accanto a questo obbligo, si affianca il dovere di informare

⁴⁷³ Così, con specifico riguardo agli obblighi sia “di attivarsi” che “di sorveglianza”, LEONCINI I., voce *Omissione*, in *Diritto penale*, della serie “*I dizionari sistematici*”, a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 182 ss. nonché, già prima, ID., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999 e MANTOVANI F., *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.2, 2001, p. 337 ss.

⁴⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, in *Giuda al diritto*, 2009, fasc. 11, p. 66 ss. *Contra*: Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2001, in *Giuda al diritto*, 2001, fasc. 48, p. 82, citata da PISA P.-LONGO G., *La responsabilità penale per carenze strutturali*, cit., p. 9, cui si rimanda anche per ulteriori approfondimenti sulla questione, spec. p. 17 ss. (la Corte ha ritenuto che in capo al medico si configuri una posizione di garanzia declinabile unicamente come posizione “di protezione nei confronti del

anche il paziente sulle anzidette carenze strutturali e/o organizzative (pur se meramente temporanee)⁴⁷⁵.

In quest'ultimo settore, la dottrina e parte della giurisprudenza (seppur complessivamente ancora esigua sul tema) sono concordi nel ritenere che l'adempimento dell'obbligo di segnalazione – cui si affianca spesso anche l'obbligo, emergenza permettendo, di “dirottare” il paziente verso una struttura più idonea – abbia effetto liberatorio in capo al sanitario che si sia trovato nell'impossibilità di assicurare un certo trattamento a causa di carenze oggettive che, evidentemente, esorbitano dal proprio “raggio di potere”, oltre che dalle proprie competenze⁴⁷⁶.

Il problema, semmai, si pone nel caso di omessa segnalazione (ancor più che nel caso di omesso trasferimento tempestivo del paziente), posto che, anche qui, la responsabilità del garante (per le disfunzioni “di sistema” che non si era adoperato a ovviare) corre sempre il rischio di scorgersi in una condotta solo “presuntivamente” oltre che molto indirettamente cautelare⁴⁷⁷.

Con attenzione ancora maggiore si dovrebbe procedere per fondare la responsabilità di un evento avverso sulla condotta di “mancata/inadeguata” segnalazione” del rischio da parte del R.S.P.P. o dei componenti di organi della Protezione civile svolgenti funzioni tecnico-consultive similari.

In questi casi, infatti, sebbene la giurisprudenza riconosca la carenza di una posizione “formale” di garanzia in capo agli stessi (essendo viceversa configurabili obblighi di “mera” vigilanza e segnalazione dei rischi, senza i susseguenti poteri

paziente”, con esclusione del controllo sulle struttura/attrezzature di cui si avvale). Sulla diversa ma contigua problematica della responsabilità dei vertici aziendali per le carenze strutturali e/o organizzative v., invece, VENEZIANI P., *I delitti contro la vita*, cit., p. 201 ss.

⁴⁷⁵ In argomento v. PISA P.-LONGO G., *La responsabilità penale per carenze strutturali*, cit., p. 10 ss.

⁴⁷⁶ Per un caso in cui è stata riconosciuta efficacia liberatoria alla condotta del medico (nella fattispecie un dirigente apicale) che aveva più volte segnalato (invano) alla direzione ospedaliera le disfunzioni di un macchinario “salvavita” v. Cass. pen., sez IV, 3 dicembre 2016, n. 2541, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 2016, fasc. 2, p. 730 ss., con nota di CALETTI G. M., *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 737 ss., spec. p. 747 ss. Per un ulteriore commento alla vicenda v. RISICATO L., *Responsabilità del personale medico e paramedico. Omesso controllo sul (mal)governo di macchinari capricciosi: non c'è responsabilità penale del dirigente medico*, in *Giur. it.*, 2016, fasc. 6, c. 1490 ss.

⁴⁷⁷ Per una giurisprudenza che ha riconosciuto la responsabilità del medico ex art. 40, comma 2. c.p., in caso di esito infausto derivante da una inidoneità della struttura da lui conosciuta, o conoscibile secondo il parametro dell'agente modello v. Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1553, in *Foro it.*, 2008, fasc. 10, p. 517; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2007, n. 44765, *inedita*; nonché, già prima, Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 2000, in *Cass. pen.*, 2002, p. 226.

impeditivi dell'evento), è forte la tentazione di farla discendere dalla c.d. «ingerenza nel governo del fattore di rischio» e, quindi, da una evanescente “possibilità di impedire l'evento” attraverso la condotta osservante⁴⁷⁸.

Il problema, in un certo senso, è sempre il medesimo: quello della struttura «di secondo grado» dell'obbligo di segnalazione e, correlativamente, del rischio di una valutazione della tipicità colposa assistita da “attenuazioni” probatorie e semplificazioni teoriche⁴⁷⁹. Per poter contribuire a fondare una responsabilità penale colposa “d'evento”, infatti, la violazione di suddette norme lontanamente “precautelari” presuppone la prova logicamente certa che, qualora osservate, avrebbero condotto i destinatari (il datore di lavoro per quanto riguarda la figura del R.S.P.P. ovvero la popolazione informata del rischio per quanto attiene alla Commissione grandi rischi, organo propositivo-consultivo della Protezione civile) ad adottare misure cautelari efficaci e salvifiche. Ad esempio, in caso di infortunio, l'affermazione della (cor)responsabilità del R.S.P.P. per aver esercitato in maniera negligente/imperita la propria funzione – spesso di trattarsi di una condotta di omessa o insufficiente segnalazione del rischio al datore di lavoro – presuppone l'accertamento in concreto sul se, in presenza di una indicazione corretta da parte del R.S.P.P., il garante sarebbe stato in condizione di impedire l'evento dannoso realizzatosi attraverso l'adozione di contromisure cautelari adeguate.

Senza queste – che sono il vero “*proprium*” della colpa “del fatto tipico” – la responsabilità di chi è gravato delle regole di “secondo grado” assumerebbe le sembianze di una *culpa in re ipsa*: tra la loro condotta doverosa (che non è “tecnicamente” impeditiva) e il realizzarsi dell'evento sta l'altrui comportamento (questo sì eventualmente impeditivo) sul quale non hanno alcun controllo o signoria.

Da condannare, invece, è l'argomentazione presuntiva, per nulla sconosciuta al c.d. diritto vivente, che si accontenta di sottolineare la capacità (in sé innegabile) del titolare del sapere scientifico di influenzare il processo di c.d. valutazione in senso ampio del rischio: si legge che, pur privo «dei poteri decisionali e di spesa», il R.S.P.P.

⁴⁷⁸ Così GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 8 ss. Similmente, PERINI C., *Una lettura penalistica*, cit., p. 9 nonché, in relazione alla figura del R.S.P.P., CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 24 ss.

⁴⁷⁹ Parlano di struttura o di regola cautelare di «secondo grado»: CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo*, cit., p. 26, nonché GIUNTA F., *Repliche*, cit., p. 143.

potrebbe ritenersi responsabile di ogni evento infortunistico obiettivamente rapportabile a una situazione rischiosa rientrante nel suo obbligo di conoscenza e segnalazione, «dovendosi *presumere* che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione»⁴⁸⁰. Non vi è chi non veda che, oltre al rischio di smarrire il disvalore di evento, si corra prima ancora quello di configurare una responsabilità dalla componente “preponderatamente omissiva” in capo a chi sia privo tanto di una formale posizione di garanzia, quanto di poteri “*motu proprio*” impeditivi.

Altra cosa, ovviamente, è sostenere che le inosservanze di questi obblighi di natura procedimentale possano (in via di ipotesi) esser prese ad oggetto di autonome incriminazioni, senza con ciò compromettere eccessivamente il principio di offensività⁴⁸¹.

A simili “*derive*” – lo si diceva – va incontro *a fortiori* la responsabilità dei membri dell'organo consultivo della Protezione civile, la quale, come si è visto, costituisce un sistema di interazione tra uomini (soggetti pubblici e privati) dalla dimensione “iper-organizzata”: un sistema policentrico, diffuso e reticolare, nel quale «le autorità locali e nazionali risultano coinvolte a tutti i livelli» e appare estremamente difficile scindere le competenze dei tanti operatori coinvolti⁴⁸².

L'intreccio articolato delle funzioni, la latitudine delle posizioni di garanzia e un dettato normativo spesso laconico, infatti, innalzano ancor più il rischio che – sulla scia dell'indirizzo inaugurato dalle Sezioni unite nel caso “Thyssen-Krupp” – la corresponsabilità penale del membro dell'organo consultivo venga fondata sull’“interferenza” da lui concretamente esercitata sulla gestione dei fattori di rischio, ovvero sull'assunta veste di “garante” in quanto “gestore del rischio”.

Questa peculiare accezione di “garante”, la cui posizione d'obbligo ha origine fattuale, rende fungibili i concetti di “azione” e “omissione”, vanificando ogni

⁴⁸⁰ Così già Cass., sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814, B., in *De Jure* (corsivo nostro); Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2010, Di Bella e altro, *inedita*; Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2010, Salini e altro, *inedita*.

⁴⁸¹ In argomento, PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici*, cit., p. 1545 ss. In generale, sui benefici e limiti di una tale prospettiva già GIUNTA F., *Il trattamento differenziato dei reati colposi*, cit., p. 22 ss.

⁴⁸² Tra i tanti v. GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile*, cit., p. 2 ss. e PISA I., *Protezione civile e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc.1, p. 223 ss.

tentativo di identificare *ex ante* i c.d. gestori del rischio; un compito, questo, che viene invece rimesso alla concreta valutazione dell'interprete. Come si diceva, questa impostazione rende ancora maggiore anche il rischio che vengano a configurarsi forme di responsabilità colposa «dello scienziato» con funzioni (meramente) consultive per le carenze legate al dovere comunicativo; in assenza però della prova della «evitabilità» dell'evento attraverso la condotta alternativa lecita; o, più in generale, forme di responsabilità penale per «il non ottimale utilizzo della scienza»⁴⁸³.

Senza neanche dire del ruolo primario (piuttosto che sussidiario) sì conferito al concetto solidaristico di omissione.

L'insieme di tutte le riflessioni svolte completa e trova indirettamente conferma in quanto già concluso circa la legittimità di un intervento delle fonti private nella definizione del c.d. rischio consentito: seppur ammissibile e talvolta finanche obbligata, questa partecipazione presuppone la contestuale presenza del decisore pubblico.

Le operazioni relative all'accettabilità del rischio e all'indicazione dei mezzi di contenimento dei fattori individuati, infatti, attengono al profilo dell'evitabilità, che chiama in causa responsabilità (anche) strettamente politiche⁴⁸⁴; vero questo, nella realtà sociale moderna, sempre più complessa, le decisioni attinenti alla politica di prevenzione di eventi dannosi richiedono di essere adottate con il più ampio coinvolgimento sociale. Questa conclusione, lo si è visto, è praticamente obbligata nei casi – trattasi della maggior parte nella moderna “società del rischio” – in cui la predisposizione di un'adeguata strategia di gestione presuppone la disponibilità di conoscenze tecnico-scientifiche di cui (non solo il singolo ma anche) il decisore pubblico è privo; ed è proprio da questa connessione stretta, ma si potrebbe parlare di dipendenza reciproca, tra “scienza” e “politica” che consegue la necessità di instaurare

⁴⁸³ Cfr. GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, cit., p. 107 s.

⁴⁸⁴ Sulla dimensione “politica” della responsabilità legata alla valutazione del livello di rischio “accettabile” per la società cfr. COMMISSIONE C.E., “*Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*”, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu, in partic. p. 3, punto n. 5; nonché, con specifico riguardo alla c.d. vicenda de L'Aquila, v. CERASE A.-AMATO A.-GALADINI F., *In scienza e coscienza*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla “Commissione Grandi Rischi”*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, Franco Angeli, 2015, spec. p. 27 ss. e AMATO A.-GALADINI F., *La scienza mal compresa: esempi e riflessioni dal processo “Grandi Rischi”*, *ibidem*, p. 43 ss., spec. p. 62.

un dialogo continuo con le comunità epistemiche (organismi non solo pubblici, ma anche società private) all'interno di procedure compartecipate a ciò deputate⁴⁸⁵. Il che spiega anche la crescente attenzione per il profilo della comunicazione-informazione del rischio, la cui fonte non può che essere la “scienza” intesa in termini impersonali: senza questo passaggio sarebbe infatti impossibile pervenire all'elaborazione di “protocolli preventivi” di gestione del rischio assicurando la partecipazione di tutti i soggetti coinvolti⁴⁸⁶.

In senso critico può dunque ribadirsi che – diversamente dalla “riconoscibilità in concreto del pericolo” – la “valutazione del rischio” richiesta nella realtà complessa della “*Risikogesellschaft*” è un problema troppo grande per pesare sulle spalle del singolo agente: questo è collegato alla c.d. politica di prevenzione, ovvero alla tutela di competenza statale di interessi del calibro della salute, dell'incolumità e della sicurezza; e, come tale, riguarda l'intera comunità.

La determinazione delle cautele tecnicamente adeguate a controllare i rischi, lo si è detto, compete principalmente alle istituzioni; tuttavia, non può più prescindere dal confronto con i detentori del sapere scientifico e, soprattutto quando riguarda i c.d. grandi rischi, richiede la più ampia partecipazione sociale. Da che, *repetita iuvant*, il dovere di adempimento richiesto ai “garanti” privati presuppone il previo adempimento di doveri statuali: le responsabilità di sistema – ed è tale anche quella “della scienza” – sono infatti responsabilità essenzialmente “politiche”⁴⁸⁷.

Entro le c.d. organizzazioni a rischio, sia i doveri di “promozione” del sapere che i doveri di regolamentazione normativa (ovvero di c.d. programmazione e gestione della sicurezza) sono di competenza anzitutto istituzionale: così come il privato è “consumatore di regole cautelari”, anche il suo dovere di “*risk assessment*” presuppone, a monte, l'adempimento di un dovere di analoga natura da parte delle istituzioni pubbliche, comprese quella “della scienza”. Il dovere facente capo al primo,

⁴⁸⁵ Sui rapporti tra scienza e decisione politica nella gestione dei rischi cfr. SIMONCINI M., *When Science Meets Responsibility: The Major Risks Commission and the L'Aquila Earthquake*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2014, p. 146 ss.

⁴⁸⁶ GIUNTA F., *Repliche*, cit. p. 143 s.

⁴⁸⁷ Cfr. GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *Protezione civile e responsabilità nella società del rischio*, cit. p. 108 ss. e, ID., *Repliche*, cit., p. 143 s. Sul punto v. anche le osservazioni di PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit., p. 778 ss.

infatti, andrebbe concepito come un dovere anzitutto di “conoscenza” inerente alle situazioni “di fatto” che sono in sua signoria (nelle quali concretamente agisce).

Diversamente, il dovere che ha ad oggetto il sapere “generale” sulle fonti e sulle tipologie di rischio – un dovere relativo all’acquisizione, all’approfondimento e alla verifica del sapere tecnico-scientifico, che è *condicio sine qua non* per la progettazione di un quadro di regole cautelari “modali”, atte a conformare e orientare l’azione privata – è di tipo “ordinamentale”.

Breve: le norme impositive dei doveri di valutazione del rischio in capo ai privati “garanti” della sicurezza, suppongono e non possono fare a meno di confidare, su conoscenze tecniche che queste stesse norme non potrebbero certo produrre da sole. Il controllo di legalità penale che si appunta sui doveri di diligenza richiesti al privato tocca dunque l’ultimo “anello” di una catena complessa, in cima alla quale stanno compiti di “governo della cosa pubblica” (si pensi alla gestione del territorio nel caso del sistema di protezione civile), della “scienza” e del “legislatore”⁴⁸⁸.

Da che il seguente *cavaet*: che non si confonda la responsabilità penale per l’evento dannoso (“personale” per Costituzione) di chi agisce in contesti “di rischio”, con una responsabilità “politica”, di sistema, per scelte particolarmente “anticipate” rispetto all’evento indesiderato; che non si trasformi la pur possibile responsabilità penale dei detentori del sapere scientifico – spesso chiamati a mettere a disposizione le proprie conoscenze tecniche all’interno dei procedimenti di *assessment*, e tuttavia privi dei poteri “decisionali” sul versante della prevenzione – in un «processo alla scienza *tout court*»⁴⁸⁹.

9. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: LO STATO DI SALUTE DELLA COLPA PENALE ALLA LUCE DELLE ULTIME TENDENZE GIURISPRUDENZIALI.

È giunto il momento di confrontarsi con l’immagine d’illecito penale colposo emersa dall’affresco normativo-giurisprudenziale fin qui dipinto. Lo scopo è quello di

⁴⁸⁸ PULITANÒ D., *Gestione del rischio*, cit., p. 778 ss. Per approfondimenti v. anche GRAZIADEI M., *La regolazione del rischio e il principio di precauzione: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Sistemi intelligenti*, agosto 2017, fasc. 2, p. 499 ss.

⁴⁸⁹ Testualmente GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *Protezione civile e responsabilità nella società del rischio*, cit. p. 108

ricapitolare, *una tantum*, le “stelle polari” che dovrebbero guidare chi si muove in questa materia, ovvero quelle acquisizioni insuscettibili di essere rimesse in discussione e, al contempo, di sintetizzare le maggiori criticità del sistema “in vigore” in una propositiva di miglioramento del quadro esistente.

Nel farlo, non si mancherà tuttavia di tener conto anche delle ultime tendenze giurisprudenziali. Ormai da alcuni anni (più o meno dall’ultimo quinquennio), infatti, sembra essere in atto un mutamento significativo, sebbene ancora incompiuto, nel modo di rapportarsi alla colpa penale da parte della IV Sezione della Cassazione: accanto a pronunce ancora ispirate al modello predittivo e ad altre che, pur mostrando una “facciata” rispettosa dei principi, continuano di fatto ad applicare la vecchia impostazione, sta crescendo il numero di sentenze in “controtendenza” che si muovono, invece, nella direzione di assicurare uno statuto più garantistico alla colpa penale⁴⁹⁰; pronunce che non ne riducono la natura a “forma di colpevolezza”, ma sforzano di farle assumere le sembianze di illecito dotato anzitutto di una sua “tipicità” (normativa e non descrittivo-naturalistica).

Quanto al primo intento – ossia scolpire il volto assunto dalla colpa penale moderna, tra punti fermi e persistenti “ombre” – si può anzitutto convenire che l’impatto dei nuovi rischi abbia reso evidente l’incompiuto perfezionamento della “rivoluzione” normativa della colpa: per lungo tempo, questa è stata risolta in una sterile anticipazione teorica dell’elemento soggettivo sul versante della tipicità, ancora però appiattita sulle caratteristiche quelle dolosa (dove il disvalore di intenzione prevale nettamente di quello di azione); mentre non se ne sono solo colte le ricadute sul piano applicativo e dei principi, soprattutto con riguardo alla necessaria predeterminazione delle regole preventive di diligenza (vero perno della suddetta tipicità).

Una volta penetrato nell’ambito della colpa penale, infatti, il concetto di “rischio” ha esasperato il problema (irrisolto) dell’individuazione delle regole cautelari doverose, delle loro fonti di legittimazione e delle condizioni atte a farne scattare la doverosità; al tempo stesso, ha fatto emergere le contraddizioni profonde della c.d. dottrina della prevedibilità, *in primis* la sua incapacità di assicurare la delimitazione *ex*

⁴⁹⁰ Con particolare riguardo al settore medico, lo ha rivelato l’approfondita disamina giurisprudenziale svolta da MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 1 ss.

ante della fattispecie oggettiva colposa (se si vuole del “dovere di diligenza”), ovverosia di distillare regole di condotta modali acquisibili al momento dell’azione.

Pur assumendo sfumature particolari in ciascuno dei differenti settori analizzati, la riscrittura *ex post* della condotta cautelare doverosa – che talvolta diventa perfino una sostituzione dell’area di rischio consentito, legislativamente prefissata, con una giudiziale – è risultata tuttavia animata da comuni ragioni di fondo. Il “filo rosso” che collega tutti gli esposti “scadimenti” della colpa specifica si è scorto nel perseguimento di un ideale di maggior sicurezza; ovvero, di una più incisiva neutralizzazione del rischio, idealmente protesa al raggiungimento della soglia di c.d. “rischio zero”⁴⁹¹. L’impressione complessiva, tratta dalla rassegna casistica svolta, infatti è che la colpa penale venga utilizzata per raggiungere obiettivi “salvifici”; che la diligenza “normale” diventi quella degli uomini “straordinari”, dei “migliori tipi d’uomo accorti in tutto”, che personificano una precauzione intesa al suo massimo grado. Ciò, ancor più, dove al “vuoto psicologico” della colpa si combina quello “naturalistico” dell’omissione: è in questi casi, infatti, che l’incompleto sviluppo della concezione normativa della colpa – al quale ha inevitabilmente fatto seguito una sorta di “passaggio delle consegne” al giudice – si è mostrato in tutta la sua evidenza.

Né poteva essere altrimenti: in un sistema che non riesce ad assicurare la chiusura del vuoto “*ex ante*”, ovvero a forgiare insieme di regole cautelari delimitative di un’area di rischio consentito stabile e riconoscibile, il vuoto viene, per forza di cose, riempito “*ex post*”. O meglio, il primo a cui viene richiesto di compiere delicati bilanciamenti di interessi che non gli spetterebbero è il singolo agente, costretto a fare scelte che potrebbero costargli la libertà personale, senza ricevere una guida sicura da parte dell’ordinamento. Quanto al giudice, egli si trova inevitabilmente condizionato dall’(oramai) avvenuta realizzazione dell’evento, quindi spinto a dare maggior peso alle istanze di sicurezza; a soddisfare le esigenze di tutela, ove occorra, anche esasperando la valenza “doppiamente solidaristica” dei reati omissivi colposi.

Arrischiando un parallelismo con il pensiero alla base della c.d. Scuola positiva circa l’illecito doloso, potrebbe dirsi che – per come venutasi tradizionalmente a

⁴⁹¹ Rileva la tendenza giurisprudenziale a «trasformare l’imputazione colposa in strumento di pedagogia sociale e massima sensibilizzazione ai fattori di pericolo», GIUNTA F., *Maxima culpa*, cit., c. 634. Simili rilievi si ritrovano anche in PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., p. 1699 ss. e, da ultimo, in MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19 s.

configurare nella pratica – la teoria della colpa ancora oggi (parzialmente) “in vigore” parta da una premessa non dissimile, per giungere però a conclusioni opposte.

Semplificando all'estremo: l'idea di fondo dell'indirizzo positivista è che il libero arbitrio non sia incondizionato e che, pertanto, non sia possibile, o comunque giusto, addossare al singolo tutte le azioni criminose da esso poste in essere. Partendo da presupposto che il “dolo” stia all'interno dell'animo umano, quale connotato profondo dello stesso, l'orientamento in esame giunge infatti a escludere che la responsabilità sia attribuibile solamente all'uomo, ma si propone di esaminare anche i fattori di criminogenesi esterni (di origine sia antropologica, che sociale) che fuoriescono dal dominio del singolo individuo; tutto ciò per concludere, appunto, che la responsabilità per il reato vada imputata anche a questi fattori e non fatta gravare unicamente sul singolo (questo semmai sottoponibile a misure di scurezza).

L'impressione, si diceva, è che nel caso della colpa, sia venuta ad affermarsi la conclusione diametralmente opposta: in questa, rimasta in fondo ancorata alla concezione “psicologica” classica (la colpa andrebbe scorta in un qualche nesso psichico da ricercare all’“interno” dell'uomo), si ricorre pur sempre a un metodo “unifattoriale” di imputazione, ma non per attribuire la responsabilità (unicamente) alla “natura” (ovvero a componenti esogene), secondo l'approccio seguito dalla c.d. Scuola positiva in relazione al dolo, ma viceversa, per farla gravare (unicamente) sul singolo.

L'idea al fondo è quella seicentesca, dell'uomo al “centro” di tutto – un soggetto che la scienza rende “onnipotente”, capace di controllare ed evitare ogni cosa su scorta della propria previdenza⁴⁹²; l'apice, è il precauzionismo.

In altre parole, una volta causato un danno, la tendenza è a concludere, quasi in automatico, che abbia origine nel comportamento poco diligente di qualcuno. Scarsa considerazione, invece, ricevono tanto i rischi “esogeni”, quanto quelli “inevitabili” (allo stato della tecnica), ancor più laddove si innesti una posizione di garanzia: dove c'è un rischio non neutralizzato, c'è colpa.

A ciò si è già opposto: in primo luogo, che il conseguimento di una siffatta condizione di sicurezza “totale” sia una pura utopia, un controsenso di fronte al rischio

⁴⁹² In sociologia v. le considerazioni di EWALD P., *Philosophie de la précaution*, cit., spec, p. 385 ss.

di malattie o calamità naturali, prevedibili ma mai evitabili con certezza; in secondo luogo, che non possa comunque ambirsi al suo raggiungimento ricorrendo allo strumento del diritto penale quale “*prima ratio*”, *a fortiori* se la capacità regolativa dello stesso viene affidata all’autorità giudiziaria (piuttosto che alla tipicità come categoria riferita al legislatore).

Non solo perché si tratta di una soluzione al problema – quello di tenere in equilibrio lo svolgimento di attività indispensabili (ma rischiose) con la protezione della società circostante – che conduce a risultati di “destrutturazione” delle categorie penalistiche poco condivisibili, oltre che costituzionalmente inaccettabili; ma anche perché non consente di ottenere quanto sperato.

In breve, non solo il fine non giustifica il mezzo – un fine in sé troppo ambizioso: trasformare uomini dalle capacità “limitate”, soprattutto rispetto alla quota di rischio “sistemica”, in uomini eccezionali capaci di assicurare il “rischio zero” – ma il mezzo prescelto (una responsabilità per colpa “generalizzata” applicata a discrezione del giudicante) è persino inefficace: in pratica, un doppio fallimento, per ragioni insieme “di principio” e “utilitaristiche”.

9.1. Contrasti e incongruenze sul piano sistematico e “dei principi”

Quanto alla prima delle anzidette “criticità”, basti ricordare che il ruolo del diritto penale, oltre ad essere conservativo e non migliorativo, è anche “di chiusura”: interviene “a cose fatte”, laddove il modello di prevenzione si presenti difettoso o si siano già verificati eventi lesivi.

La prevenzione “primaria” (dei fattori che creano le condizioni per), invece, deve (e può efficacemente) raggiungersi attraverso interventi di altro tipo: di educazione culturale, di controllo e di contrasto “reale” dei fattori di rischio (quelli riconducibili a carenze strutturali, organizzative, dei sistemi complessi; quelli interazionali; quelli legati alla tenuta di condotte pericolose a discapito dei divieti, come accade soprattutto in ambito stradale). Inoltre, anche in relazione ad eventi lesivi che si siano già verificati, il ruolo prioritario non è riservato alla pena, ma compete anzitutto a strumenti diversi (riparatori, più che stigmatizzanti) collocati in rami del diritto dove trovano spazio anche inversioni o semplificazioni probatorie (*in primis*, la

responsabilità civile, supportata da sistemi assicurativi realmente funzionanti). In altre parole, anche per soddisfare le pretese di chi sia ormai “vittima”, i primi criteri a venire in gioco sono collocati in contesti diversi da quello penale.

Dal punto di vista politico-criminale, allora, il realizzarsi dell’evento non voluto andrebbe dunque inteso come un possibile segnale di allarme circa la scarsa funzionalità della prevenzione primaria, piuttosto che come fatto eclatante a cui dare una risposta sanzionatoria per calmare le reazioni emotive della società. Detto altrimenti, l’imputazione colposa non dovrebbe servire come *jolly* per *by-passare* la difficoltà di realizzare una riforma effettiva, che muova su un piano realmente preventivo. Pena anche l’inversione del senso stesso del principio di sussidiarietà del diritto penale rispetto ad altri strumenti di controllo⁴⁹³.

Una funzione di *extrema ratio*, questa, che diventa addirittura “duplice” nel caso dell’illecito colposo, nel quale la condotta rischiosa non viene prescelta al fine della realizzazione dell’evento: se è indubbio che la moderna società del rischio non possa fare a meno della responsabilità per colpa, questa deve però rimanere effettivamente “eccezionale” (*ex art. 42 c.p.*), conforme ai principi di legalità e colpevolezza. La categoria della colpa penale, invece, è rimasta manifestamente “umbratile”, costantemente esposta al rischio di derive moraleggianti, di picchi repressivi orientati a realizzare finalità di prevenzione generale (o meglio, “generalizzata”⁴⁹⁴).

Ciò non significa che la pena non abbia (almeno sulla carta) anche una funzione di prevenzione generale, ma non deve comunque dimenticarsi che il meccanismo motivazionale retrostante alla “minaccia di pena” può avere effetto solo se il confine tra lecito e illecito è riconoscibile *ex ante* a chi agisce. Viceversa, un precetto indeterminato o aperto (destinato a ricevere una chiusura solo *ex post*, “quando è ormai troppo tardi”) non riesce neppure a orientare l’agire, quindi a motivare il soggetto a comportarsi in un certo modo. A ciò si aggiunga, infine, che la conoscibilità del precetto è una condizione necessaria non solo al funzionamento della logica sottesa alla prevenzione generale, ma anche alla categoria della colpevolezza. Nel reato

⁴⁹³ Approfonditamente, MILITELLO V., *Diritto penale del rischio*, cit., p. 234 ss.

⁴⁹⁴ Così PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., p. 1686 ss., secondo il quale, invece, «non tutti gli incidenti, per quanto gravi e catastrofici, possono essere trasformati in delitti».

colposo di evento, queste considerazioni si estendono (o meglio, riguardano principalmente) alle regole cautelari rilevanti per il diritto, deputate a “completare” il precetto astratto e sulle quali si concentra il disvalore di azione: il cittadino può essere motivato a conformarvisi col suo comportamento, a patto che siano predefinite e riconoscibili.

Non è un caso, infatti, che la colpa civile sia rimasta ancorata al “dovere di agire con diligenza” – una clausola generale che stenta a specificarsi rispetto al generale broccardo del “*neminem ledere*” – mentre nel sistema penale (sottoposto a requisiti di legalità e colpevolezza ben più stringenti), il passaggio alla concezione normativa della colpa si sia caratterizzato per la priorità accordata alla regola cautelare come regola indicativa di una specifica modalità di condotta. In questa materia, infatti, il principio di frammentarietà impedisce di punire (per colpa) un qualsiasi “agire” rischioso (ma quale azione non lo è nei contesti di attività esaminati?) o, se si vuole, la semplice assunzione di un rischio cui abbia fatto seguito la concretizzazione di un’offesa a terzi; all’opposto, consente unicamente di stigmatizzare comportamenti puntuali, contrari a quelli richiesti dalle regole preventive (*modali*, e non *morali*!).

Da che, non è eccessivo ritenere che l’obiettivo idealmente perseguito attraverso l’estensione del diritto penale della colpa (generica) – il raggiungimento di un rischio “zero” – sia radicalmente incompatibile con il presupposto comune a tutte attività qui considerate: il loro essere, in una certa misura, consentite. L’inesistenza del rischio richiederebbe infatti l’inazione o, più in generale, la “non vita”. Detto altrimenti, il concetto di “rischio zero” predicato dal precauzionismo è l’esatto contrario della regola cautelare, quindi del concetto “rischio consentito” ad essa sotteso; mentre “va a braccetto” con un “*mega concetto*” di colpa suscettibile di ricomprendere ogni condotta potenzialmente lesiva (cioè...tutte)⁴⁹⁵.

Se lo svolgimento di una certa attività, al netto delle cautele esistenti e pretendibili, appare comunque eccessivamente rischiosa, per eliminare il rischio residuo non resta che proibirne in radice l’esercizio. Nei settori considerati, però, questa soluzione radicale – che comunque resta di competenza della pubblica autorità – non è contemplabile nella sua versione più estrema (*id est*, rendere precettivo un

⁴⁹⁵ Fa riferimento a un «mega concetto di colpa», MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 130 ss., spec. p. 132.

dovere di astensione dall'attività di circolare, sanitaria, o imprenditoriale): possono invece proibirsi singole modalità di condotta perché troppo rischiose (ad esempio, l'uso dell'amianto), ma ciò significa, in fondo, garantire la libertà di tenere tutti i comportamenti diversi da quelli vietati, senza incorrere nel rischio penale. Ovvero, significa ribadire la normalità del lecito giuridico rispetto all'illecito, anche colposo: in quest'ultimo, la condotta rischiosa non è illecita fintanto che non diventa anche "negligente" (contraria alle regole cautelari imposte)⁴⁹⁶.

Da quanto detto, trova conferma anche la natura "puramente formale" del concetto di "rischio consentito", che postula infatti l'esistenza di criteri normativi di distinzione tra ciò che è consentito e ciò che non lo è. La formula, lo si è detto, enuncia e descrive un problema – *il problema* – della teoria della colpa, indicando le situazioni più delicate, senza tuttavia darvi soluzione (o meglio, rimettendone la soluzione al giudice). Di fatti, l'espressione "rischio consentito" serve solo a indicare che, nonostante la rischiosità "ontologica" di alcune attività, la loro utilità sociale ne rende irrinunciabile lo svolgimento e costringe l'ordinamento ad autorizzarle, a patto che il loro coefficiente di rischio sia contenuto entro i limiti indicati dallo stesso. Il problema è proprio quello di stabilire quali siano tali limiti e, prima ancora, di stabilire quale sia l'autorità legittimata a individuarli (ovvero a svolgere il bilanciamento di interessi che ne sta alla base); in ultima analisi, il concetto di "rischio permesso" non fa altro che esprimere l'esigenza di individuare il discrimine da penalmente lecito e illecito.

A ben vedere, la medesima conclusione può raggiungersi anche in relazione alle fenomenologie di colpa c.d. comune, connesse allo svolgimento di attività in massima parte coincidenti con l'esercizio di diritti di libertà (stendere i panni, portare il cane a passeggio, accendere un fuoco ecc.), attività neutre in termini di utilità sociale, che non sono oggetto di specifica autorizzazione: anche in questi casi, stante il "primato" della libertà, è lecita ogni condotta non vietata da regole cautelari "modali", volte ad impedirne lo svolgimento attraverso modalità espressive di un grado di pericolosità per gli altrui beni giudici non più tollerato. Con l'unica differenza che queste regole si indirizzano principalmente a fattori di pericolo puntuali, che sono

⁴⁹⁶ Sul punto cfr. le riflessioni di RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, cit., p. 1369 s. dove, dopo aver distinto tra "situazioni" e "condotte" pericolose, chiarisce che, quando non sono vietate dalla legge, le prime «sono automaticamente lecite e la sola circostanza che in esse sia insita una maggiore la possibilità che subentri una condotta pericolosa dell'agente, nulla toglie alla loro liceità».

dominabili dal singolo rispettando (appunto) le consuetudini cautelari elaborate spontaneamente dal corpo sociale; trattasi di accorgimenti cautelari facilmente riconoscibili da ciascuno, il cui rispetto garantisce una quasi certa evitabilità dell'evento. Detto altrimenti, il rischio (c.d. residuo) per società, strutturalmente legato allo svolgimento dell'attività stessa e che permane una volta adottate le contromisure di fonte sociale, è talmente esiguo da non venire quasi in rilievo. Resta fermo, però, che a essere oggetto di doverosa astensione siano pur sempre specifiche modalità di condotta e non le attività in quanto tali.

Certo è, però, che in questi casi venga meno in evidenza il bilanciamento retrostante, tra l'interesse allo svolgimento dell'attività (interesse che è puramente individuale e non assume rilievo sociale) e tutela della società. Ed è forse per questo che, nella dottrina tradizionale, si è diffusa l'opinione (erronea) per cui la regolamentazione delle attività in parola non sia rimessa a regole cautelari modali, ma al dovere di astensione (come "regola di chiusura")⁴⁹⁷. In realtà, anche in questi casi ciascun soggetto è libero di svolgere l'attività purché non lo faccia con *modalità* attinenti ad un'area di rischio "socialmente" non consentito (perimetrata dagli usi cautelari), che rendono prevedibile il verificarsi di un evento dannoso. Ad esempio, stendere i panni su un davanzale ricolmo di fiori è lecito, mentre per evitare eventuali lesioni ai passanti è sufficiente spostare i vasi in modo tale che non siano in bilico; passeggiare con il proprio cane è lecito, purché si utilizzi un guinzaglio e, in certi casi, una museruola (o, se si preferisce, che ci si astenga dal farlo passeggiare senza guinzaglio), cautele che hanno poi ricevuto anche una sistemazione "organica" nell'ordinanza del Ministero della Salute del 6 agosto 2013 e succ. mod. (cfr. in partic. art. 1, comma 3, lettere a) e b)): cautele "puntiformi", indirizzate a plasmare l'azione esecutiva del singolo e da lui facilmente "riconoscibili"; ed è proprio per questi motivi che ambiti di questo tipo sono stati tradizionalmente rimessi al predominio colpa generica.

⁴⁹⁷ Critica questa impostazione RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, cit., p. 1370, dove si afferma che «tutte le azioni umane possono essere in un certo qual modo pericolose» mentre ciò che interessa al penalista è vedere se si tratta di una «condotta tipica» vietata dalla norma penale, «ovvero da una situazione di pericolo che esula dal fatto tipico», pensa condannare l'uomo all'«inerzia più totale».

In breve: in ogni attività lecita – sia essa espressione di una libertà, sia essa ontologicamente rischiosa, ma consentita in vista della sua particolare utilità sociale, o sia essa addirittura imposta (come nel caso del poliziotto, del medico ecc.) – si impone ai cittadini un certo dovere di diligenza. A cambiare sono solamente l'ampiezza, le fonti del dovere e delle più puntuali regole cautelari che lo concretizzano: in altri termini, su un piano di politica criminale, cambiano le modalità con le quali l'ordinamento si appropria ai rischi insiti nei diversi contesti operativi ma, a prescindere dagli strumenti attraverso i quali viene perimetrata, esiste una soglia di rischio che l'ordinamento consente di correre. Ciò che varia a seconda dell'attività svolta è, invece, l'asticella cui è collocata la soglia di rischio tollerato: a volte, si tratta di un *quantum* ammesso perché la sua ulteriore riduzione richiederebbe accorgimenti eccessivamente gravosi (anche in termini di costo) che, nel bilanciamento tra pericolosità e utilità della condotta, andrebbero a frustrare eccessivamente il secondo termine di paragone; altre volte, la soglia ammessa si colloca “più in basso”, e l'unico tasso di rischio consentito è quello c.d. residuale, ineliminabile allo stato della scienza attuale (e probabilmente mai neutralizzabile del tutto) anche rispettando tutti gli accorgimenti cautelari tecnicamente esistenti.

Ciò che è certo è che il rischio sia, in sé stesso, sempre ineliminabile: pertanto, esiste sempre un certo *quantum* di esso che l'umanità deve tollerare e la cui concretizzazione non può essere penalmente rimproverata. Un discorso diverso vale, beninteso, per le attività che non estrinsecano nessuna libertà e non realizzano interessi socialmente apprezzabili, ma sono semplicemente offensive. Il rischio creato dalla condotta diventa totalmente illecito e vige il diverso dovere di astensione: in altre parole, non si pone un problema di negoziabilità del rischio onde stabilirne la soglia consentita, ma è lo svolgimento stesso dell'attività pericolosa a non trovare legittimità nel nostro ordinamento.

Da un punto di vista di dogmatica della colpa, allora, potrebbe dirsi che il rischio: o è indomabile (e l'ordinamento è costretto a farci i conti accettandolo), oppure, in relazione a certe attività, l'ordinamento consente ai consociati di correrlo “in maniera misurata” (c.d. rischio “negoziabile”); il grado di tollerabilità del rischio è il risultato della negoziazione (quindi di una “scelta”) tra libertà individuale e sicurezza sociale/tutela dei beni giuridici esposti al rischio, che è espressa nelle regole

cautelari. Altra cosa, beninteso, deve dirsi per il rischio ancora non compiutamente conoscibile (dall'umanità) quanto a *magnitudo* e conseguenze dannose: è evidente, infatti, che questo non possa esser tratto a oggetto di regole cautelari modali ma, una volta riconosciutane genericamente la presenza, possa essere solamente oggetto di stime, valutazioni e decisioni sul come gestirlo, su come la società debba rapportarvisi. Difficilmente, quindi, questo potrà andare a fondare il disvalore di fattispecie colpose di evento causalmente orientate⁴⁹⁸.

Da tutto quanto detto parrebbe trovare conferma anche quanto si è cercato di dimostrare fin dall'inizio del presente lavoro: da un lato, che il “dovere di diligenza” – e il concetto rischio che con la previdenza si ambisce a contenere – hanno un rilievo “ordinamentale”; dall'altro, che il governo e i costi del “rischio” creato dalla società post-moderna non chiamano in causa solo (e tanto) una responsabilità individuale, ma si ripartiscono sulla società nel suo complesso⁴⁹⁹.

Prima di tutto, al livello “più alto”, il rischio interessa le istituzioni, lo Stato nei suoi vari organi: nel senso che il primo a doversi confrontare con il “dovere di diligenza” è l'apparato politico, la “pubblica autorità”.

Oltre allo sviluppo di prioritari interventi di prevenzione primaria, ad essa compete lo svolgimento delle attività di stima, di approfondimento conoscitivo sui rischi, quindi di selezione di quelli che si possono/non si possono correre. Per poter operare queste scelte con la diligenza di un “buon ordinamento”, esso deve mettere in campo procedure valutative partecipate e democratiche entro le quali, appunto, definire l'accettabilità del rischio per la società; non prima di aver individuato gli attori

⁴⁹⁸ In argomento v. PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1702 s., che lo ritiene semmai imbrigliabile in «condotte fortemente tipicizzate e a forma vincolata», con espressa rinuncia all'idea impraticabile di ascrivere eventi.

⁴⁹⁹ In argomento v. l'interessante analisi sociologica condotta da EWALD F., *Philosophie de la précaution*, cit., *passim*, spec. p. 393 s. Sulla necessità di una presa in carico “collettiva” v. anche LASCOUMES P., *La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité*, in *L'Année sociologique*, 1996, vol. 46, n. 2, p. 359 ss., spec. p. 371 ss. Una pianificazione tecnica di questo tipo, demandata ad apposite agenzie, spesso latente nel nostro paese (cfr. GIUNTA F., *Maxima culpa*, cit., c. 633, laddove nota che «la principale gestione statale del rischio sia», invece, «quella repressiva, a carico dei singoli»). Tra i penalisti, sulla questione particolarmente complessa della “gestione complessiva del rischio” v. già SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale* Bologna, Il Mulino, 1990 e, più di recente, le interessanti considerazioni di RONCO M., *Il reato come rischio sociale*, *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2015, fasc. 2, p. 2 ss.

collettivi chiamati, in virtù della loro particolare competenza in materia, a dare una rappresentazione quanto più attendibile di tali rischi.

A questo segue un secondo processo che guarda all'organizzazione di procedure di gestione collettiva dei rischi: attività, dunque, di pianificazione generale e di confezionamento delle discipline tecniche di contenimento del pericolo, necessarie a portare a livelli tollerabili le potenzialità di lesione insite in certi contesti; quindi, ultimo ma non ultimo, l'adempimento di un dovere di "buona legislazione". I problemi da affrontare sono dunque al contempo cognitivi, di informazione e di valutazione, e normativi, di scelta delle strategie di protezione e dei dispositivi tecnici praticamente realizzabili⁵⁰⁰.

Passando dalla responsabilità "politica" a quella "giuridica", il dovere di diligenza informa *in primis* l'ordinamento civile: sulla base del dovere generale per cui non si deve recar danno agli altri, il sistema aquiliano ripartisce i costi del rischio (ovvero il danno "ingiusto" occorso) sui soggetti coinvolti che siano risultati in colpa oppure li alloca, a prescindere dalla colpa, in capo a soggetti individuati sulla scorta di criteri diversi (casi responsabilità oggettiva); alla medesima finalità – ripartire i costi di un'attività rischiosa sui suoi partecipanti – concorre anche lo strumento assicurativo, anch'esso a prescindere dall'accertamento di una colpa individuale. Coerentemente con i principi che animano il settore civile, il dovere di diligenza (e la colpa che consegue alla sua inosservanza) mantiene una dimensione essenzialmente fattuale, non normativa, nel senso che opera *ex post factum* in funzione principalmente allocativa.

In ultimo, del rischio si interessa anche il sistema pubblicistico di tutela. Tralasciando quello "para-penale" amministrativo/disciplinare – che oltre a svolgere una funzione di polizia o controllo, contiene anche sanzioni per la tenuta di condotte ritenute eccessivamente rischiose e dunque vietate dall'ordinamento – quello penale si dirige contro un rischio tale da reclamare, appunto, un intervento orientato in una funzione marcatamente preventiva e stigmatizzante, che il solo risarcimento del danno non è in grado di soddisfare; ciò, ad esempio, in ragione dei beni da esso attentati, beni fondamentali spesso in posizione di debolezza; del rilievo sociale da esso assunto; dalla drammaticità delle conseguenze che possono derivarvi ecc.: tutte caratteristiche

⁵⁰⁰ Evidenzia queste due dimensioni anche LASOCUMES P., *La précaution comme anticipation*, cit., p. 371 s.

che si rinvengono nella maggior parte dei rischi insiti nelle attività (lecite seppur pericolose) più “tipiche” della società post-moderna.

Prendendo a immagine il funzionamento delle matrioske russe, il precipitato penale del dovere “ordinamentale” di diligenza corrisponderebbe (o meglio, dovrebbe idealmente corrispondere) alla matrioska più piccola (soprattutto in termini di estensione), rappresentata dell’insieme delle regole cautelari “modali”, dalla dimensione puntiforme e dalla funzione selettivo-normativa. La sua *ratio*, non più allocativa di un danno, ma appunto imputativa di un illecito, dovrebbe direzionarsi alla prevenzione (e poi alla repressione) di fatti espressivi di un particolare disvalore⁵⁰¹.

In questo senso, chiamando in causa il principio di sussidiarietà (in funzione non solo politico-criminale, ma anche ermeneutica) e quello correlato della “progressione delle tutele”, parte della dottrina stigmatizza: da un lato, l’incoerenza sistematica degli orientamenti giurisprudenziali penali, che non si fermano a punire nemmeno per dei fatti per i quali l’ordinamento disconosce la tutela civile (si è fatto l’esempio della punizione del datore di lavoro in alcuni casi di infortunio causato dalla negligenza della vittima, che la più selettiva giurisprudenza civile riconduce invece al c.d. “rischio elettivo”, esimendo conseguentemente il garante dalla responsabilità risarcitoria)⁵⁰²; dall’altro lato, il fatto che in certi casi in cui il diritto penale elargisce tutela, il diritto civile si mostri – per espressa previsione di legge – ben più cauto: l’esempio è quello della responsabilità professionale per imperizia in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà, per come regolata dall’art. 2236 c.c. È dunque parso paradossale che un fatto doloso o, per quanto qui interessa, colposo, che per legge non costituisce nemmeno una responsabilità civile possa, viceversa, elevarsi a illecito penale. In altre parole, la limitazione di tutela prevista sul versante civilistico dovrebbe proiettarsi con analogo effetto delimitativo anche sul raggio di operatività della tutela penale⁵⁰³.

⁵⁰¹ Si vedano, da ultimo, le considerazioni di POLI P. F., *La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita*, in *www.discrimen.it*, 27 luglio 2019, in partic. p. 12 ss.

⁵⁰² Per tutti MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 323 s.

⁵⁰³ Così MANNA A., *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, 1992, vol XLIV, p. 1293. Ne condivide il pensiero GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici*, cit., p. 129 s.

Infine, dal rilievo “ordinamentale” del dovere di diligenza dovrebbe farsi discendere un’ultima conseguenza, stavolta su un piano però ben diverso: ovvero, che il modello del “dovere di diligenza” in esso contenuto non possa più essere (unicamente) declinato sulla scorta della realtà precedente, connotata di fattori di pericolo facilmente riconoscibili *ex ante* e sradicabili colpendo singole, isolabili, modalità esecutive “incaute” dell’attività pericolosa.

In altre parole, non si può pretendere di regolamentare la gestione di rischi “sistemici” (a-specifici, a vocazione “collettiva” o comunque fortemente relazionale) che trascendono quasi per definizione la sfera della (totale) dominabilità individuale, ricorrendo a un modello di diligenza nato e cucito su una realtà sociale più semplice e lineare, ovvero su fattori di rischio controllabili dal singolo perché “materialmente” riconducibili alla sua “incautela”. Invece, la valenza ordinamentale del dovere di diligenza, richiederebbe che il modello “classico” venisse ripensato anche in questa chiave moderna, quindi appositamente rielaborato in modo da potersi coerentemente applicare a entrambe le suesposte realtà.

Si tratterebbe, lo si è visto, di una declinazione più marcatamente procedimentalizzata e pluralistica, nella quale assumono centrale rilievo anche adempimenti “diagnostico-estimativi”, questi da valutare con particolare prudenza in termini di possibili fonti di responsabilità penale individuale; anche il dovere – ad esso correlato – di contenimento del rischio entri i confini ricavabili dalle discipline di volta in volta rilevanti, andrebbe inteso in senso plurale e diversificato: dando rilievo alle competenze specificamente rivestite dai vari soggetti coinvolti, nell’ambito della attività esaminata; facendo emergere anche il lato “passivo” dalla tipicità colposa e il carattere peculiarmente “relazionale” di certe condotte; dunque cogliendo anche la distinzione tra compiti “programmatico-organizzativi” o compiti c.d. informativi (pre-modali) e mansioni esecutive più direttamente preventive, intese a frapporre specifici ostacoli al successivo sviluppo del decorso causale attivato dal rischio.

Come si diceva, ciò non significa che non continuino e non continueranno ad assumere rilievo anche elementi di rischio appunto isolabili e interamente “dominabili” da un solo soggetto, ma solo che la categoria della diligenza deve potersi atteggiare diversamente a seconda della sistematicità o meno del fattore di pericolo di volta in volta in rilievo.

Per inciso, ciò non significa nemmeno che tutti i rischi “sistemici” creati dalla società del rischio possano trovare adeguata risposta ricorrendo allo schema della diligenza, ovvero sia che possano far insorgere una responsabilità colposa anche (e, per quanto qui interessa, soprattutto) penale per l’evento dannoso che ne sia conseguito. Al contrario, alla complessità dei problemi di tutela posti dalla “società del rischio” deve necessariamente corrispondere anche una «complessità delle risposte ordinamentali»⁵⁰⁴.

9.2. Le disfunzioni concrete di un rimedio inefficace

Il tentativo di garantire una prevenzione generale maggiore (il “miraggio” della sicurezza assoluta) attraverso un uso sconsiderato della colpa generica (una colpa “generale” senza regole) è risultato del tutto inappagante anche a partire dalla seconda prospettiva accennata in apertura, quella della reale efficacia della soluzione adottata a conseguire lo sperato rafforzamento della sicurezza, ovvero a perseguire l’aspirazione al “contenimento” del rischio; invece di assicurare una reale protezione del corpo sociale, questo atteggiamento finisce per produrre una serie di disfunzioni “pratiche”, non ultima la fuga degli operatori dai centri di rischio.

Quanto detto si è saggiato in tutti i settori di attività considerati. Nel settore stradale, ad esempio, possono ricordarsi le seguenti conseguenze “disfunzionali”. A parte il fatto che la contrazione significativa dell’affidamento in questo contesto potrebbe produrre effetti paralizzanti, in sé fonte di ulteriori rischi – l’automobilista, tutto proteso a prevedere le altrui inosservanze, non potrebbe concentrarsi adeguatamente sulla propria condotta di guida, con conseguente innalzamento della probabilità di causare incidenti – la rigorosa “*politica criminale giudiziale*” non risulta neanche tanto funzionale al conseguimento dello scopo (di marca generalpreventiva) dichiarato.

Come già si accennava, infatti, il meccanismo di intimidazione della pena può funzionare solo a patto che la condotta di riferimento sia chiaramente riconoscibile *a priori* come “illecita”: solo in questo caso, la logica del *versari* – l’attribuzione di conseguenze ulteriori non volute sulla scorta del mero nesso causale – sebbene

⁵⁰⁴ Così, PERINI C., *Adattamento e differenziazione*, cit., p. 463.

costituzionalmente inammissibile, è comunque capace di veicolare un comando chiaro, quello di astenersi dall'attività illecita in questione.

Nel caso della circolazione stradale, invece, la dilatazione senza regole della colpa "generica", pur essendo evidentemente mossa da una logica di tutela di pressanti esigenze generalpreventive, non solo è quasi ontologicamente incapace di innescare un effetto intimidatorio, ma potrebbe addirittura produrre l'effetto inverso, di una "duplice" deresponsabilizzazione. Trattandosi di una attività rischiosa ma di per sé lecita, infatti, un meccanismo intimidatorio analogo a quello conseguibile sul versante doloso postula l'esistenza di regole cautelari definite, tali da rendere percepibile *ex ante* il confine tra lo spazio di liceità e l'area di rischio non consentito: cosa impossibile laddove il dovere di diligenza venga fatto coincidere con il comando di *alterum non laedere*.

Detto altrimenti, la rivisitazione giurisprudenziale dell'area di rischio consentito risulta in un allargamento *ex post* della responsabilità per colpa stradale che impedisce al soggetto di fare scelte consapevoli: dato che l'agente è sempre tenuto a prevedere e impedire ogni evento (anche l'imprevedibile condotta inosservante altrui) e viene ritenuto in colpa (generica) nonostante l'insussistenza della violazione di una regola cautelare specifica, qualunque azione che non sia l'astensione diventa un "azzardo". Di fatti, qualsivoglia accorgimento egli adotti – diverso dall'astenersi da una attività non solo lecita, ma spesso necessaria nella vita quotidiana – il rischio che l'evento si realizzi potrà comunque essergli addebitato sulla scorta di una regola nata "in processo", spesso coincidente con il "non aver prestato sufficiente attenzione", onde impedire anche le altrui trascuratezze.

È facile comprendere allora, come ciò possa innescare negli utenti un effetto opposto, di paradossale deresponsabilizzazione: il fatto che qualsiasi evento, in qualsiasi modo si realizzi, rimarrà comunque a carico loro, potrebbe ingenerare la tendenza a ignorare le regole positivizzate, il cui rispetto risulta comunque privo di funzione liberatoria. Evidente, quindi, anche il fallimento della finalità di prevenzione generale perseguita: l'inoperatività totale del principio di affidamento rischia di svuotare di forza cogente la disciplina positiva, quindi di amplificare la già diffusa "deregolamentazione" che caratterizza il settore. Conducendo a una svalutazione quasi sistematica degli effetti di sostanziale riduzione del rischio, connessi al rispetto degli

accorgimenti positivizzati, la prassi in esame finisce dunque per accrescere, invece che per ridurre, la rilevanza statistica degli incidenti⁵⁰⁵.

Non solo, da quanto esposto consegue un secondo effetto di deresponsabilizzazione, stavolta nei riguardi dell'agente indisciplinato (spesso il pedone-vittima), sul quale l'orientamento in parola fa effettivamente insorgere un patologico affidamento inverso (non è raro, infatti, sentire lamentele da parte di pedoni intenti ad attraversare fuori dalle apposite strisce, contro i conducenti che non accennano a fermarsi per "dar loro la precedenza"). La negazione sostanziale dell'affidamento fa sì che le "potenziali vittime" si sentano libere di violare le regole loro destinate, sul presupposto che il "dovere di evitare" l'evento gravi comunque anche sugli altri (appunto "tenuti" ad aspettarsi le loro inosservanze). Anche in questo caso, allora, l'effetto ultimo è di quello della sottovalutazione delle regole cautelari, stavolta per mancanza di una qualsiasi conseguenza giuridica per il proprio agire (negligente), con conseguente abbassamento dello *standard* di sicurezza concretamente praticato. Dall'accresciuta tendenza all'autoesposizione a situazioni di rischio, non può che derivare anche un aumento statistico dei casi di concretizzazione dello stesso (di investimenti; di tamponamenti, ad es. per mancato rispetto della precedenza ecc.)⁵⁰⁶.

Infine, a queste può aggiungersi un'ultima conseguenza, a dire il vero riscontrabile anche in altri settori, che si ricollega a un problema in un certo senso "ontologico" (e forse irrisolvibile) della responsabilità colposa, al quale può farsi unicamente un cenno in questa sede. Il riferimento va alla questione della c.d. *casualità* della colpa, ovvero del carattere "fortuito" dell'evento (c.d. *Zufallsmoment*) a fronte dell'avvenuta violazione di una regola cautelare: la circostanza è quella per cui, uno stesso comportamento deviante, seppure in presenza della medesima pericolosità oggettiva, possa – a seconda del "caso" – dar luogo a conseguenze "zero", assumere il carattere di un illecito amministrativo, ovvero condurre a conseguenze penali

⁵⁰⁵ Fanno questi rilievi D'AURIA D., *Investimento del pedone*, cit., c. 468 ss., e più di recente CAPPELLINI A., *Circolazione stradale e principio di affidamento*, cit., p. 653 ss.

⁵⁰⁶ Sull'effetto di deresponsabilizzante delle "potenziali" vittime cfr. CAPPELLINI A., *Circolazione stradale e principio di affidamento*, cit., p. 654 s., che mette anche in luce l'inevitabile irrazionalità di questo atteggiamento nel pedone (parte debole) posto che ad essere esposta al rischio sarà soprattutto la propria incolumità personale e non quella del potenziale investitore.

devastanti per la libertà personale individuale; da ciò, alcuni autori hanno concluso che l'evento non incentrerebbe in sé parte del disvalore della fattispecie, ma fungerebbe unicamente da “condizione obiettiva di punibilità”⁵⁰⁷. Il modello della responsabilità per colpa finirebbe, in pratica, per colpire il soggetto più “sfortunato” in un contesto dove tutti tengono condotte pericolose: si tratterebbe pertanto di un modello “discriminatorio”, che nasconde una sorta di responsabilità oggettiva.

Fatte queste premesse, la conseguenza di cui si diceva è quella dell'exasperazione dell'accennata problematica: la dottrina non manca infatti di notare che la trasformazione della funzione del diritto penale (colposo) da conservativa a migliorativa, finisca per rendere “esponenziale” il carattere fortuito di questa forma di responsabilità⁵⁰⁸. Detto altrimenti, la tendenza giurisprudenziale a innalzare lo *standard* oggettivo di diligenza (fino a farlo corrispondere con il tautologico *neminem laedere*) instillerebbe la sensazione per cui la responsabilità colposa non tocchi in sorte al “trasgressore”, ma allo “sventurato” che lo abbia provocato, nonostante si fosse conformato allo stesso modello ritenuto corretto dagli altri o, addirittura, a quello espressamente positivizzato dall'ordinamento (dunque imposto *erga omnes*): tutto ciò, sol perché *ex post* si ritiene che un soggetto ideale avrebbe fatto “di più” per impedirne la concretizzazione; ovvero – come spesso accade nel diverso settore della prevenzione sul lavoro – che avrebbe scoperto una soluzione cautelare migliore di quella condensata nelle *best practices*, ove necessario coniandola lui stesso facendosi ricercatore scientifico.

Un'accentuazione del grado di dipendenza della responsabilità dal “fortuito” che deriva, altresì, dalla svalutazione della c.d. tipicità passiva: anche in questo caso, l'impressione è che la sussistenza del fatto tipico finisca per discendere dal “casuale” verificarsi dell'evento dannoso, innescato da fattori concorrenti sui quali l'agente non ha controllo (*id est*, la condotta negligente della persona danneggiata). Nel settore stradale, poi, questa sensazione viene ancor più estremizzata dal fatto che, spesso, è la

⁵⁰⁷ Per approfondimenti sulla componente fortuita della responsabilità per colpa v. gli autori già citati al § 5.1 di questo Capitolo (spec. nota n. 108).

⁵⁰⁸ Nella nostra dottrina, si è mostrato particolarmente sensibile alla questione EUSEBI L., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G., Napoli, Jovene, 2011, p. 962 ss. Sul punto v. anche MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 327 s.

sorte stessa a determinare quale soggetto assumerà il ruolo di vittima e quale, invece, il ruolo di reo⁵⁰⁹.

Dalla “distorsione” descritta ne discende poi una ulteriore, stavolta sul versante della *ratio* della pena dell’illecito colposo, il cui scopo non è più (come nel reato doloso) quello di distogliere l’agente dal porre in essere le condotte maggiormente offensive della vita sociale, gravi e cariche di disvalore, ma si trasfigura rovesciandosi su chiunque non abbia incrementato la diligenza oggettivamente pretesa dall’ordinamento o garantita dal resto della collettività⁵¹⁰. Senza neanche dire della strumentalizzazione dell’individuo che ne deriva.

Nel settore della sicurezza sul lavoro, questa non è nemmeno l’unica “disfunzione” provocata dall’orientamento esaminato; a quelle esposte può aggiungersi anche la produzione di un effetto disincentivante simile a quello riscontrato nel settore stradale. In questo contesto, è l’indiscriminata “vittimizzazione” a essere disfunzionale rispetto alla finalità perseguita, quella di contrastare la tragicità, e continua emergenza, del fenomeno degli infortuni sul lavoro: anche qui, infatti, la sicura punizione dei garanti per gli eventi causati dalle macroscopiche trascuratezze dei propri dipendenti, rischia neutralizzare l’efficacia generalpreventiva delle fattispecie colpose. Ovvero, di sortire sui destinatari un effetto psicologico disincentivante del tipo: “ma chi me lo fa fare” di conformarmi al sempre più oneroso sistema di sicurezza se tanto, qualunque siano le accortezze adottate, niente potrà bastare a proteggermi dal caso?

Solo garantendo la funzione liberatoria del comportamento osservante potrà dunque rendersi attraente e conveniente anche l’adozione del costoso sistema di sicurezza. In pratica, la strada per ottenere una maggior tutela dovrebbe essere di tipo diametralmente opposto a quella concretamente praticata nelle aule di tribunale (*id est*, la condanna generalizzata dei garanti): ovverosia, assicurare a questi ultimi la sussistenza di margini concreti per provare la mancanza di ogni loro responsabilità; in altre parole, la presenza di un ambito di “ingovernabilità” del fatto, accertato il quale essi saranno tenuti indenni da pena. Peraltro, in questo contesto l’introduzione dell’art.

⁵⁰⁹ A notarlo anche GIUNTA F., *La legalità della colpa*, cit., p. 159.

⁵¹⁰ Rileva entrambe queste “distorsioni” MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 19 s.

25-septies d.lgs. 231/2001 potrebbe consentire di percorrere la strada delle “ponderate assoluzioni” con relativa tranquillità, sia pure con la prudenza richiesta dalle condizioni di debolezza dal lavoratore⁵¹¹.

Quanto al settore medico – ma lo stesso vale per le attività demandate alla Protezione civile – basta evocare la formula della “medicina difensiva” per comprendere l’entità dei “danni” che una ricostruzione “debole” della tipicità colposa (risultante in un’assiomatica criminalizzazione) è capace di provocare; non solo sul versante individuale, psicologico e dell’equilibrio professionale del medico, ma anche e soprattutto sul piano macro-economico e sociale dell’esercizio dell’attività sanitaria.

Un defensionismo che, come già accennato, non si traduce solamente in un aspetto c.d. negativo: l’“astensionismo” diffuso dalle specializzazioni “più a rischio” (in particolare, quelle di chirurgia generale, di anestesia e la medicina c.d. d’urgenza); la sottrazione dallo svolgimento di interventi/terapie/operazioni particolarmente rischiose e tuttavia più “risolutive”, laddove abbiano esito fausto, rispetto alle altre disponibili; il rifiuto di affrontare i casi più complessi e problematici, deviando il paziente verso altri medici o strutture specializzate.

Ma che risulta, altresì, in una pluralità di disfunzioni c.d. “positive”: tempi di intervento moltiplicati per via di accertamenti diagnostici, esami o trattamenti di incerta utilità, praticati sebbene il rischio patologico evidenziato dall’anamnesi del paziente sia minimo, all’unico scopo di cautelarsi preventivamente, ovvero di ridurre l’eventualità di future contestazioni a proprio carico. Tutto ciò, con la conseguenza ultima di un aggravio non indifferente della spesa sanitaria pubblica e con intuibili ripercussioni anche sul piano dell’efficienza complessiva del sistema sanitario nazionale⁵¹².

⁵¹¹ Di questo avviso MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., p. 328 s.

⁵¹² Rileva questi aspetti, tra i tanti in argomento, PALAZZO F., *Responsabilità medica, “disagio” professionale e riforme penali*, cit., p. 1061. Già nel 2007, il sottosegretario alla sanità evidenziava che il 15% della spesa sanitaria pubblica per quell’anno (più di 15 miliardi di euro) era consistita in oneri dovuti da accertamenti disposti per pre-cautelarsi da in eventuali processi (il dato è riportato da PANTI A., *La responsabilità nelle attività mediche*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 167 ss.).

9.3. La colpa penale del prossimo futuro: i passi della giurisprudenza verso un modello più garantistico di colpa penale

L'immagine rilasciata dal quadro fin qui dipinto è quella di un diritto penale (dell'illecito colposo) fortemente sbilanciato sul c.d. disvalore di evento, asservito alle istanze retributive (ed emotive) sollevate dal sentire comune, a fonte degli "effetti collaterali" del progresso⁵¹³. Tutto ciò, a dispetto dei tratti caratteristici della fonte di pericolo: come se qualsiasi "incidente", qualsiasi evento avverso – per il solo fatto che si sia verificato – possa elevarsi a delitto (colposo).

La riflessione sulla c.d. società del rischio ha invece evidenziato la pluralità dei possibili fattori di insorgenza dello stesso; non solo la condotta negligente individuale, di chi sceglie di intraprendere una attività pericolosa e la svolge in maniere "sprovvista" ma, come poc'anzi si ricordava, anche fonti di rischio c.d. esogene: l'attività di terzi, quindi la crescente interdipendenza delle azioni umane (la natura della fonte può dunque dirsi "relazionale"), la natura stessa (c.d. *external risk*) e l'attività organizzata degli uomini (i c.d. *manufactured risk* della teoria beckiana), l'atteggiarsi dell'attività sociale svolta in organismi complessi, ovvero una fonte diffusa, "sistemica", legata alla pianificazione più che alla singola azione esecutiva.

Questa molteplicità dei fattori di insorgenza del rischio avrebbe dovuto riflettersi sull'atteggiarsi del dovere di diligenza; il modello penalistico, invece, sembra ancora condizionato dalla realtà precedente meno complessa, nella quale la fenomenologia prevalente di colpa era quella da c.d. inabilità individuale. Un modo di ragionare, quindi, "uni-fattoriale", che considera come unica fonte di rischio rilevante la componente umana individuale (il gesto del singolo) e che, in fondo, si illude di poter raggiungere una condizione di totale asepsi dal rischio attraverso la prescrizione ai cittadini di astenersi dal correre pericoli per i beni altrui che sono poi incapaci di dominare.

L'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali – la prevalenza fino a dieci anni or sono – ha avvalorato questa sensazione: calata nella nuova "società del rischio", la

⁵¹³ Mettono in luce il suddetto sbilanciamento, con particolare attenzione al campo della sicurezza sul lavoro, ROIATI A, *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva*, cit., p. 2876 s. e, più di recente MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva*, cit., p. 328.

teoria tradizionale della colpa si è trovata nell'incapacità di gestire la colpa, o meglio, la colpa *generica*, in termini di razionalità e di controllabilità.

Nello svolgimento di attività complesse – nelle quali si presentano situazioni di rischio ancora non del tutto note, patologie ancora sconosciute e difficilmente diagnosticabili, situazioni scaturenti dallo sviluppo scientifico e dal progresso tecnologico stesso – è questa, infatti, la “forma” di colpa che dà adito alle maggiori torsioni. Mancando regole scritte, formalmente determinate *ex ante*, è qui che si annida maggiormente il rischio che il giudice operi con “il senno di poi”, che il contenuto “modale” della regola cautelare si perda, inglobato da un fagocitante obbligo generalizzato di previsione⁵¹⁴.

Se non si chiariscono i limiti in cui la colpa generica è legittimata a operare, infatti, a nulla varranno i tentativi di delimitare “autoritativamente” l’area del rischio consentito attraverso la positivizzazione cautelare (o, se si preferisce, attraverso la creazione di “isole” di colpa specifica).

Se non si “specificava” la colpa generica ancorandone la sussistenza a regole modali predefinite *ex ante* (seppure in maniera non istituzionalizzata), ci troveremo sempre a dover fare i conti con un modello di responsabilità colposa privato del “crisma” della penalità: con una colpa penale che assume le sembianze universalistiche del prototipo civile, in cui il “dovere di diligenza” opera come una clausola generale di imputazione e si presta a una “*caccia a tutto campo dei colpevoli e delle cause*” espiatorie; in cui la “negligenza” continua a dar vita a un *crimen colposum* unitario, piuttosto che tradursi in una pluralità frammentata di *crimina culposa* “tipici” costruiti sulle modalità di condotta scolpite dalle regole cautelari. All’opposto, l’intervento della sanzione penale, nella responsabilità colposa così come in quella dolosa, dovrebbe sempre intervenire in maniera “insulare”, frammentata e sussidiaria.

In questa prospettiva, il problema centrale è risultato quello della definizione della sfera di rischio coperta dalle regole cautelari (o se si vuole del “tipo” di rischio da cui queste prendono le mosse) e, correlativamente, della configurabilità (o meno)

⁵¹⁴ Sul punto v. le recenti riflessioni di BARTOLI R., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 2020, fasc. 7, p. 85 ss., spec. p. 87 ss. e p. 93 ss.

di una colpa generica “residuale”⁵¹⁵; strettamente connessa è la questione della c.d. riconoscibilità *ex ante* della situazione “concreta” di pericolo: ovverosia, della presenza (o meno) di un quadro “indiziante” atto a rivelare la presenza del fattore offensivo, e quindi tale, da rendere operativo il dovere di adottare le misure di contenimento dello stesso prescritte dall’ordinamento.

Una corretta ricostruzione delle dinamiche fattuali è risultata di particolare importanza proprio dove si tratti di capire se il mancato contenimento della situazione di rischio “in esubero” – rispetto a quella (eventualmente) coperta dalla cautele scritte – sia (o meno) addebitabile per colpa generica: anche ammettendo la previa disponibilità di accorgimenti cautelari atti a contenerla, infatti, il presupposto per la loro doverosa adozione resta pur sempre la conoscibilità/prevedibilità concreta della situazione di rischio in parola alla luce degli “indicatori” di contesto. Da censurare, invece, la pratica di far derivare un “residuo” di colpa da pretese conoscitive “maggiori” o da un dovere di “informazione” e di “prudenza” diagnostica senza confini.

Lo scenario descritto non deve però scoraggiare. Come si diceva, infatti, accanto alle pronunce ancora sostanzialmente “devote” all’impostazione tradizionale, il panorama giurisprudenziale degli ultimi anni si è costellato, in maniera crescente, di sentenze di legittimità ispirate da principi ben più garantisti. Sentenze coraggiose, risultanti anche nell’annullamento di doppie conformi di condanna nel merito, che attuano, oltre a ad asserirli, i principali corollari della concezione normativa della colpa sul versante delle regole cautelari: tanto sul versante dell’«*an*» del dovere diligenza, ossia dei presupposti fattuali che rendono attuale l’obbligo di adottare le regole cautelari; quanto sul versante del «*quomodo*» del medesimo dovere, ossia dell’individuazione del *modus operandi* doveroso, da ancorare a modelli cautelari predefiniti e disponibili *ex ante*⁵¹⁶.

⁵¹⁵ BARTOLI R., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit., p. 93 s., per cui è decisivo che la situazione di rischio che le regola mira a fronteggiare risulti «ben definita»: ciò tanto laddove si ponga un problema di colpa generica residuale, nonostante il rispetto delle cautele formalizzate, tanto laddove la necessità di appurare la sussistenza di una colpa “generica” si ponga in via “immediata”.

⁵¹⁶ La distinzione tra “*an*” e “*quomodo*” del dovere di diligenza è di GIUNTA F., *Maxima culpa*, cit., c. 635

Questo nuovo *trend* ha cominciato a “serpeggiare”, in maniera più o meno incisiva, in tutti gli ambiti considerati.

Basti ricordare: quanto al settore stradale, le sentenze che abbandonano – non solo “a parole” – il riferimento alla prevedibilità “in astratto” del pericolo dell’altrui condotta negligente, a favore del principio della prevedibilità “in concreto”; trattasi, infatti, di un diverso modo di ricordare che la doverosità di adottare la regola cautelare (di fonte sociale) della “manovra di emergenza” non prende le mosse da un assiomatico “dovere di prevedere”, ma dalla presenza concreta di oggettivi “segnali di allarme”.

Proprio in virtù di una corretta ricostruzione della c.d. *Anlaß* (se si preferisce, dei “presupposti fattuali” di obbligatorietà della condotta diligente) le sentenze in parola sono giunte a escludere la responsabilità del conducente (o a confermarne l’assoluzione). Il campanello di allarme – si legge – non è un *quid* da investigare e approfondire (non si prevede), ma si “rileva” empiricamente: detto altrimenti, la base che giustifica la pretesa di una condotta emergenziale da parte dell’agente non è costituita da un dato congetturale o statistico (presente quasi per definizione in questo contesto) che faccia supporre (“ragionevolmente”, secondo quanto avrebbe supposto l’agente modello) che un pedone attraversi fuori dalle strisce, che un altro conducente non conceda la precedenza ecc., bensì da un dato *materiale* (“concreto e risolutivo”), da individuare specificamente in sentenza⁵¹⁷.

Accanto a queste, si affiancano le sentenze incardinate sulla concezione normativa della colpa, che esigono l’indicazione della regola cautelare *ex ante* doverosa ai fini della condanna per reato colposo da incidente stradale⁵¹⁸.

Nel settore della sicurezza sui luoghi di lavoro invece, specialmente con riguardo alla condotta imprudente del lavoratore, un simile indirizzo “garantista” ha (ancora) maggiori difficoltà a penetrare. L’esito è certamente comprensibile se si considerano la natura tendenzialmente endogena del rischio, le condizioni di debolezza in cui versano le potenziali vittime e la corrispondente posizione di garanzia

⁵¹⁷ Cfr. le sentenze analizzate al § 5.1 di questo Cap., in particolare quelle indicate alla nota n. 107.

⁵¹⁸ Di recente v. Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 2018, n. 40050, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 3, p. 1169, che ha annullato la sentenza di merito che si era limitata a fondare la condanna per omicidio stradale colposo sul generico riferimento all’inadeguatezza della velocità tenuta dall’imputato, senza esplicitare quale fosse la velocità adeguata

(particolarmente ampia) delineata in capo datore di lavoro; d'altra parte, però, diventa stigmatizzabile quando il dovere di "controllo" preteso dal garante viene esteso fino a ricomprendere rischi volutamente introdotti dal dipendente, in aperta disobbedienza alle direttive ricevute.

Le criticità perdurano, almeno in parte, anche con riguardo alla distinzione tra norme di dovere (pre-cautelari) e regola cautelare di natura "modale": sebbene la distinzione sia definitivamente penetrata all'interno della giurisprudenza, sono ancora molte le sentenze che – negli esiti applicativi – riducono la "tipicità" della colpa alla violazione del dovere istituzionale di vigilanza o al dovere di formazione senza specificare le regola cautelare "modale" che il loro rispetto avrebbe consentito di osservare.

All'opposto, danno prova dei passi avanti compiuti: il quasi definitivo abbandono dell'orientamento "vetusto" che si limitava a fondare la colpa generica del datore sulla violazione dell'art. 2087 c.c. quale "norma di chiusura" e, correlativamente, il crescente riferimento, al posto del primo, a regole di condotta che costituiscono il "precipitato operativo" di protocolli diffusi e generalmente applicati nel settore produttivo di riferimento⁵¹⁹. L'ancoraggio ai protocolli, però – sebbene sia in crescita – è ancora timido: accanto a queste prime pronunce, molte altre continuano a incentrare la colpa su una prevedibilità che non ammette lacune (basti pensare alle vicende "amianto" e "Porto Marghera"); calibrata sulla migliore scienza ed esperienza "assolute", questa riesce a rendere doverosa qualsivoglia modalità comportamentale (fino all'astensione) che *a posteriori* risulti capace di abbassare il rischio.

Nel complesso, quindi, la transizione da un modello che si limita a porre un obbligo di agire di carattere prevenzionistico a un modello che, invece, scorge la vera "essenza" della tipicità colposa nella violazione di regole cautelari di natura "modale" (descrittive delle modalità con cui assolverlo in modo adeguato), può dirsi ancora in via di consolidamento⁵²⁰. Parimenti bisognoso di "rafforzamento" è risultato anche il passaggio verso un sistema in cui l'obbligatorietà concreta delle suddette norme

⁵¹⁹ Cfr. l'analisi casistica svolta al § 5.2.

⁵²⁰ Sono le conclusioni tratte da MICHELETTI D. (v. *La responsabilità penale del medico*, cit., spec. p. 10) all'esito di un ampio confronto con la casistica in materia colposa.

modali venga valutata alla luce delle condizioni fattuali presenti *ex ante* e delle conoscenze a disposizione.

L'impressione che si sia ancora "in mezzo" al cammino ha trovato conferma anche nel campo della Protezione civile: in questo, la Suprema Corte ha sì recentemente ribadito, a chiare lettere, la distinzione tra norme di dovere e regole modali; e tuttavia, non sembra aver "metabolizzato" fino in fondo le conseguenze che dovrebbero discendere da una simile affermazione di principio.

La suddetta distinzione, infatti, è ancora di fatto "annebbiata" dalla declinazione della prevedibilità secondo valutazioni generalizzanti e sconnesse dal patrimonio scientifico disponibile *ex ante*; ovvero, da un'estensione a dismisura del "dovere di valutazione" e approfondimento del rischio a scapito, non solo dell'ancoraggio della tipicità a regole cautelari protocollari (sostituite da norme "precauzionali" finanche irragionevoli, come "sgomberare" intere città di una Regione sulla base della "non escludibilità" del rischio), ma, anzitutto, della corretta ricostruzione dei "segnali di allarme".

Ciò detto, anche in questo ambito e proprio su quest'ultimo versante si sono scorti alcuni "semi" di cambiamento: il riferimento va alla recente pronuncia della Suprema Corte nella vicenda relativa all'alluvione di Messina, che ha confermato la pronuncia assolutoria disposta in secondo grado a favore dei Sindaci dei due Comuni interessati. Si è visto, infatti, che a far crollare il castello accusatorio costruito in primo grado sia stata la considerazione per cui la mancata attuazione dei piani di Protezione civile all'epoca in vigore – peraltro generici e privi di riferimento a fenomeni del tipo di quello verificatosi – non fosse loro addebitabile per mancanza di prevedibilità in concreto del rischio. Gli accertamenti sugli orari in cui i Sindaci erano stati avvertiti di quanto stava accadendo nelle zone colpite dal disastro – ovvero, sul momento in cui il rischio poteva dirsi concretamente percepibile da parte loro – permettevano infatti di escludere la pretendibilità di un intervento "precauzionale" più tempestivo da parte loro. Nel tempo astrattamente utile per porre in essere un'eventuale evacuazione, detta misura non era concretamente doverosa perché il fattore di rischio che l'avrebbe ipoteticamente giustificata non si era ancora palesato e, stante la genericità degli avvisi

(tranquillizzanti) ricevuti, nemmeno poteva (né doveva) congetturarsi⁵²¹. Da che, la conclusione per cui “il fatto” proprio “non sussiste”: mancandone i presupposti (pre-tipici) di attivazione, nessun *dovere* di diligenza poteva dirsi violato.

Infine, alcuni segnali di transizione verso un modello di colpa autenticamente “normativo” si sono avvertiti anche in ambito medico: in questo, la giurisprudenza più recente ha mosso notevoli passi avanti in ambedue le direzioni considerate.

Quanto al primo aspetto – il ricorso a regole di condotta “modali” per dar corpo alla tipicità della colpa medica – al posto dell’armamentario motivazione tradizionale fatto di richiami al “rischio consentito”, al criterio della prevedibilità e agli annessi parametri deontici di riconoscimento della diligenza doverosa, le sentenze più recenti prediligono il riferimento alle linee guida e alle (migliori) prassi comportamentali seguite dagli operatori sanitari, nel contesto in cui è intervenuto l’imputato; coerentemente trovano censura le sentenze di merito in cui l’individuazione della regola cautelare violata sia stata carente⁵²²; e, altresì, quelle che abbiano «recisamente escluso» la rilevanza delle linee guida ove l’imputato non abbia soddisfatto il relativo onere di allegazione⁵²³.

Peraltro, a seguito dell’introduzione dell’art. 5 della l. 24/2017, la corretta ricostruzione dei requisiti costitutivi della tipicità colposa, primo tra tutti la violazione di uno specifico *modus operandi*, sembrerebbe destinata a radicarsi in via definitiva. A far ben sperare si aggiunta, da ultimo, l’“informativa in tema di indagini sulla responsabilità sanitaria nella emergenza da Covid-19” divulgata dalla Procura Generale della Corte di Cassazione in merito alle problematiche della responsabilità sanitaria nella fase emergenziale: sotto il profilo operativo, questa ha ricordato l’esigenza ineludibile di identificare immediatamente, in maniera «certa e dettagliata» e con valutazione *ex ante* la regola cautelare di riferimento; si riconosce, inoltre, l’utilità di disporre di una ricostruzione «dettagliata delle conoscenze scientifiche progressivamente acquisite in tema di coronavirus», per capire se un comportamento

⁵²¹ In merito a questa pronuncia v. quanto concluso al § 8.2.

⁵²² In questo senso, v. la già citata Cass. pen., sez. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536, nonché Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, Rv. 273464, ambedue riportate da MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 3. Analogamente, già prima, Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2016, n. 39445, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 322 ss.

⁵²³ Così Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 2018, n. 49884, in *DeJure*.

terapeutico o organizzativo diverso da quello tenuto fosse anche «esigibile». Di fatti, nella gestione dei primi casi, i medici disponevano evidentemente di un «livello di conoscenza inferiore a quello acquisito successivamente»: che è come ribadire la necessità di ancorare giudizio di colpa sul patrimonio nomologico effettivamente presente al momento del fatto, piuttosto che su quello a disposizione di un qualche medico modello⁵²⁴. L'oggettivo difetto di conoscenze, prima ancora che impedire la formazione di regole cautelari efficaci, fa venire meno la possibilità concreta di “riconoscere” il fattore di rischio come presente in quel contesto⁵²⁵.

Passando a considerare i rapporti tra colpa generica e specifica, sembra invece ancora presente il rischio che – una volta sancito l'ineludibile ancoraggio della tipicità a regole di comportamento di natura protocollare o alle c.d. *best practices* – al loro rispetto venga poi sistematicamente disconosciuta efficacia liberatoria. In questo settore, infatti, le peculiarità di ogni caso clinico ostacolano la standardizzazione dell'atto medico e aumentano il pericolo che, con il senno di poi, al medico venga chiesto sempre un di più o un di meglio rispetto a quanto previsto dai protocolli generalmente praticati. In pratica, la tentazione è quella di affermare, apoditticamente, che la situazione terapeutica concreta presentasse una “specificità” tale da imporre l'allontanamento dalla regola astrattamente indicata come doverosa dalle linee guida⁵²⁶.

Sebbene sia ancora presente la tendenza a richiamare rigorosamente le linee guida in funzione di condanna (ovvero per constatarne la violazione) ma a non operare in maniera altrettanto rigorosa quando si tratti di riconoscere effetto liberatorio alla loro osservanza, alcune recenti sentenze hanno introdotto dei “germi” di cambiamento anche sotto questo profilo.

Il riferimento va: da un lato, alle pronunce che – dopo aver riconosciuto la conformità dell'azione del medico alle linee guida vigenti all'epoca del fatto – ne fondano la colpa generica c.d. residuale su «circostanze particolari» del caso concreto, debitamente indicate in sentenza e tali da espungere il fatto dalla situazione di rischio

⁵²⁴ Procura Generale della Corte di Cassazione, Prot., 15 giugno 2020, n. 12169, p. 3 ss.

⁵²⁵ Sul punto v. GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare*, cit., p. 9, dove si conclude che «per riconoscere, bisogna conoscere».

⁵²⁶ Con particolare riguardo all'ambito medico, riconosce questo rischio MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 26 ss.

prevista dalle linee guida applicati; a seguire è l'indicazione della cautela "modale" (alternativa rispetto alle raccomandazioni "documentate") da considerarsi doverosa al momento della condotta⁵²⁷. Parimenti rispettata, quindi, è anche la seconda condizione necessaria a fondare (legittimamente) una colpa generica "integratrice", ovvero sia, il riferimento a «buone pratiche clinico assistenziali» diffuse e accreditate, che sopperiscano al venire meno nel caso di specie del modello di prevenzione (di "colpa specifica") previsto in via generale.

Dall'altro lato, si riscontrano anche sentenze che escludono la possibilità di ascrivere una colpa "residuale" in ragione della mancanza, nel caso di specie, di quelle specificità "rilevanti" suscettibili di legittimare (ossia rendere doveroso) il discostamento delle regole protocollari o dalle «prassi operative del reparto»⁵²⁸.

All'opposto, fino ad oggi non si registrano pronunce che abbiano ratificato la tesi difensiva volta a prospettare la rilevanza delle anzidette "peculiarità del caso concreto": ossia, la tesi per cui il mancato rispetto da parte del medico di una regola cautelare precisamente indicata, fosse appunto giustificato da alcune particolari "specificità fattuali"⁵²⁹.

Infine, sempre sotto il profilo della corretta ricostruzione della c.d. *Anlaß*, possono ricordarsi i passi avanti compiuti da alcune recenti sentenze in tema di c.d. diagnosi differenziale. Tutte le indicate pronunce, infatti, sono giunte a conclusioni cassatorie anzitutto in ragione della mancanza di "segnali di allarme" che rendessero operativo l'obbligo di porre in diagnosi differenziale una diversa/ulteriore patologia⁵³⁰.

Particolarmente pregevole è l'affermazione per cui un'esatta ricostruzione della c.d. *Anlaß* presupponga l'abbandono della prognosi postuma propria della logica predittiva: errato, dunque, è l'aver riscontrato l'obbligatorietà della diagnosi differenziale in base a sintomi sorti dopo la valutazione incriminata; ossia, l'aver anticipato campanelli di allarme manifestatisi solo successivamente, piuttosto che limitare lo sguardo al quadro sintomatologico effettivamente presente e percepito dal

⁵²⁷ Già Cass. pen., sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168, Rv. n. 261764.

⁵²⁸ In questi termini Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 2018, n. 48014 [inedita].

⁵²⁹ Per alcuni casi in cui dette prospettazioni non hanno avuto successo v.: Cass. pen., sez. IV, 30 maggio 2018, n. 40923, Rv. n. 273927 e Cass. pen., sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38365 [inedita], entrambe commentate da MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico*, cit., p. 54 s.

⁵³⁰ Cfr. la casistica di cui al § 8.3.

medico al momento della visita/intervento⁵³¹. Invece, si precisa, il ricorso alla diagnosi differenziale non s'impone in base a un'incertezza diagnostica qualsiasi, non prende le mosse da un fumoso obbligo di previsione, ma possiede una *Anlaß* sua propria⁵³².

Anche la necessità di una ricostruzione dettagliata – da condurre in ottica rigorosamente *ex ante* – degli indizi rivelatori del rischio (compresi i sintomi “ambivalenti”) può dunque ritenersi in via di graduale acquisizione da parte della giurisprudenza.

Peraltro, pur essendosi concentrate sulle condizioni di doverosità della diagnosi differenziale, queste stesse sentenze hanno ricordato, e coerentemente applicato, anche altre fondamentali implicazioni della concezione normativa della colpa: non solo sul versante della prevedibilità in concreto del rischio – da basare su evidenze oggettive – ma anche sul piano della declinazione “socio-ordinamentale” del dovere di diligenza, che deve trovare necessariamente corpo in regole di condotta modali o “premodali”, nella specie quelle indicate dai protocolli diagnostico-terapeutici. Ad essere parimenti criticata, infatti, è proprio la noncuranza della letteratura scientifica e delle indicazioni di provenienza protocollare (e simili)⁵³³: è in esse che il dovere di “diligente” approfondimento diagnostico trova la propria guida.

In ultimo, non può non farsi cenno a una recentissima pronuncia di annullamento di una doppia condanna di merito, contenente anch'essa argomentazioni particolarmente apprezzabili su tutti i versanti considerati⁵³⁴.

In particolare, vi si legge che le sentenze di merito avessero affermato il discostamento da parte degli imputati dalle linee guida accreditate in maniera del tutto assiomatica, senza indicarle e senza illustrare le ragioni del giudizio.

⁵³¹ A statuirlo è Cass. pen., sez. IV, 5 maggio 2018, n. 29083, cit.

⁵³² Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 21868, cit. Già prima v. Cass. pen., sez. IV, 7 gennaio 2016, n. 1846, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 6, p. 2497, che ha confermato la sentenza assolutoria emessa nei confronti di un neurologo in relazione al decesso di una paziente affetta da patologia oncologica non ritenendo provato, oltre al nesso causale, anche il presupposto di fatto dell'omesso approfondimento delle condizioni generali della paziente, che era stata comunque avviata ad una visita specialistica.

⁵³³ Così Cass. pen., sez. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., p. 9 ss.

⁵³⁴ Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, reperibile in *DeJure*, in *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 2020, fasc. 3, p. 1593 con nota di BERTELLONI P., *La discrezionalità 'vincolata' del giudice nell'accertamento processuale della colpa medica: la Corte di Cassazione elabora una guida ermeneutica per sindacare l'operato dell'esercente la professione sanitaria*, *ivi*, p. 1606 e in *Diritto & Giustizia*, 2020, fasc. 97, p. 6 ss. con nota di GRILLO P., *Una monumentale sintesi dei principi in materia di responsabilità sanitaria: il rilievo dell'imperizia, del grado della colpa e delle linee guida*, *ivi*.

Al primo imputato era stata ascritta, dapprima, «una mancata/errata diagnosi per la cattiva interpretazione e refertazione delle immagini» (e anche, come conseguenza, «di non aver dato luogo ad un iter diagnostico, con il conseguente disconoscimento della c.d. “emorragia sentinella”»), basata sull’argomentazione che i sintomi patognomici fossero «ampiamente manifesti»; ma poi, gli si era al contempo contestata anche la mancata richiesta di esami ulteriori finalizzati ad appurare la medesima emorragia, «con ciò contraddicendo il giudizio di manifesta presenza del sanguinamento»⁵³⁵. A ciò si aggiungevano: la carente ricostruzione dei dati attinenti al contesto nel quale era stato eseguito l’esame e rilasciata la diagnosi; la scarsa attenzione all’esperienza concreta dell’imputato; nonché, la mancata esplicitazione dei doveri del radiologo e quindi l’indicazione della condotta alternativa lecita.

Quanto alla seconda imputata, invece, i giudici di merito avevano affermato che la sua condotta fosse stata connotata da «superficialità e frettolosità», senza rendere però «conoscibili le premesse fattuali» dalle quali avessero tratto un simile giudizio. Inoltre, in primo grado le si era contestata l’omessa richiesta di approfondimenti diagnostici, senza però minimamente considerare l’indicazione, da parte di un teste, dell’esistenza di un protocollo al quale la stessa si era allineata; sul punto era rimasta silente anche la sentenza di appello, che si era limitata a condividere le conclusioni colpevoliste dei primi giudici, senza indicare specificamente alcuna regola cautelare violata.

A queste condivisibili considerazioni è seguita l’indicazione estremamente lineare – una sorta di «check-list» per l’accertamento della colpa medica – dei punti principali a cui i giudici di merito sono chiamati a prestare attenzione per giudicare la responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria⁵³⁶: « 1) [valutare] se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; 2) specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa generica o specifica, e se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza); 3) appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata dalle pertinenti linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali (...) e più in generale quale sia stato il grado della colpa; 4) ove il reato non sia stato commesso sotto la vigenza dell’art. 590-sexies c.p.

⁵³⁵ *Ibidem*, § 6 ss.

⁵³⁶ La definisce una «check-list» BERTELLONI P., *La discrezionalità ‘vincolata’ del giudice*, cit.

(...), accertare a quale delle diverse discipline succedutesi nel tempo debba essere data applicazione, in quanto più favorevole all'imputato nel caso concreto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 c.p., comma 4»⁵³⁷.

Di fronte a sentenze del tenore di quelle riportate da ultimo, non resta dunque che sperare che – come già accaduto, nel ventennio scorso, con riguardo all'istituto della causalità oggettiva – la giurisprudenza porti avanti l'evoluzione intrapresa, facendo dei ricordati principi la base sempre più solida delle proprie decisioni future.

⁵³⁷ Così, testualmente, una delle massime di Cass. pen., sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, cit.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984.
- AA.VV., *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011.
- AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013.
- AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014.
- AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, Atti dell'incontro di studio, Siracusa, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, 29 maggio 2015, Pisa, ETS, 2016.
- AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità penale nell'ambito dell'attività di protezione civile*, Atti dell'incontro di studio organizzato in collaborazione con il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, Sala Conferenze del Palazzo dei Marescialli, 14 luglio 2016, Pisa, ETS, 2017.
- ACCINNI G.P., *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, fasc. 3, p. 928 ss.
- ALEMANNI A., *Prefazione: per una comprensione pluralistica del rischio*, in CERASE A., *Rischio e comunicazione. Teorie, modelli, problemi*, Milano, EGEA, 2017, p. 11 ss.
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penale*, Relazione svolta al Convegno per il XXX anniversario della fondazione della rivista Giurisprudenza Commerciale, Bologna, 8-9 ottobre 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, fasc. 2, p. 534 ss.
- ALPA G., *Relazione introduttiva*, in Atti dell'incontro di studi su "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile" (Pisa, Scuola Normale Superiore, 11 marzo 1977), in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 677 ss.
- ALPA G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, Jovene, 1979.
- ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 193 ss.
- ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994.

ALTAMURA M., *Introduzione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 87 ss.

ALTAMURA M., *Intervento*, in AA.VV., *La protezione civile nella società del rischio. La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità penale nell'ambito dell'attività di protezione civile*, Atti dell'incontro di studio organizzato in collaborazione con il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, Sala Conferenze del Palazzo dei Marescialli, 14 luglio 2016, Pisa, ETS, 2017, p. 37 ss.

ALTAMURA M.-AMATO D.-FERRARIS L., *Casi e questioni in tema di Protezione civile*, in *www.discrimen.it*, 12 luglio 2019.

ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014, p. 23 ss.

ALTAMURA M.-FERRARIS L., *Intervento*, in AA. VV., *La Protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa*, Atti dell'incontro di studio, Siracusa, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, 29 maggio 2015, Pisa, ETS, 2016, p. 61 ss.

AMATO A., *L'incertezza della scienza dei terremoti e il problema dei linguaggi: il caso del processo "Grandi Rischi" all'Aquila*, in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova, Padua University Press, 2016, p. 83 ss.

AMATO A., *La difesa dei terremoti in Italia dopo le tragedie dell'Aquila e di Amatrice*, in *Criminalia*, 2016, p. 96 ss.

AMATO A., *La scienza dei terremoti tra incertezza, imprevedibilità e aule di tribunale*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C., Torino, Giappichelli, 2019, p. 147 ss.

AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F. (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, Milano, Franco Angeli, 2015.

AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C. (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli, 2019.

AMATO A.-GALADINI F., *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla "Commissione Grandi Rischi"*, in *Rivista di cultura e politica scientifica*, 2013, fasc. 3-4, p. 1 ss.

AMATO A.-GALADINI F., *La scienza mal compresa: esempi e riflessioni dal processo "Grandi Rischi"*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, 2015, p. 43 ss.

AMATO D., *Attività di protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma*, in *Criminalia*, 2015, p. 391 ss.

AMATO D., *Comunicazione del rischio e responsabilità penale. Riflessioni a margine della sentenza della Cassazione sul caso "Grandi rischi"*, in *Criminalia*, 2016, p. 107 ss.

AMATO D., voce *Diritto penale delle calamità naturali*, in *Diritto on line Treccani – Approfondimenti enciclopedici*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 2019.

AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017.

AMBROSETTI E. M., *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di AMBROSETTI E. M., Torino, Giappichelli, 2017, p. 6 s.

ASTORINA MARINO P., *Scienza e diritto di fronte alla paura del contagio*, in *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, a cura di FORTI G., Milano, Vita e Pensiero, 2020, p. 114 ss.

ATTILI V., *L'agente modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss.

ATTILI V., voce *Colpa*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de "Il Sole 24 ore"*, vol. 3, Milano, Il Sole 24 ore, 2007, p. 296 ss. e in *Diritto penale*, della serie "I dizionari sistematici", a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 141 ss.

ATTILI V., *Dalla struttura alla funzione (probatoria): il "tipo colposo" nel crogiolo dell'accertamento giudiziale - From the rule of law to evidential requirements: "negligence" in the muddled judicial finding process*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 4, p. 1571 ss.

AUBY J.B., *Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions*. In *Études et documents du conseil d'État* 2005, n. 56, 2005, p. 351 ss.

BAGLIVO G., *La storia dell'inchiesta crollata davanti al gup. L'alluvione e le indagini che hanno sbagliato indirizzo*, in *L'ora di Vibo*, 7 luglio 2009.

BALDUZZI R. (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2010.

BARBERO D., *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 572 ss.

BARBERO D., *Il sistema del diritto privato. Prima edizione dopo la scomparsa dell'Autore*, a cura di LISERRE A.-FLORIDIA G., Torino, UTET, 1988 (rist. 1990).

BARBIERI M. C., *La sentenza sul terremoto dell'aquila: una guida alla lettura. Nota a Trib. di L'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi e a., Giud. Billi, in www.penalecontemporaneo.it, 7 marzo 2013 e in *Corr. mer.*, 2013, p. 531 ss.*

BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza). Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, Firenze, Firenze University Press, 2010.*

BARTOLI R., *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 597 ss.

BARTOLI R., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 gennaio 2011.

BARTOLI R., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 2020, fasc. 7, p. 85 ss.

BASILE F., *La colpa in attività illecita*, Milano, Giuffrè, 2005.

BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, a cura di BELLANTONI G.-VIGONI D., Piacenza, 2010, p. 209 ss. e in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2012.

BAUMAN Z., *In search of politics*, Cambridge, Polity Press, 1999, trad. it. Bettini G., *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2000.

BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1 Suhrkamp Verlag, 1986 trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, a cura di PRIVATERA W., Roma, Carocci, 2000.

BECK U., *Weltrisikogesellschaft: auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2007, trad. it. Sandrelli C., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

BECK U., *World Risk Society and Manufactured Uncertainties*, in *Iris – European Journal of Philosophy and Public Debate*, Vol. 1, n. 2, 21 October 2009, p. 291 ss. (reperibile anche sul sito: www.fupress.net).

BECK U., *Mi sento incerto, voglio cambiare*, in *Reset*, 2001 (settembre-ottobre), n. 67, reperibile sul sito: www.reset.it.

BELLANTONI G.-VIGONI D. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, Piacenza, 2010.

BELLINA M., *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, nota a Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1013 ss.

BELLOMO M., voce *Diligenza (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 528.

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631 ss.

BERTELLONI P., *La discrezionalità 'vincolata' del giudice nell'accertamento processuale della colpa medica: la Corte di Cassazione elabora una guida ermeneutica per sindacare l'operato dell'esercente la professione sanitaria*, *Riv. it. med. leg. e dir. sanitario*, 2020, fasc. 3, p. 1606 ss.

BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994.

BIANCA C.M., voce *Negligenza (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, UTET, 1965, p. 196 ss.

BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1477 ss.

BIARELLA L., *Circolazione stradale: la Cassazione specifica l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità di marcia*, nota a Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2019, n.121, in *Diritto & Giustizia*, 2020, fasc. 5, p. 9 ss.

BISACCI M. C., *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, nota a Cass., Sez. IV, 26 maggio 2006, in *L'Indice penale*, 2009, p. 195 ss.

BLAIOTTA R., *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1188 ss.

BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.

BLAIOTTA R., *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, *Intervento all'incontro "Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, organizzato presso il Dipartimento della Protezione civile a Roma il 14 ottobre 2011, in www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2012.

BLAIOTTA R., *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, p. 375 ss.

BLAIOTTA R., *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, Relazione svolta al ciclo di incontri sul tema "Il sistema di

protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori” (Roma, 28-30 maggio 2018), in *www.discrimen.it*, 28 giugno 2019.

BONANNO A. M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, nota a Trib. Urbino 23 settembre 2003, n. 328, in *L'Indice penale*, 2006, fasc. 1, p. 441 ss.

BORSARI R. (a cura di), *Processo alla scienza*, Padova, Padua University Press, 2016.

BOSETTI G., *Il lessico di Ulrich Beck*, in *Reset*, 2001 (marzo-aprile), n. 65, reperibile sul sito: *www.reset.it*.

BRICCHETTI R., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 44 ss.

BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V., c. 6.

BRUSCO C., *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

BRUSCO C., *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 settembre 2013.

BRUSCO C., *L'imputazione colposa nella materia antinfortunistica nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *La tutela della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di CASAROLI G.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-MELCHIONDA A., Pisa, ETS, 2015, p. 335 ss.

BUSNELLI F., *In tema di c.d. "rischio elettivo" negli infortuni sul lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1965, II, p. 406 ss.

BUSNELLI F., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 647 ss.

BUSNELLI F., voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, vol. XV, 1991, p. 2 ss.

BUSNELLI F., *Premessa agli Atti dell'incontro di studio tenuto a Pisa l'11 marzo 1977 sul tema "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile"*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 669 ss.

BUTTARO L., voce *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 427 ss.

BUZIO C., *Riflessioni in tema di attività medica svolta in équipe*, in *www.discrimen.it*, 5 giugno 2019 e in *La Rivista Penale*, 2019, fasc. 7-8, p. 662 ss.

CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della*

responsabilità extracontrattuale, Padova, Cedam, 1996.

CALABRESI G., *The cost of accidents*, New Haven – London, 1979, trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975.

CALCINARI R., *Il fondamento della colpa nella sentenza “Grandi rischi”: pronosticabilità degli eventi sismici tra profezie di sventura e delicati sistemi di allerta informativa*, in *Criminalia*, 2016, p. 124 ss.

CALETTI G. M., *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 737 ss.

CAMPESI G., *Governare il futuro. Materiali per una sociologia giuridica del rischio*, in *Sociologia del diritto*, 2014, fasc. 2, p. 35 ss.

CANCELLI F., voce *Diligenza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 521.

CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 657 ss.

CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011.

CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 73 ss. e in *L'Indice pen.*, 2012, fasc. 1, p. 21 ss.

CANESTRARI S.-CORNICCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2017.

CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, ETS, 2009.

CANZIO G., *Introduzione*, AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014, p. 15 ss.

CAPPELLINI A., *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, nota a Cass. pen., sez. IV, 1 giugno 2017, n. 27513, Mulas, in *Parola alla difesa*, 2017, fasc. 6, p. 643 ss.

CAPUTO M., *“Filo d’Arianna” o “flauto magico”? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012, p. 1 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 875 ss.

CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017.

CAPUTO M., *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, nota a Cass. pen. sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 724 ss.

CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, Ghiappichelli, 2007.

CARBONE E., voce *Diligenza del buon padre di famiglia*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de "Il Sole 24 ore"*, Milano, Il Sole 24 ore, vol. 5, 2007, p. 82 ss.

CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 70 ss.

CARUSO F. A.M., *Il rischio nella società della globalizzazione*, in *Annali della facoltà di scienze della formazione*, 2007, vol. 6, pp. 249-268.

CARUSO G., *La discrezionalità penale tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinamentale"*, Padova, Cedam, 2009.

CASAGLIN.-GALANTIE., *La prova scientifica nei reati di frana, valanga e inondazione nel processo penale*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C., Torino, Giappichelli, 2019, p. 179 ss.

CASAROLI G.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-MELCHIONDA A. (a cura di), *La tutela della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, ETS, 2015.

CASSANDRO G., voce *Assicurazione (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 420 ss.

CASTALDO A.R., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, *Relazione* svolta in occasione della laurea honoris causa conferita al professore Claus Roxin dall'Università centrale di Barcellona, giugno 1994, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, fasc. 4, p. 1096 ss.

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss.

CASTRONOVO C., voce *Responsabilità oggettiva II) Disciplina privatistica – Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, *Relazione* all'incontro di studi "Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi", Roma, 28-30 marzo 2011, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.

CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne Editrice, 2012.

CASTRONUOVO D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave, Relazione al Convegno di studi "Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico"*, Ravenna, 23-24 marzo 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 4, p. 1723 ss.

CASTRONUOVO D., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, p. 216 ss.

CAVALLO BORGIA R., *L'assicurazione di responsabilità civile, Responsabilità e assicurazione*, a cura di CAVALLO BORGIA R., in *Trattato della responsabilità civile*, parte III, cap. I, diretto da FRANZONI M., Milano, Giuffrè, 2007, p. 3 ss.

CEDERVALL LAUTA K., *New fault lines? On Responsibility and Disasters*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 5, n. 2, 2014, p. 137 ss.

CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

CERASE A., *Le sfide per la comunicazione del rischio in ambito sanitario*, in *Energia, ambiente e innovazione*, 2017, fasc. 3, p. 90 ss.

CERASE A., *Dalla società del rischio alla società a rischio zero: la paradossale radicalizzazione di un concetto*, in *Lezioni di società. L'eredità di Ulrich Beck*, a cura di COLELLA F.-FAGGIANO M.P.-GAVRILA M.-NOCENZI M., Milano, EGEA, 2016, p. 37 ss.

CERASE A., *La comunicazione dei rischi in contesti di incertezza interpretativa: prima e dopo il 6 aprile 2009*, in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova, Padua University Press, 2016, p. 105 ss.

CERASE A., *Quale idea della comunicazione del rischio? Tra teoria, prassi e assunti impliciti*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, Franco Angeli, 2015, p. 145 ss.

CERASE A., *Rischio e comunicazione. Teorie, modelli, problemi*, Milano, EGEA, 2017.

CERASE A., *Il rischio come cornice culturale dell'incertezza*, in *Leussein - rivista di studi umanistici*, Vol. 6, fasc. 1-2 (gennaio-agosto), 2013, p. 21 ss.

CERASE A.-AMATO A.-GALADINI F., *In scienza e coscienza*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, Franco Angeli, 2015, p. 13 ss.

CERVETTI F., *Legge n. 818 del 1984 e questione di legittimità costituzionale*, nota a Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1764 ss.

CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, Cedam, 1966.

CICU A.-MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992.

CIVELLO G., *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2011.

CIVELLO G., *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013.

CIVELLO G., *Il fondamento epistemico-volitivo della responsabilità colposa: nuovi orizzonti dommatici per la concezione normativa della colpa*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema. Atti del Sesto Ginnasio dei Penalisti*, 18-19 Marzo 2016, Scuola Superiore Sant'Anna, Torino, Giappichelli, 2018, p. 161 ss.

COLELLA F.-FAGGIANO M.P.-GAVRILA M.-NOCENZI M. (a cura di), *Lezioni di società. L'eredità di Ulrich Beck*, Milano, EGEA, 2016.

COLETTI V., *Genova 2011: analisi di un processo*, Genova. De Ferrari, 2020.

COLOMBI CIACCHI A., *Alla ricerca della determinatezza della fattispecie colposa: i recenti sviluppi della dottrina tedesca*, Lezione tenuta al Corso di dottorato in discipline penalistiche presso l'Università degli Studi di Firenze, 29 giugno 2004, in *L'Indice penale*, 2005, fasc. 2, p. 761 ss.

COMANDUCCI P.- GUASTINI R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico, Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli, 1989.

COMMISSIONE C.E., “*Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*”, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

COMPAGNA F. (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, Jovene, 2012.

COMPORTE M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1965.

CONSORTE F., *Tutela penale e principio di precauzione: profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, Giappichelli, 2013.

COPPOLA I., *Principio di affidamento e limiti della sua operatività in materia di circolazione stradale*, nota a Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2017, n. 45795, in www.ilpenalista.it, 15 novembre 2017.

CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2013.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.

CORNACCHIA L., Ein unausrottbares verstandnis? *L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, p. 575 ss.

CORNACCHIA L., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G., Napoli, Jovene, 2011, p. 823 ss.

CUPELLI C., *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, osservazioni su Cass. pen., sez. IV, ud. 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2013 e in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 9, p. 2999 ss.

CUPELLI C., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2014, p. 225 ss.

CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, nota a Cass. pen., sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, Pres. Blaiotta, Rel. Blaiotta – Montagni, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017.

CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, nota a Cass. pen. sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3164 ss.

CUPELLI C., *La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, fasc. 3, p. 370 ss.

CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in www.sistemapenale.it, 15 giugno 2020.

D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 434 ss.

D'AMICO G., voce *Negligenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XII, Torino, UTET, 1995, p. 24 ss.

D'AURIA D., *Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell'evento dannoso*, nota a Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 2016, n. 35834, in *Giur. it.*, 2017, fasc. 2, c. 468 ss.

DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, Bologna, Zanichelli, 1971.

- DE CUPIS, *Il danno*, Milano, Giuffrè, 1979.
- DE FRANCESCO G., *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p., 665 ss.
- DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, 2^a ediz., Torino, Giappichelli, 2011.
- DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e “colpa grave” alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 12, p. 5013
- DE FRANCESCO G., *In tema di colpa. Un breve giro d’orizzonte*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 febbraio 2021.
- DE FRANCESCO G.-MORGANTE G. (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema. Atti del Sesto Ginnasio dei Penalisti, 18-19 Marzo 2016*, Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa, Giappichelli, 2018, p. 313 ss.
- DE LORENZI V., *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 2, p. 456 ss.
- DE SANTIS G., *Violazione della regola cautelare formalizzata e prevedibilità/evitabilità dell’evento alla luce di alcuni recenti arresti della IV Sezione penale della Suprema Corte di cassazione*, in *Rivista penale*, 2011, p. 1104 ss.
- DE TURA A., *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, a cura di BALDUZZI R., Bologna, Il Mulino, 2010, p. 247 ss.
- DE VERO G. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C. E., Torino, Giappichelli, 2010.
- DEIDDA B.-GARGANI A. (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. X, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C. E., Torino, Giappichelli, 2012.
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.
- DI BUCCI D.-DOLCE M., *La scienza nel processo decisione di protezione civile per la gestione dei rischi*, in *Scienza, diritto e processo penale nell’era del rischio*, a cura di AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C., Torino, Giappichelli, 2019, p. 201 ss.
- DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003.
- DI GIOVINE O., *L’autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità*

penale?, in www.legislazionepenale.eu, 13 maggio 2019.

DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, Giappichelli, 2012.

DI LANDRO A. R., *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2018, fasc. 2, p. 403 ss.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, a cura di GALGANO F., Bologna-Roma, 1988, p. 305 ss.

DI MAJO A., *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 37 ss.

DI PORTO F., *Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica*, in *Riv. dir. alimentare*, Anno V, n. 4, ottobre-dicembre 2011, p. 34 ss. (reperibile anche sul sito: www.rivistadirittoalimentare.it).

DI SALVO E., *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della cassazione sul caso "Porto Marghera"*, nota a Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in *Cass. pen.*, 2009, fasc.7-8, p. 2877 ss.

DIAMANTI D. F.-MESSORI L., *La sicurezza agroalimentare fra danno da prodotto e principio di precauzione: dall'incertezza epistemica al buio scientifico, dalla scienza applicata alla post-normal science*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema. Atti del Sesto Ginnasio dei Penalisti*, 18-19 Marzo 2016, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, a cura di DE FRANCESCO G.-MORGANTE G., Torino, Giappichelli, 2018, p. 313 ss.

DOLCINI E.-PALIERO C. E (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991.

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006.

DONINI M., *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI M.-PAVARINI M., Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 11 ss.

DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 124 ss. e in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 231 ss.

DONINI M., *Prassi e cultura del delitto colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2019.

DONINI M.-ORLANDI R., *La parabola della colpa – Documento introduttivo*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 11 ss.

DONINI M.-ORLANDI R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Atti del Convegno (Ravenna, 23-24 marzo 2012), Bologna, Bononia University Press, 2013.

DONINI M.-PAVARINI M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

DOUGLAS M., *Risk acceptability according to the social sciences*, Russel Sage Foundation, New York, 1985, trad. it., Nono S., *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991.

DOUGLAS M., *Risk as a forensic resource*, in *Dedalus. Journal of American Academy of Arts and Sciences*, 1990, vol. 119, n. 4, "Risk", trad. it. Nono S., *Il rischio una risorsa dialettica*, in DOUGLAS M., *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991.

DOUGLAS M., *Risk and danger*, Relazione alla "Japanese-European Conference on Risk", Ispra, Varese, 1989, trad. it. Nono S., *Rischio e pericolo*, in DOUGLAS M., *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991.

DOUGLAS, M., *Risk and blame. Essays in cultural theory*, London, Routledge, 1992, trad. it. Bettini G., *Rischio e colpa*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 22 ss.

DOVERE S., *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l'espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 3, 2016, p. 1023 ss.

DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile: il rischio penale tra presente e futuro*, in *Riv. it. med. leg.*, I, 2017, p. 81 ss.

DUCLOS D., *Puissance et faiblesse du concept de risque*, in *L'Année sociologique*, 1996, vol. 46, n. 2, p. 309 ss.

DUNI M., *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1964, p. 317 ss.

ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970.

ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Stafrecht*, Berlin, 1930.

EUSEBI L., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G., Napoli, Jovene, 2011, p. 962 ss.

EWALD F., *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986.

EWALD F., *Two infinities of risk*, in *The politics of everyday fear*, a cura di MASSUMI B., Minneapolis, University of Minnesota Press, 1993, p. 221 ss.

EWALD F., *Philosophie de la précaution*, in *L'Année sociologique*, 1996, vol. 46, n. 2, p. 383 ss.

FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2085 e in *(Il) Foro italiano*, 1999, I, p. 3558.

FABIANI E., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 190 ss.

FALCINELLI D., *Il tramonto giurisprudenziale degli obblighi impeditivi silenti e della colpa asintomatica*, Nota a G.u.p. Trib. Perugia, 23 novembre 2006, G., in *Rass. giur. umbra*, 2008, p. 129 ss-

FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, I, p. 1.

FANELLI G., voce *Assicurazione contro i danni*, *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, p. 2 ss.

FERRARIS L., *Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 95 ss.

FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in FIANDACA G.-FRANCOLINI, *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, p. 153 ss.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ediz., Bologna, Zanichelli, 2019.

FIGLIO C., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1 ss.

FIGLIO A., voce *Reato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 ss.

FIGLIO P. P., *Il concetto di rischio tra dismisura, e sistema*, in *Rivista della Scuola Superiore di Economia e delle Finanze*, 2005, fasc. 3, p. 329 ss.

FIGLIO A., *Rischio professionale e rischio elettivo nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni*, in *Nuovo dir. agr.*, 1998, p. 90 ss.

FIGLIO P., *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 179 ss.

FIGLIO P., voce *Colpa (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1988, p. 3.

FIGLIO P., *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, tomo 1, Milano, Giuffrè, 1991, p. 291 ss.

FIGLIO M., *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 11, p. 57 ss.

FIGLIO L., *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, nota a App., Sez. III, Torino 18 ottobre 1996, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 719 ss.

FIGLIO G., *Un processo alla scienza? Il penalista di fronte alle questioni dogmatiche e agli spunti di novità della vicenda giudiziaria aquilana*, in *Processo alla scienza*, a cura di FIGLIO R., Padova, Padua University Press, 2016, p. 65 ss.

FIGLIO G.-FIGLIO G., *Scienza, rischi naturali, comunicazione del rischio e responsabilità penale. Il punto di vista del penalista*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di FIGLIO A.-FIGLIO A.-FIGLIO F., Milano, Franco Angeli, 2015, p. 7ss.

FIGLIO G., *La descrizione dell'"evento prevedibile" nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1559 ss.

FIGLIO G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.

FIGLIO G., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, Relazione presentata al convegno di studio sul tema *"Il principio di precauzione nel diritto contemporaneo"*, Abbadia di Fiastra, 19-21 ottobre 2006, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.

FORTI G., *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, a cura di FORTI G.-BERTOLINO M., Napoli, Jovene, 2007, p. 573 ss.

FORTI G., *Nuove prospettive sull’imputazione penale “per colpa”: una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 97 ss.

FORTI G. (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, Milano, Vita e Pensiero, 2020.

FORTI G.-CATINO M.- D’ALESSANDRO, F.-MAZZUCATO C.-VARRASO G. (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, ETS, 2010.

FORTI G.-BERTOLINO M. (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, Jovene, 2007.

FRANZONI M., voce *Responsabilità oggettiva, I) Disciplina privatistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1.

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 95 ss.

FRANZONI M., *Civile e penale*, in *Il diritto civile e gli “Altri”, Atti del Convegno*, Roma, 2-3 dicembre 2011, a cura di ROPPO V.-SIRENA P., Milano, Giuffrè, 2013, p.109 ss.

FRANZONI M., *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2018, p. 90.

FURIOZZI M., *La protezione civile in Italia e all’estero. Storia e organizzazione*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2010.

GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell’incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 3 ss.

GABRIELLI F., *Prefazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014, p. 3 ss.

GANDINI F.-MONTAGNI A., *La protezione civile: profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, Giuffrè, 2007.

GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, fasc. 1, p. 191 ss.

GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1988.

GALLAS W., *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *La scuola positiva*, 1963, p. 3 ss.

GALLO M., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 624 ss.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, Giappichelli, 2007.

GANDINI F.-MONTAGNI A., *La protezione civile: profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, Giuffrè, 2007.

GARGANI A., *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997.

GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *La legislazione penale*, 2011, p. 397 ss.

GARGANI A., *Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di funzioni di protezione civile*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, a cura di GESTRI M., Milano, Giuffrè, 2016, e in www.la legislazione penale.eu, 6 novembre 2015.

GARGANI A., *Profili di responsabilità penale degli operatori della protezione civile: la problematica delimitazione delle posizioni di garanzia*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, a cura di GESTRI M., Milano, Giuffrè, 2016, p. 207 ss.

GARGANI A., *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile tra passato e futuro*, *Relazione svolta al ciclo di incontri sul tema "Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori"*, Roma, 28-30 maggio 2018, in www.discrimen.it, 24 giugno 2019.

GARLAND D., *The rise of risk*, in *Risk and morality*, a cura di ERICSON R. V., DOYLE A., Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 48 ss.

GENTILI A., *Prefazione* a VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010 (collana *Quaderni di filosofia analitica del diritto*, n. 12), p. XV ss.

GESTRI M. (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, Milano, Giuffrè, 2016.

GIDDENS A., *Risk and responsibility*, in *The Modern Law Review*, vol. 62, n. 1, Jan. 1999, p. 1 ss.

GIDDENS A., *The consequences of modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990, trad. it. Guani M., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, Il Mulino, 1994.

GIORGIANNI M., *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, UTET, 1958, 596 ss.

GIORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 406 ss. e in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 702 ss.

GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, *Corso di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1970.

GIOVAGNOLI R., *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, nota a Cass. pen., 22 ottobre 1999, n. 12115, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 990 ss.

GIUFFRIDA M., *Rischio e responsabilità penale*, in *Giur. merito*, 2000, fasc. 6, p. 1393 ss.

GIUFFRIDA M., *Rischio e responsabilità penale*, in *Giur. merito*, 2001, fasc. 1, p. 299 ss.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993.

GIUNTA F., *Il trattamento differenziato dei reati colposi: spunti per una riforma*, in *Studi senesi*, 1994, p. 22 ss.

GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 1999, p. 86 ss.

GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare. A proposito di recenti fatti di cronaca*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, fasc. 10, p. 1295 ss.

GIUNTA F., *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.*, 2003, fasc. 1, p. 158 ss.

GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, vol. I, *Delitti contro l'economia pubblica e reati societari*, Torino, Giappichelli, 2004.

GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227 ss.

GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149 ss.

GIUNTA F., voce *Medico (responsabilità penale del)*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica de "Il Sole 24 ore"*, vol. 9, Milano, 2007, p. 514 ss. e in *Diritto penale*, della serie "I dizionari sistematici", a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 876 ss.

GIUNTA F., *Principio di precauzione*, in *Diritto penale*, della serie "I dizionari sistematici", a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 905 ss.

GIUNTA F., *Intervento* in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 107 ss.

GIUNTA F., *Repliche* in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p.143 s.

GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 69 ss. e in *Giust. pen.*, 2012, II, fasc. 11, c. 577 ss.

GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, fasc. 2., p. 819 ss.

GIUNTA F., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014, p. 69 ss.

GIUNTA F., *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, p. 561-ss.

GIUNTA F., *Maxima culpa*, in *Giust. pen.*, 2016, II, c. 632 ss.

GIUNTA F., *Quale colpa per la Protezione civile?*, in *Giust. pen.*, 2016, c. 125 ss.

GIUNTA F., *Culpa, culpae*, in *www.discrimen.it*, 4 giugno 2019.

GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Edizioni ETS, 2019.

GIUNTA F., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *www.discrimen.it*, 2 gennaio 2021.

GIUNTA F.-MICHELETTI D. (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010.

- GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, Milanofiori Assago, IPSOA, 2011.
- GIZZI L., *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, nota a Cass. pen. sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1536 ss.
- GRAZIADEI M., *La regolazione del rischio e il principio di precauzione: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Sistemi intelligenti*, agosto 2017, fasc. 2, p. 499 ss.
- GRILLO P., *Una monumentale sintesi dei principi in materia di responsabilità sanitaria: il rilievo dell'imperizia, del grado della colpa e delle linee guida*, in *Diritto & Giustizia*, 2020, fasc. 97, p. 6 ss.
- GROSSFELD B., *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, 1961.
- GROTTO M., *Obblighi di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, Nota a Trib. Piacenza, sent. 25 maggio 2012 (dep. 8 agosto 2012), n. 592 e Trib. Forlì - sez. Cesena, sent. 23 maggio 2011 (dep. 18 agosto 2012), n. 480, in www.penalecontemporaneo.it, 25 settembre 2012.
- GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012.
- GUARINIELLO R., *Tumori professionali a Porto Marghera*, nota a Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, fasc. 10, II, p. 551 ss.
- GUIDI D L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T., Pisa, ETS, 2009, p. 209 ss.
- HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)*, in *Danno e Resp.*, 2017, fasc. 1, p. 75 ss.
- HAZAN M.-TAURINI S. (a cura di), *Assicurazioni private*, Milano, Itinera Guide giuridiche, Ipsoa, Wolters Kluver, 2015.
- HERZOG F., *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, a cura di STORTONI L.-FOFFANI L., Milano, Giuffrè, 2004, p. 357 ss.
- IADECOLA G., *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. legge Balduzzi*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo Sanitario*, 2013, p. 549-550.
- IADECOLA G., *Diversità di approccio tra Cassazione civile e penale in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. e processo*, 2005, fasc. 1, p. 113 ss.

KRIER J., *Risk and the Legal System*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 545, 1996, p. 176 ss.

LASCOUMES P., *La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité*, in *L'Année sociologique*, 1996, vol. 46, n. 2, p. 359 ss.

LATAGLIATA A.F., *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione*, in *L'Indice penale*, n. 2, 1991, p. 281 ss.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999.

LEONCINI I., voce *Omissione*, in *Diritto penale*, della serie "I dizionari sistematici", a cura di GIUNTA F., Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 182 ss.

LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, a cura di GIUNTA F-MICHELETTI D., Milano, Giuffrè, 2010, p. 107 ss.

LOMBARDI F., *Il principio di affidamento con particolare riguardo all'investimento del pedone incauto*, nota a Cass. pen., sez. IV, 9 gennaio 2015, n. 12260, in *Cass. pen.*, 2015, fasc. 6, p. 2368 ss.

LOTTI M., *Il concetto di rischio ed il significato dei limiti: gli aspetti generali del processo di regolamentazione delle esposizioni a sostanze chimiche*, in *Atti del 56° Congresso Nazionale della Società Italiana di medicina del lavoro e igiene industriale*, Venezia, 20-23 ottobre, 1993, Padova, S.G.E.

LUCCHINI C., *Conoscenza scientifiche sopravvenute e responsabilità*, in *Studium iuris*, 2005, fasc. 7-8, pp. 928-930.

LUCINI B., *Il rischio: definizioni sociali e contesto spaziale di sviluppo*, in *Studi di Sociologia*, vol. 49, no. 4, 2011, pp. 405-426.

LUHMANN, *Soziologie des risikos*, Berlino, Walter de Gruyter & Co., 1991, trad. it. CORSI G., *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996

LUPTON D., *Il rischio. Percezioni, simboli, culture*, il Mulino, Bologna, 2003.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

LUZZATTO G. I., voce *Colpa penale (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, tomo VII (Cir-Compa), Milano, Giuffrè, 1960, pp. 614-617.

- MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 534 ss.
- MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 84 ss.
- MANNA A., *Il risarcimento del danno tra diritto civile e diritto penale*, in *L'Indice penale*, 1991, p. 591 ss.
- MANNA A., *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 1280 ss.
- MANNA A., *Prevedibilità-evitabilità dell'evento o prevedibilità-evitabilità del rischio nei delitti colposi di danno?*, nota a Trib. di L'Aquila, 22 ottobre 2012 – Billi, Giudice unico – Picuti, D'Avolio, P.M. (parz. conf.) – Barberi e altri, ricorrenti, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, settembre-dicembre 2013.
- MANNA A., *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 1176 ss.
- MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, Pisa University Press, 2014.
- MANTOVANI F., voce *colpa*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. II, Torino, UTET, 1988, p. 299 ss.
- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.2, 2001, p. 337 ss.
- MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 536 ss.
- MANTOVANI F., *Colpa medica e sue mutazioni*, in *Giust. pen.*, 2013, I, c. 1 ss.
- MANTOVANI F., *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 2, p. 767 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, XI ediz., Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2020.
- MANTOVANI M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, nota a Pret. Bologna 31 marzo 1996, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, fasc. 3, p. 1051 ss.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997.

MANTOVANI M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1051 ss.;

MANTOVANI M., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *L'Indice penale*, 1999, p. 1195 ss.

MANTOVANI M., *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 152 ss.

MARINI G., voce *Colpa II) diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, p. 1 ss.

MARINI G., *“Rischio consentito” e tipicità della condotta*, *Riflessioni in Scritti in memoria di Renato dell’Andro*, vol. II, Bari, Cacucci, 1994, p. 539 ss.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965.

MARINUCCI G., *Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’imputazione oggettiva dell’evento e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.

MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento alle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 ss.

MARINUCCI G., *La colpa*, Milano, Giuffrè, 2013.

MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1 ss. e in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di DONINI M.-ORLANDI R., Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 47 ss.

MARINUCCI G., *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell’era dello sviluppo tecnico*, *Relazione* presentata al Convegno “*La criminalità colposa: aspetti giuridici e medico sociali*”, Camerino, 23-24 ottobre 1971, pubblicata in MARINUCCI G., *La colpa, studi*, Milano, Giuffrè, 2013.

MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Tyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, in *I Working papers di Olympus*, 2012, n. 8, www.olympus.uniurb.it, 13 marzo 2012.

MARRA G., *Il diritto penale della società punitiva. L’eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in www.discrimen.it, 15 settembre 2020.

MARANDO G., *Il sistema vigente della sicurezza del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2006.

MARTIELLO G., *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 325 ss.

MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 586 ss.

MASSARO A., “*Concretizzazione del rischio*” e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, nota a Cass., Sez. IV, 23 ottobre 2008, n. 39882, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 12, p. 4699 ss.

MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne Editrice, 2011.

MASSARO A., *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, nota a Cass, Sez. IV, 2 aprile 2010, n.19637, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 11, p. 3857 ss.

MASSARO A., *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole? Funzioni e limiti del principio di precauzione de iure condito e condendo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, 9 maggio 2011.

MASSARO A., *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2016

MASULLO M. N., *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi della responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

MATTHEUDAKIS M. L., *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, nota a Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 8615, in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2010, p. 1478 ss.

MATTHEUDAKIS M. L., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme” della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, Anno LXI, fasc. 3, p. 1220 ss.

MATTHEUDAKIS M. L., *La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, fasc. 4, p. 65 ss.

MATTHEUDAKIS M. L., *L'imputazione colpevole differenziata Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983

MAZZACUVA N., voce *Evento*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. IV, 1990, Torino, UTET, p. 445 ss.

MENGER A., *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, Bocca, 1894.

MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10 ss.

MENGGONI L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.

MICHELETTI D., *Colpa generica residuale*, Nota a Cass., Sez. IV 1 febbraio 2000, n. 1170, in *Studium iuris*, 2000, fasc. 7-8, p. 907 s.

MICHELETTI D., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 609 ss.

MICHELETTI D., *La colpa del medico. Prima lettura di una ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 171 ss. e in www.discrimen.it, 28 novembre 2018.

MICHELETTI D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T., Pisa, ETS, 2009, p. 247 ss.

MICHELETTI D., *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, a cura di GIUNTA F.-MICHELETTI D., Milano, Giuffrè, 2010, p. 207 ss.

MICHELETTI D., *I reati sulla gestione del rischio lavorativo ordinario*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, a cura di GIUNTA F.-MICHELETTI D., Milano, Giuffrè, 2010, p. 243 ss.

MICHELETTI D., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, p. 275 ss.

MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, p. 323 ss.

MICHELETTI D., *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 509 ss.

MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, p. 705 ss. e in www.discrimen.it, 8 maggio 2019.

MILITIELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988.

MILITIELLO V., *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova, Padua University Press, 2016, p.135 ss. e in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 2017, p. 223 ss.

MINECCIA M., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 47 ss.

MINNELLA C., *Focus su competenze per individuare i garanti settoriali*, nota a Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, in *Guida al diritto*, 2018, n. 20, p. 76 ss.

MINNITI G., *Violazione delle regole cautelari e responsabilità per colpa nel sistema del diritto penale*, Roma, Aracne Editrice, 2007.

MORGANTE G., *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 7/8, p. 3319 ss.

MORRA L.-BAZZANELLA C., *Considerazioni sul "buon padre di famiglia"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 529 ss.

NOCENZI M., *Vivere l'incertezza sociologia, politica e cultura del rischio ambientale nelle insicurezze da inquinamento elettromagnetico*, Milano, Franco Angeli, 2002.

NOTARO D., *Scienza, rischio e precauzione. L'accertamento del nesso causale colposo all'interno di dinamiche "incerte" e "complesse".*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, a cura di GESTRI M., Milano, Giuffrè, 2016, p. 241 ss.

NOTARO D., *Scientists and earthquake risk prediction: "ordinary" liability in an extraordinary case?*, in *European Journal of Risk and Regulation*, 2014, p. 159 ss.

NOTARO D., *Colpa informativa e cautele autoprotettive: quale reazione penale alle inefficienze informative?*, in *Criminalia*, 2016, p. 143 ss.

ORSINA A., *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2015.

PACILEO P., *Civil liability e new technologies tra comparazione e best practice*, in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017, p. 3 s.

PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 395 ss.

PAGLIARA P., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 61 ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ediz., Milano, Giuffrè, 2003.

PAGLIARO A., *Bozza di osservazioni sulla sentenza "Grandi Rischi"*, nota a G.u.p. Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1818 ss.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979.

PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, p. 276 ss.

PALAZZO F., *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, fasc. 9, p. 1061 ss.

PALAZZO F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche e evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2010, p. 1229 ss.

PALAZZO F., *Relazione di sintesi*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 695 ss.

PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 185 ss.

PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, fasc. 12, p. 1545 ss.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, VII ediz., Torino, Giappichelli, 2018.

PALAZZO F., *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2020.

PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018.

PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca, Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, fasc. 4, p. 1224 ss.

PALIERO C. E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di PERINI C. -CONSULICH F., Milano, CUEM, 2006.

PALIERO C. E., *Il tipo colposo*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 517 ss.

PALIERO C. E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, fasc. 3, p. 167 ss.

PALMA A., *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, Jovene, 2016.

PANNARALE L., *Dipendere dal rischio*, in *Pol. del diritto*, 1998, fasc. 4, p. 663 ss.

PANTI A., *La responsabilità nelle attività mediche*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 167 ss.

PAONESSA C., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 641 ss.

PARISI M., *Rischio consentito e responsabilità colposa*, in *Riv. pen.*, 1998, fasc. 7-8, p. 647 ss.

PAVICH G., *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2013.

PERETTI-WATEL P., *Risque et innovation: un point de vue sociologique*, in *Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation*, 2003-2, fasc. 18, pp. 59-72.

PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela (nota a Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2011-19 dicembre 2011, n. 46819)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, fasc. 2, p. 109 ss.

PERIN A., *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, p. 1371 ss.

PERIN A., *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2018.

PERIN A., *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 2017, Vol. 12 (23), p. 207 ss.

PERIN A., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Trento, Università degli Studi di Trento, Collana della Facoltà di Giurisprudenza (n. 29), 2020.

PERINI C., *Rischio tecnologico e responsabilità penale*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2002, fasc. 3-4, p. 389 ss.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010.

PERINI C., *Gli stadi della tutela e la spiegazione causale*, in DEIDDA B.-GARGANI A. (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. X, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C. E., Torino, Giappichelli, 2012, p. 137 ss.

PERINI C., *La legislazione penale tra diritto penale dell'evento e diritto penale del rischio*, in *La legislazione penale*, 2012, fasc. 1, p. 117 ss.

PERINI C., *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema. Atti del Sesto Ginnasio dei Penalisti, 18-19 Marzo 2016, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, a cura di DE FRANCESCO G.-MORGANTE G.*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 455 ss.

PERINI C., *Una lettura penalistica della valutazione del rischio di competenza della Protezione civile, Relazione svolta al ciclo di incontri sul tema "Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori"*, Roma, 28-30 maggio 2018, in *www.discrimen.it*, 26 giugno 2019.

PETRELLI F., *Rischio sismico e "principio di precauzione"*, in *Arch. Pen. (Web)*, *www.archiviopenale.it*, maggio-agosto 2015.

PICALI P., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie e responsabilità*, Atti del convegno nazionale, Milano, Palazzo di Giustizia, 30 novembre 2013, Pisa, ETS, 2014, p. 57 ss.

PICCIONI F., *Molte incongruenze che rischiano la scure della Consulta*, in *Guida al diritto*, 2016, n. 16, p. 51 ss.

PICCIONI F., *Il dovere di attenzione del conducente si sostanzia in 3 obblighi comportamentali*, nota a Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 2019, n.18321, in *Diritto & Giustizia*, 2019, fasc. 80, p. 13 ss.

PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473 ss.

PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684 ss.

PIERGALLINI C., *Il volto e la formalizzazione delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 525 ss.

PIERGALLINI C., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI M.-PAVARINI M., Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 327 ss.

PIERGALLINI C., "Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc.4, 2012, p. 1299 ss.

PIERGALLINI C., *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 376 ss. (per la Parte I) e p. 842 ss. (per la Parte II).

PIERGALLINI C., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in *Criminalia*, 2014, p. 387 ss.

PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 261 ss.

PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in *AA. VV.*, *La crisi della legalità. «Il diritto vivente» delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016, p. 117 ss.

PIERGALLINI C., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2017, p. 222 ss.

PIRAS P., *Prescrizioni off label e regole cautelari nella responsabilità medica*, nota a *Cass. pen.*, sez. IV, 10 aprile 2012 (dep. 1 ottobre 2012), n. 37962, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013.

PIRAS P., *La diagnosi differenziale in medicina: principi giurisprudenziali*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 gennaio 2012.

PIRAS P.-CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T., Pisa, ETS, 2009, p. 285 ss.

PIRAS P.-CARBONI A., *La Cassazione interviene funditus sulle linee guida mediche*, nota a *Cass. pen.*, sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, in *Giust. pen.*, 2013, II, c. 141 ss.

PIRAS P.-LUBINU G. P., *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T., Pisa, ETS, 2009, p. 301 ss.

PISA I., *Protezione civile e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc.1, p. 223 ss.

PISA P., *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, n. 12 speciale ("Dolo e colpa negli incidenti stradali"), p. 13 ss.

PISA P.-LONGO G., *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 7 ss.

PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, Jovene, 2012, p. 53 ss.

PISTORELLI L., *Intervento in AA.VV., La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 35 ss.

PIVA D., *La responsabilità "del vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, Jovene, 2011.

POLI P. F., *La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita*, in *www.discrimen.it*, 27 luglio 2019.

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435.

PONZANELLI G., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. pen.*, 2011 fasc. 5., p. 1985 ss.

PRITTWITZ C., *Società del rischio e diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, a cura di STORTONI L., FOFFANI L., Milano Giuffrè, 2004, p. 371 ss.

PUGLIATTI S., voce *Alterum non laedere* in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 98 ss.

PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 696 ss.

PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, fasc. 4, p. 178 ss.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, 2000, p. 388 ss.

PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., Vol. VI, Milano, 2002, p. 956 ss.

PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 2, p. 778 ss.

PULITANÒ D., *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 ss.

PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, fasc. 5, p. 647 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, IX ediz., Torino, Giappichelli, 2021.

RASMUSSEN J., *Skill, Rules, Knowledge. Signals, Signs and Symbols, and Other Distinctions in Human Performance Models*, in *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics*, 1983, 12, p. 257 ss.

RAVAZZONI A., voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, 1989, p. 1 ss.

REASON J.T., *Human Error*, New York, Cambridge University Press, 1990, trad. it Parlange O., *L'errore umano*, Roma, EPC, 2014.

RESCIGNO P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 ss.

RISICATO L., *Il terremoto dell'Aquila davanti al giudice: un processo alla scienza o all'incoscienza?*, in *Quest. giust.*, 2013, p. 102 ss.

RISICATO L., *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giappichelli, 2013.

RISICATO L., *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, nota a *Cass. pen.*, sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, in *Dir. pen. e processo*, 2013, fasc. 2, p. 191 ss.

RISICATO L., *L'insicurezza del kartodromo tra colpa specifica e "assenza di buon senso"*, nota a *Cass.*, sez. IV, 20 gennaio 2014 n. 2343, in *Giur. it.*, 2014, fasc. 5, c. 1220 ss.

RISICATO L., *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico fra regole cautelari "aperte" e causalità psichica*, in *Giur. it.*, 2016, c. 1231 ss.

RISICATO L., *Responsabilità del personale medico e paramedico. Omesso controllo sul (mal)governo di macchinari capricciosi: non c'è responsabilità penale del dirigente medico*, in *Giur. it.*, 2016, fasc. 6, c. 1490 ss.

RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1356 ss.

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595.

RODOTÀ S., *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema di responsabilità civile*, in *Riv. civ. prev.*, 1977, p. 669.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709.

RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539.

ROIATI A., *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, nota a Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 7-8, p. 2867 ss.

ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012.

ROIATI A., *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2016.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, III ed., sub art. 43, Milano, Giuffrè, 2014, p. 458 ss.

RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979.

RONCO M., *Il reato come rischio sociale*, *Arch. pen. (Web)*, www.archiviopenale.it, maggio-agosto 2015.

ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001.

ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali. Scelte di valore dei giudici e controllo di legittimità nella società pluralista. Analisi della giurisprudenza della Cassazione*, Napoli, Jovene, 1983.

ROTOLO G., "Guidelines" e "leges artis" in ambito medico, Nota a Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, fasc. 1, p. 277 ss.

ROXIN K., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, p. 411 ss.

ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 3 ss.

ROXIN K., *Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, III ediz., München, 1997.

RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo II, *Teoria della pena - Teoria del reato*, a cura di DOLCINI E.-PALIERO C. E., Milano, Giuffrè, 2006, p. 1743 ss.

RUSSO R., *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, nota a Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741, Minunno, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 9, p. 3201 ss.

SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 ss.

SALCUNI G., *Aporie e contraddizioni in tema di colpa professionale*, nota alla sentenza 10 maggio 2000, n. 837, Tr. Foggia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc. 4, p. 1596 ss.

SALE C., *Il versante innocentista dell'agente modello: una sentenza in materia di responsabilità dei responsabili di una casa di riposo per omesso impedimento del suicidio di una paziente affetta da depressione*, nota a Trib. Sassari, ud. 14 dicembre 2012 (dep. 9 gennaio 2013), Giud. Altieri, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2013.

SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998.

SALVI C., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1186 ss.

SANTAMARIA D., *Prospettiva nel concetto finalistico di azione*, Napoli, Jovene editore, 1955.

SAVONA P., *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. ammin.*, 2010, fasc. 2, p. 355 ss.

SCANDELLARI C., voce *Diagnosi. Metodologia della diagnosi*, in *Universo del Corpo – Treccani*, 1999, reperibile su www.treccani.it.

SCARCELLA A., *I riflessi del Testo Unico sul ruolo di dirigenti e preposti*, in *ISL*, 2011, p. 209 ss.

SCHLESINGER P., *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 337.

SCOLABIG A.-MECHLER R.-LOMENDANTOVA N.-LIU W.-SCHROTER D.-PATT A., *The Co-Production of Scientific Advice and Decision Making under Uncertainty: Lessons from the 2009 L'Aquila Earthquake, Italy*, in *Planet Risk*, 2014, vol. II, n. 2, p. 71 ss.

SCOLOBIG A., *Brief Communication: the dark side of risk and crisis communication: legal and responsibility allocation*, in *Natural Hazards and Earth System Sciences*, 2015, p. 1451 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Illecito (Diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, UTET, 1962, p. 164 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, UTET, 1968, p. 633 ss.

SCUDLER P., *Infortunio, occasione di lavoro e rischio elettivo. Un caso di mala gestione dei principi da parte della Corte di Cassazione*, in *il Giurista del Lavoro*, 2007, fasc. 3, p. 27 ss.

SELVAGGIO M.A., *L'approccio della sociologia al rischio ambientale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato – Rivista internazionale online*, Atti della Giornata di Studi su “*Tutela dell’ambiente e diritti dei singoli. percorsi storici e prospettive attuali*”, Salerno, 3 Dicembre 2009, p. 5 (reperibile anche sul sito: www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com).

SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012.

SICCARDI F., *Capire l’incertezza: una questione di cigni, Relazione*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica* Atti dell’incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 28 ss.

SICCHIERO G., *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*, nota a Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2015, n. 10289, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 2322 ss.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, Cedam, 1975.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale* Bologna, Il Mulino, 1990.

SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, fasc. 4, p. 1193 ss.

SICCHIERO G., *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contratto e impresa*, 2016, fasc. 6, p. 1391 ss.

SILVA SANCHEZ J. M., *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. italiana a cura di MILITELLO V., Milano, Giuffrè, 2004.

SIMONCINI M., *When Science Meets Responsibility: The Major Risks Commission and*

- the L'Aquila Earthquake*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2014, p. 146 ss.
- SOFSKY W., *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main, S. Fischer Verlag, 2005, trad. it. Gandini U., *Rischio e sicurezza*, Torino, Einaudi, 2005.
- STARCK B., *Essai d'une théorie generale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.
- STELLA F., *Il decreto legislativo 626 e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2000.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003.
- STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute sui luoghi di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, fasc. 1/2, p. 55 ss.
- STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, fasc. 1, p. 71 ss.
- STORTONI L., *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *L'Indice pen.*, 2016, fasc. 1, p. 9 ss. e in *Processo alla scienza*, a cura di BORSARI R., Padova, Padua University Press, 2016, p. 51 ss. con il titolo "Che ne è della colpa penale?".
- STORTONI L.-FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, Milano, Giuffrè, 2004.
- STUCCHI M., *Rischio sismico e previsione dei terremoti nella vicenda del processo "Grandi Rischi"*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, Franco Angeli, 2015, p. 101 ss.
- SUÁREZ GONZÁLEZ C. J., *Diritto penale e rischi tecnologici*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, a cura di STORTONI L.-FOFFANI L., Milano Giuffrè, 2004, p. 413 ss.
- TALAMANCA M., voce *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 517.
- TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico, Materiali ad uso degli studenti*, II, a cura di COMANDUCCI P.-GUASTINI R., Torino, Giappichelli, 1989, p. 313 ss.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A.-MESSINEO F., vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992, p. 105 ss.

TIBALDI S., *Intervento*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 64 ss.

TIBALDI S., *Repliche*, in AA.VV., *La Protezione civile nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Atti dell'incontro di studio, Roma, Biblioteca Nazionale centrale, 4 ottobre 2011, Pisa, ETS, 2013, p. 76 ss.

TORRE V., *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività d'impresa*, Bononia University Press, 2013.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999.

TRIMARCHI R., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

TRIMARCHI P., voce *Illecito* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, p. 90.

TRIMARCHI P., *Relazioni di sintesi*, in Atti dell'incontro di studi su "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile" (Pisa, Scuola Normale Superiore, 11 marzo 1977), in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 763 ss.

TROISE C., *La responsabilità professionale: una ulteriore minaccia alla sostenibilità del sistema sanitario*, in *Iniziativa Ospedaliera*, supplemento a *Dirigenza medica*, 2011, fasc. 11-12, p. 3 s.

TROTTA F., *Principio di affidamento e reati colposi connessi alla circolazione stradale: un revirement della Cassazione*, nota a Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741, Minunno, in www.penalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2010.

TUCCI G., *Il danno ingiusto*, Napoli, Jovene, 1970.

URBAN F., *La curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*. Atti del Sesto Ginnasio dei Penalisti, 18-19 Marzo 2016, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Torino, Giappichelli, 2018, p. 169 ss.

VALBONESI C., *Scienza, "grandi rischi" e responsabilità penale*, in *L'Indice penale*, 2013, p. 525 ss.

VALBONESI C., *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giust. pen.*, 2013, II c. 703 ss.

VALBONESI C., *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 250 ss.

VALBONESI C., *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila, in Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissioni Grandi Rischi"*, a cura di AMATO A.-CERASE A.-GALADINI F., Milano, Franco Angeli, 2015, p. 265 ss.

VALBONESI C., *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi rischi"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1498 ss.

VALBONESI C., *Scienza e rischio fra prevedibilità dell'evento e predittività della decisione giudiziaria*, in *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, a cura di AMATO A.-FLORA G.-VALBONESI C., Torino, Giappichelli, 2019, p. 61 ss.

VALBONESI C.-AMATO A.-CERASE A., *The INGV Tsunami Alert Centre: analysis of the responsibility profiles, procedures and risk communication issue*, in *Bollettino di Geofisica Teorica ed Applicata*, 2019, vol. 60, fasc. 2, p. 359 ss.

VALLINI A., *Linee guida e colpa medico nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies cp*, in www.legislazionepenale.eu, 7 dicembre 2017.

VASSALLI G., voce *Tipicità, (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 535 ss.

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010 (collana *Quaderni di filosofia analitica del diritto*, n. 12), p. 1 ss.

VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, tomo II, *I delitti colposi*, diretto da MARINUCCI M.-DOLCINI E., Padova, Cedam, 2003.

VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva della fattispecie colposa causalmente orientata*, Padova, Cedam, 2003.

VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E.-PALIERO C. E., Milano, Giuffrè, 2006, p. 1970 ss.

VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 3., p. 1224 ss.

VERRICO A., *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc.1, p. 101 ss.

VIGANÒ F., *Il capo di imputazione nel processo sul terremoto dell'Aquila*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 ottobre 2012.

VIGANÒ F., *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, nota a Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013 (dep. 9 aprile 2013), n. 16237, in www.penalecontemporaneo.it, 11 aprile 2013.

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss. e in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*. Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli studi di Firenze, 7-8 maggio 2009, a cura di BARTOLI R., Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 217 ss.

VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

VOLPE G. P., *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, nota a Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 1993, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 101 ss.

WELZEL H., *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 1 ss.

WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, fasc. 1, p. 31 ss.

YATES J., *An Interview with Ulrich Beck on Fear and Risk Society*, in *The Hedgehog Review*, Fall 2001, pp. 96-107, trad. it. Carassai M., *Paura e società del rischio. Un'intervista a Ulrich Beck – a cura di Joshua Yates*, in *Lo Sguardo - rivista di filosofia, Filosofia a catastrofe* a cura di CARASSAI M., GUIDI S., 2016, II, n. 21, p. 209 ss. (reperibile anche sul sito: www.losguardo.net).

ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 12 ss.

ZORZETTO S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2008.

ZORZETTO S., *Introduzione*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di ZORZETTO S., Pisa, ETS, 2008, p. 9 ss.