



Università di Genova

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN
«SECURITY, RISK AND VULNERABILITY»

CURRICULUM «SECURITY & LAW»

XXXVI CICLO

a.a. 2023/2024

Tesi di Dottorato in Diritto penale

LA COLPA NELLA SOCIETÀ DEL RISCHIO

Dottorando:
Marco Berruti

Supervisor:
Chiar.ma Prof.ssa Antonella Madeo

Coordinatore del Curriculum:
Chiar.mo Prof. Giorgio Afferni

Coordinatrice del Corso:
Chiar.ma Prof.ssa Serena Cattari

Ai miei genitori

INDICE

CAPITOLO PRIMO

Alcune notazioni introduttive

Il ruolo e la funzione del diritto penale nella società dell'incertezza

1. Cronache dal presente: «*Chi ha sbagliato deve pagare*». Alla dissennata ricerca di un colpevole a ogni costo.1
2. (In)sicurezza e diritto penale: un connubio naturale destinato a durare per sempre. Cause ed effetti.2
3. Ragioni e oggetto della ricerca.9

CAPITOLO SECONDO

La colpa e le attività a rischio consentito

Magnificazione e trasfigurazione dell'imputazione colposa

1. Uno sguardo verso il passato: il concetto di colpa e la sua lunga evoluzione... dagli albori del diritto al Codice Rocco.17
2. La centralità della responsabilità colposa nel sistema penale moderno...21
3. Il precario confine tra il rischio consentito e la colpa.24
4. Gli elementi costitutivi della colpa e la loro flessibilità nell'ambito delle attività utili ma rischiose.29
 - 4.1. Le fondamenta della struttura della colpa: le regole cautelari.30
 - 4.1.1. La progressiva rilevanza delle regole cautelari scritte.36
 - 4.1.2. La tenace resistenza della colpa generica.....39
 - 4.2. La prevedibilità del rischio e la difficile costruzione dell'agente modello.42
 - 4.2.1. La prevedibilità del fatto colposo nei contesti di incertezza scientifica: la deriva precauzionale dell'agente modello.48
 - 4.2.2. Uno sguardo sul recente e progressivo declino dell'agente modello.....57
 - 4.3. La causalità della colpa: la concretizzazione del rischio e il comportamento alternativo lecito.61
 - 4.4. L'esigibilità della condotta doverosa: la necessaria attenzione verso la rimproverabilità soggettiva.68
5. La dimensione collettiva della colpa tra interferenze e complessità.....75
 - 5.1. L'ingarbugliata relazione degli obblighi di garanzia con gli obblighi di diligenza. Omissione, colpa e parcellizzazione della responsabilità.78
 - 5.2. La cooperazione colposa e la sua portata ampiamente estensiva.88

INDICE

5.2.1.	Il principio di affidamento quale (cedevole) limite al dovere di diligenza.	95
5.3.	Oltre la responsabilità individuale. La colpa di organizzazione come colpa per fatto proprio o per fatto altrui?	102
5.3.1.	La complicata convivenza tra colpa <i>dell'organizzazione</i> e colpa <i>nell'organizzazione</i>	109

CAPITOLO TERZO

La vittima del rischio

L'auto-responsabilità alla prova dei fatti

1.	Il ritorno alla centralità della vittima.	116
2.	La lenta affermazione del principio di auto-responsabilità e i tentativi di inquadramento nella teoria del reato.	123
3.	Uno sguardo alla casistica.	132
3.1.	L'auto-esposizione al rischio nell'esercizio di attività ludico-sportive. ...	133
3.1.1.	Montagna, rischio e responsabilità.	148
3.2.	Il lavoratore come partecipe consapevole della propria sicurezza.	157
3.3.	La condotta incauta della vittima della strada.	167
4.	L'auto-responsabilità in caso di concorso (apparente) di colpe: un'ipotesi ricostruttiva.	180

CAPITOLO QUARTO

Meglio *prevenire* che *reprimere*

Qualche considerazione conclusiva

1.	Dal <i>diritto penale dell'evento</i> al <i>diritto penale del rischio</i>	188
2.	Il rischio come criterio ermeneutico (in senso estensivo) della colpa.	190
3.	Il rischio come criterio legislativo e il suo rapporto con il concetto di pericolo: una rapida visione d'insieme.	197
4.	Oltre la "cultura della colpa". La prevenzione del rischio da un altro punto di vista.	203
5.	Attuazione e attualità della repressione penale della colpa nella società del rischio.	209

BIBLIOGRAFIA	215
--------------------	-----

CAPITOLO PRIMO

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

Il ruolo e la funzione del diritto penale nella società dell'incertezza

SOMMARIO: 1. Cronache dal presente: «*Chi ha sbagliato deve pagare*». Alla dissennata ricerca di un colpevole a ogni costo. – 2. (In)sicurezza e diritto penale: un connubio naturale destinato a durare per sempre. Cause ed effetti. – 3. Ragioni e oggetto della ricerca.

1. Cronache dal presente: «*Chi ha sbagliato deve pagare*». Alla dissennata ricerca di un colpevole a ogni costo.

«*Non si può morire così. Chi ha sbagliato deve pagare*». Il giorno successivo all'ennesima tragedia questa è l'affermazione più ricorrente sulle prime pagine dei quotidiani, nei servizi d'apertura dei notiziari e – da qualche tempo a questa parte – sui tanto istantanei quanto istintivi messaggi pubblicati attraverso i *social networks*.

Di fronte alla disgrazia, il tono della rabbia, dell'indignazione e, pure, della disperazione può assumere gradazioni diverse ma a tutti i livelli della società lo spartito rimane sempre medesimo: «*i responsabili vengano presto individuati e puniti*».

Si dà per certo che un colpevole ci sia: basta dargli un volto e sanzionarlo. E ciò accade anche quando le responsabilità umane – a ben guardare – sono *collettive, multiple, indirette, sfumate, remote*.

Come chiaramente rilevato dall'illustre antropologa sociale Mary Douglas¹, analogamente a quella primitiva, la coscienza collettiva moderna dimostra così di conservare invariata la sua spontanea vocazione verso la ricerca di un *colpevole a ogni costo*, allo scopo di difendersi dai tanti tabù e dalle tante paure circostanti².

¹ *Amplius*, M. DOUGLAS, *Rischio e colpa*, trad. it., Bologna, 1996.

² Secondo M. CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022, 16, la figura di colpevole che più di ogni altra caratterizza il nostro tempo è quella del *capro espiatorio organizzativo*, «definibile come colui che paga *anche* per le colpe degli altri» e che si caratterizza «per essere stato in qualche modo coinvolto nell'evento che gli viene addebitato, ma assieme ad altri, che tentano di far ricadere su di lui tutte le colpe».

Tabù e paure che l'evoluzione tecnologica non ha ridotto, ma – al contrario – aumentato e amplificato. Rispetto al passato, i progressi raggiunti dalla scienza sono a dir poco sensazionali e hanno senz'altro migliorato la qualità della vita. Tuttavia, calato nel presente, tale sviluppo ha prodotto effetti (almeno all'apparenza) paradossali, perché ha costretto l'uomo ad aprire gli occhi davanti a molti *nuovi* rischi: alcuni generati dalla stessa modernità, altri invece da sempre esistenti ma a lungo ignorati, sottovalutati o attribuiti a forze sovranaturali.

La consapevolezza di vivere accerchiati da rischi di qualsiasi genere, inclusi quelli ancora ignoti, suscita un automatico e forte sentimento di inquietudine, da cui sorge una febbrile e irresistibile ricerca di maggiore sicurezza, basata sul permanente e altrettanto generalizzato ricorso agli strumenti offerti dal diritto penale.

2. (In)sicurezza e diritto penale: un connubio naturale destinato a durare per sempre. Cause ed effetti.

Protagonista assoluta del nostro tempo, l'insicurezza pervade ormai qualsiasi attività umana, al punto da trasformare la società in una realtà sempre più intimorita dei tanti pericoli – reali o virtuali, noti o ignoti, vicini o lontani, isolati o diffusi, naturali o artificiali – che la circondano.

Tale condizione è ben raffigurata dall'ampio ed espressivo ventaglio di definizioni coniate per descrivere l'epoca in cui viviamo. Rapidamente sono entrate nel vocabolario comune espressioni come “società del rischio”, “società liquida”, “società dell'incertezza”, “società postmoderna”, “società delle emozioni”, “società della paura”, “società dell'emergenza”, “società della crisi permanente”³. La lista sicuramente si arricchirà di altre efficaci definizioni. Ma già quelle che si sono affermate negli ultimi anni rendono bene l'idea della società odierna: una società dove il panico generato dalle tante crisi del presente ha spento la speranza e la fiducia verso il futuro, aprendo la strada a una visione disincantata – e a tratti rassegnata – del domani.

³ Si tratta di espressioni nate nella filosofia e nella sociologia moderna, e poi entrate con rapidità nel lessico quotidiano. Si vedano, in particolare, Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2011; ID., *La società dell'incertezza*, trad. it., Bologna, 2014; ID., *Paura liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2008; U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000; A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. it., Bologna, 1994; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it., Milano, 1996; J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, trad. it., Milano, 2014. Tra le varie definizioni in uso, la più recente è quella di “società della crisi permanente”, che tra origine dal neologismo inglese «permacrisis», proclamato dal celebre dizionario Collins *word of year 2022 (amplius*, B. CRISTALLI, *Permacrisi. Parole del presente, parole del futuro*, in *treccani.it*, 30 dicembre 2020).

CAPITOLO PRIMO

L'incertezza è dominante e trova linfa vitale nei profondi cambiamenti di cui lo stesso uomo risulta principale responsabile e vittima. I cambiamenti coinvolgono qualsiasi settore della vita umana, dalla sfera più intima a quella più sociale⁴. A mutare sono le conoscenze, le percezioni, le sensibilità, le relazioni, i comportamenti e il pensiero dell'uomo, ma a trasformarsi è anche il ruolo dei corpi intermedi e, ancor di più, l'essenza stessa di Stato. Quest'ultimo, in effetti, oggi non sembra più fondato sull'ambita distribuzione di ricchezza bensì sulla precaria allocazione dei rischi⁵; non sembra più debitore di giustizia bensì di sicurezza⁶.

Proprio sulla sicurezza dei diritti si fonda il contratto sociale, su cui tanto hanno riflettuto i filosofi di qualche secolo fa⁷ e su cui trae origine lo Stato moderno. Quel patto, però, ora pare reggersi su qualcosa di concettualmente diverso: non più *la sicurezza dei diritti* ma *il diritto alla sicurezza*⁸.

Il bisogno di protezione rimane un punto fermo⁹. Ciò che cambia è la sua funzione all'interno del rapporto tra Stato e consociati¹⁰. Da obiettivo dell'intero

⁴ Cfr. D. LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, trad. it., Bologna, 2003, 17 s., la quale evidenzia come «negli individui [...] simili mutamenti si associano a sensazioni sempre più intense di incertezza, complessità, ambivalenza e disordine, una crescente sfiducia nelle istituzioni sociali e nelle autorità tradizionali, e una consapevolezza più viva delle minacce intrinseche alla vita quotidiana».

⁵ U. BECK, *La società del rischio*, cit., 25.

⁶ A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, trad. it., Macerata, 1998, 89, ad avviso dei quali questa nuova idea di Stato deriva anche dall'*irruzione delle vittime*, diventate «una figura di primo piano nella nostra società pronta alla compassione» (p. 13). A proposito della progressiva centralità della vittima nel diritto penale, tra i lavori più recenti, v. F. CINGARI, *Vittima del reato e diritto penale*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, 3 ss. e M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen.* (web), 6 maggio 2021. Per una panoramica "di ampio respiro" sulla centralità della vittima nel discorso pubblico, T. PITCH, A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in *Studi sulla questione criminale*, 2019, 3, 111 ss.

⁷ In tal senso primeggiano, come noto, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

⁸ Nella letteratura giuridica italiana, uno tra i primi autori a occuparsi della questione in maniera critica è senz'altro A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, 19 ss. Per un approfondimento sulle plurime accezioni, funzioni e prospettive della sicurezza nel sistema giuridico, si rinvia a G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, 2021 (della stessa Autrice, v. anche voce *Sicurezza (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pub.*, 2021, VIII agg., 339 ss.). Sul versante propriamente penalistico, invece, si veda L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.

⁹ Qui, basti segnalare come, nella sua celebre scala delle necessità umane, lo psicologo statunitense Abraham Maslow collochi il bisogno di sicurezza tra quelli più elementari e naturali, preceduto soltanto dai bisogni essenziali alla sopravvivenza (quali il respiro e l'alimentazione). Insieme a quest'ultimi, il bisogno di protezione e di tranquillità è un bisogno primario, in assenza del quale gli altri più immateriali e complessi neppure esistono. Cfr. A. MASLOW, *Motivazione e personalità*, trad. it., Roma, 1995.

¹⁰ Sul punto, si rimanda a J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale alla sicurezza: a proposito dei doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*, trad. it., Napoli, 2017, *passim*.

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

ordinamento e «condizione necessaria per l'esercizio di diritti, la sicurezza è assurta essa stessa a diritto»¹¹.

Le conseguenze di questo passaggio possono assumere tratti rivoluzionari e dirompenti. Se infatti il diritto alla sicurezza non equivale a una legittima esigenza collettiva bilanciabile con altri valori fondamentali, ma assume le sembianze di un onnivoro diritto superindividuale in grado di prevalere tirannicamente su tutti gli altri diritti¹², allora la sfera di libertà del singolo è progressivamente e irrimediabilmente destinata a restringersi, a vantaggio di smisurate politiche securitarie¹³ proiettate – più o meno consapevolmente – verso la costituzione di un vero e proprio Stato di prevenzione¹⁴.

Viviamo una fase di transizione e, perciò, è difficile stabilire quale sia l'attuale natura del *diritto alla sicurezza*. Al momento, ci si può limitare a immortalare il presente.

E il primo dato che emerge non è confortante. Le istanze di sicurezza sono in forte espansione, e ciò significa che la paura – reale o percepita, spontanea o indotta – condiziona, più del passato, la nostra epoca¹⁵. Ai tradizionali bisogni di protezione si aggiungono a ritmo serrato nuove richieste di sicurezza: dalla sicurezza sul lavoro a quella stradale, dalla sicurezza sociale a quella nazionale, dalla sicurezza cibernetica a quella ambientale, dalla sicurezza idro-geologica a

¹¹ Così, M. PELISSERO, *Il potenziamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo decreto sicurezza*, in *St. iuris*, 2017, 10, 1110.

¹² Sul «valore superiore» del diritto alla sicurezza, v. in generale G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà*, 2008, 1, 31 ss.

¹³ Sulla probabile natura demagogica del diritto alla sicurezza, cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, cit., 21, secondo cui il “diritto fondamentale alla sicurezza” o è superfluo, perché consiste nella «legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte di tutti i cittadini», oppure è ideologico e discriminatorio, perché «implica la selezione di alcuni diritti [...] a vantaggio di cittadini “rispettabili” e garantiti e ai costi degli esclusi». Proprio al fine di sfuggire a situazioni che possono «far rabbrivire», T. FENUCCI, *Quanto spazio c'è per un diritto individuale alla sicurezza nell'ordinamento costituzionale italiano? Brevi considerazioni*, in *federalismi.it*, 25 novembre 2015, 10 propone di considerare la sicurezza solo come interesse collettivo e non anche come diritto, per evitare che nel naturale giudizio di bilanciamento essa prevalga sempre sugli altri diritti e libertà individuali. Contro la propensione a bollare tutte le istanze relative alla sicurezza individuale come demagogiche e ghezzanti, degno di menzione è il breve ma chiaro saggio di N. ZANON, *Un diritto fondamentale alla sicurezza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1555 ss., ad avviso del quale il diritto alla sicurezza è un diritto individuale «che non è affatto in contrasto con i fondamenti dello Stato costituzionale di diritto» (*sic*, p. 1557).

¹⁴ Sul precario equilibrio contemporaneo tra Stato di diritto e Stato di prevenzione e, quindi, tra libertà e sicurezza, E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, 75 ss.

¹⁵ E ciò malgrado il notevole sviluppo scientifico e tecnologico che la società sta vivendo. Anche se, a ben vedere, forse è lo stesso progresso a «increase the gap between what is known and what it is desirable to know. What would be needed to make us able to understand the risks that face us? – Nothing short of total knowledge (a mad answer to an impossible question)» (così, M. DOUGLAS, A. WILDAVSKY, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, 1983, 3).

CAPITOLO PRIMO

quella energetica, dalla sicurezza economico-finanziaria a quella igienico-sanitaria, e così discorrendo¹⁶.

Il secondo elemento concerne, invece, il tipo di risposta fornita alle crescenti domande di protezione. La lista delle (in)sicurezze è alquanto eterogenea. Ma la soluzione offerta è tendenzialmente unica, vale a dire la punizione dei comportamenti pericolosi/rischiosi attraverso l'indiscriminato ricorso al diritto penale, nella duplice veste di rifugio e, al tempo stesso, rimedio contro le tante angosce della quotidianità¹⁷.

Infine, il terzo aspetto osservabile attiene agli effetti della spontanea propensione dell'uomo verso la pena¹⁸. Oltre al passaggio dalla *sicurezza dei diritti* al *diritto alla sicurezza*, si sta infatti assistendo al passaggio del diritto penale da *ultima ed estrema ratio a prima (se non unica) ratio*¹⁹.

Ciò non sorprende ma, comunque, allarma. In effetti, la passione per lo *ius terribile* non è una novità del nostro tempo²⁰. Tuttavia, oggi il rischio è quello di trasformare l'ordinamento vigente in una *Repubblica penale*²¹, fondata sul *governo della paura*²² e dimentica dei principî del diritto penale liberale²³.

¹⁶ Dall'infinita "lista delle sicurezze" e dall'altrettanto sconfinata lista dei reati posti a tutela delle varie forme di sicurezza, emerge come la sicurezza si sia trasformata in «un bene giuridico ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro, e in questo senso orizzonte totalizzante del discorso e del mondo penalistico» (in questi termini, D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 553).

¹⁷ Cfr. R. CORNELLI, *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, 63 ss.; v. anche G. MANNOZZI, *Il "ruolo" della paura nel diritto penale e nelle scelte di politica criminale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, 278, che identifica la paura quale elemento sia "endo-" che "eco-sistematico" rispetto al diritto penale.

¹⁸ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Milano, 2018, ad avviso del quale la nostra epoca sta vivendo un'autentica *passione punitiva*, al punto da ritenere che il mondo occidentale sia entrato nell'*era del castigo*.

¹⁹ G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1673-1674; F. FORZATI, *Il congedo dell'ultima ratio fra sistema sanzionatorio multilivello e penale totale: verso la pena come unica ratio*, in *Arch pen.* (web), 30 marzo 2020, *passim*.

²⁰ E dalla storia stessa del diritto penale si ricava come quest'ultimo «da un lato esprima l'esigenza di ogni società organizzata di difendere le condizioni-base della vita in comune, dall'altro abbia svolto troppo spesso e in tutti i tempi anche una funzione di oppressione e di conservazione del privilegio» (così, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2020, XXXV).

²¹ A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, cit.

²² J. SIMON, *Il governo della paura*, Milano, 2008, il cui approfondimento sull'*ossessione* per la criminalità negli USA offre spunti importanti sulle conseguenze derivanti dall'*ipercriminalizzazione*.

²³ Su alcune tendenze indicative dell'allontanamento dai principî del diritto penale liberale, v. W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, trad. it., in *Critica del diritto*, 2008, 1-2, 24 ss., il quale arriva a definire il diritto penale come «ormai soltanto un mantello [...] sotto il [...] [quale] si cela un diritto della difesa dei pericoli». Sulla natura «*tendenzialmente ossimorica*» dell'espressione "diritto penale liberale", quantomeno con riguardo all'idea di pena, G. FORTI, *Per*

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

A dire il vero, l'espansione del diritto criminale di per sé non deve spaventare: in fondo, in una società che si evolve, è naturale che vengano “scoperti” nuovi beni giuridici²⁴, meritevoli anche di tutela penale²⁵. Se però, come si registra da qualche tempo a questa parte, non pochi interventi di criminalizzazione iniziano a caratterizzarsi per il loro tratto marcatamente *strumentale, simbolico e pletorico*²⁶, nonché per il loro (totale o parziale) scollegamento col sistema in cui si inseriscono²⁷, allora si comprendono le molte riflessioni dottrinali sull'ormai abituale approccio *pan-penalistico e penal-populistico* del legislatore²⁸.

Tanti e insidiosi sono gli effetti dell'attuale ipertrofia punitiva. Sostanzialmente unica e limpida è, invece, la fonte da cui scaturisce tale inclinazione legislativa. Ci si riferisce a quel peculiare sistema di condizionamento reciproco basato sulle complesse quanto spontanee relazioni tra la sempre più impaurita opinione pubblica, le iperconsensualistiche agende politiche e la strabordante comunicazione di massa²⁹.

una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 331.

²⁴ Tra i “nuovi” beni giuridici spiccano, senz'altro, i cc.dd. beni comuni, a titolarità diffusa e a dimensione futura (*amplius*, S. RODOTÀ, *Verso i beni comuni*, in G. PRETEROSSO, N. CAPONE (a cura di), *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, 2018, 31 ss.).

²⁵ Sulla meritevolezza della tutela penale riferita proprio ai beni comuni, v. P. TRONCONE, *Propositi di tutela dei beni comuni*, in C. ARCIDIACONO (a cura di), *Benessere e felicità: uscire dalla crisi globale. Percorsi interdisciplinari del laboratorio federiciano*, Napoli, 2013, 248 ss. Sempre in relazione alla tutela penale dei beni comuni, per una recente analisi critica, G. ROTOLO, *Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, cit., 747 ss. (pubblicato anche su *Leg. pen. (web)*, 13 febbraio 2023).

²⁶ In questi termini, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 1-2.

²⁷ In tal senso, A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *Arch. pen. (web)*, 17 maggio 2016, 1, il quale osserva come l'attuale legislazione penale stia dimostrando di possedere «un carattere quasi “torrentizio” perché in fondo ciò che rileva è la produzione di nuove norme, senza magari riflettere adeguatamente sul modo in cui dette norme si inseriscono nel sistema penale».

²⁸ Decisamente abbondanti sono le riflessioni sul punto: tra le più “pungenti” cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO, V. PANZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, 2010, 115 ss., il quale successivamente – in *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, 83-85 – si spinge a individuare anche alcuni efficaci antidoti contro «una simile deriva». Tra i contributi più recenti sull'argomento, C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *Cass. pen.*, 2023, 3, 693 ss. La discussione sul tema è talmente diffusa al punto da aver richiamato l'attenzione pure del Pontefice: v. PAPA FRANCESCO, *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale*, 23 ottobre 2014, in *www.vatican.va*, il quale contesta la «diffusa [...] convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina».

²⁹ Sullo stretto legame tra consenso e politica criminale, per tutti, v. M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 3, 413 ss., ad avviso del quale «con il consenso sociale [...] non è ancor detto [...] che sia lecita qualsiasi norma penale; ma senza il consenso non ne è lecita alcuna. Un consenso sociale, dunque, è presupposto irrinunciabile di ogni norma di incriminazione» (così, p. 421). Il legislatore, però, deve tenere in considerazione che non sempre il consenso «si forma o si esprime in termini conformi a razionalità» e, perciò, deve badare ai rischi derivanti dall'«eccesso

CAPITOLO PRIMO

Proprio questo inestricabile incrocio sta forgiando il volto post-moderno del diritto penale, inteso come *ansiolitico sociale* basato sulla comminazione di pene con *funzione prevalentemente placativa*³⁰.

L'ordinamento è diventato assuntore abituale di questo particolare sedativo, al punto da esserne totalmente assuefatto³¹. Questa particolare forma di dipendenza non è poi così dissimile dalle altre che affliggono l'uomo. Anche di fronte all'incapacità di controllare gli impulsi punitivi si registrano sensazioni di sollievo meramente transitorie, da cui derivano risposte emotive disfunzionali³² e una complessiva regressione della qualità normativa³³.

L'ossessionata ricerca di tranquillità attraverso l'uso non avveduto del diritto penale sta quindi generando effetti contrari a quelli sperati³⁴. Infatti, appena nella straordinaria cassa di risonanza dei *mass media* si ripresentano pericoli già conosciuti o se ne prospettano di nuovi³⁵, scatta in automatico il ricorso al diritto criminale senza interrogarsi se questo sia il rimedio davvero più efficace per prevenire o comunque ridurre i rischi temuti³⁶.

di consenso, o meglio dall'assecondamento eccessivo [...] delle richieste di penalizzazione che si manifestano nella società» (pp. 423-424). Sul tema, v. anche C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 3, 849 ss.

Sul rapporto tra politica e *media*, v. C.E. PALIERO, *L'Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss., secondo cui tra il «formante legislativo» e il «formante mediatico» si è creata una vera e propria «saldatura», che sta trasformando il legislatore penale in un «legislatore mediatico» (*sic*, p. 116). Dello stesso Autore, cfr. anche ID., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, 467 ss.

³⁰ C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza "diritto"?*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, cit., 712 (anche in *Sist. pen.* (web), 4 maggio 2023, 4).

³¹ Per rendere l'idea del livello di tale "dipendenza" a cui bisogna provare a "resistere", basta menzionare M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.* (web), 7 settembre 2020, 16 (pubblicato anche in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Dei popoli e delle pene. Italia e Spagna a confronto*, Bologna, 2021, 26) il quale si spinge a definire l'attuale condizione alla stregua di una «religione penale di massa, sostitutiva di un'etica pubblica che non c'è».

³² Tant'è vero che ormai si parla di "diritto penale emozionale". Tra i tanti, D. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in AA.VV. (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 21-35.

³³ F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, 1010 osserva che, da quando si è trasformato in *unica ratio*, «il diritto penale subisce, inarrestabilmente, un aumento quantitativo e un peggioramento qualitativo».

³⁴ A ragion veduta, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 15 parla di «eterogenesi dei fini». V. anche C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza "diritto"?*, cit., 714-715, secondo cui il diritto penale «tende ad autoalimentarsi dei propri insuccessi, grazie al senso di insicurezza collettiva» generato dalla ineffettività delle soluzioni che esso offre.

³⁵ Per un'approfondita indagine, anche empirica, sulla rappresentazione e sulla "manipolazione" mediatica del crimine e della paura nella "società dell'insicurezza", si rinvia a R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018.

³⁶ Sul c.d. fenomeno dell'«overcriminalization», di recente, A. CADOPPI, *Il «reato penale». Teorie strategie di riduzione della «criminalizzazione»*, Napoli, 2022.

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

La frequente ineffettività delle norme penali è conseguenza ma anche causa della sregolata iperattività del legislatore³⁷, in quanto essa stessa provoca ulteriori sentimenti di insicurezza e quindi nuove domande di penalità, a cui puntualmente si risponde con riforme ragguardevoli, dal punto di vista numerico, ma disorganiche e a volte contraddittorie, dal punto di vista qualitativo-sistematico³⁸.

L'ipertrofico e continuo ricorso all'introduzione o alla riformulazione di norme penali rappresenta giustappunto una delle principali risposte alle tante domande di protezione, nonché la prova dell'inadeguatezza del panorama regolativo davanti alle sfide del presente. La loro cadenza quasi quotidiana mostra, infatti, il disorientamento del decisore pubblico, costretto a prendere atto della sua persistente incapacità di anticipare i cambiamenti e i pericoli connessi.

Tale senso di smarrimento autoalimenta un vortice di interventi legislativi che – contrariamente al loro intento – espandono il livello di insicurezza percepita³⁹.

Di fronte a una legge penale inflazionata ma fortemente indebolita, si impone con prepotenza il ruolo delle Corti, anch'esse chiamate a rispondere alle pressanti domande di protezione provenienti da tutti i gradini della società (e delle istituzioni), istanze spesso esternate al grido di “verità e giustizia”.

Le pesanti aspettative gravanti sui giudici costituiscono senz'altro una delle principali cause del c.d. “populismo giudiziario”⁴⁰. Infatti, quando la legge penale – a causa dei suoi rigidi schemi o della sua indeterminatezza – non riesce a dare delle risposte efficaci alle preoccupazioni che travagliano la società, può succedere che siano i giudici a farsi interpreti «dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale»⁴¹.

³⁷ Definito «schizofrenico» da G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del Diritto penale*, in *Jus*, 1974, 4, 466, il quale, già quasi cinquant'anni fa, rileva come il legislatore criminale si dimostri assiduamente «capace di provocare effetti radicalmente antitetici rispetto a quelli perseguiti».

³⁸ La situazione di *caos legislativo* si registra anche dopo l'entrata in vigore della c.d. “riserva di codice” (ex art. 3-bis c.p.), che, alla prova dei fatti, ha tradito i fini politico-criminali ad essa sottesi (la «deflazione indiretta» e la «riunificazione semantica della “preceettistica penale”»), mostrando la sua natura meramente programmatica di “moral suasion” (di tale avviso, C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realista*, in *Criminalia*, 2019, 56).

³⁹ Cfr. T. PITCH, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza*, in R. DE GIORGI (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, 2002, 433, secondo cui le politiche volte ad assicurare una maggiore sicurezza «rischiano di sollecitare aspettative che non possono che venir deluse, innescando spirali difficilmente governabili».

⁴⁰ Sul fenomeno del populismo giudiziario, v. ex multis D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 137 ss.

⁴¹ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 105.

CAPITOLO PRIMO

Il fenomeno dei “magistrati-tribuni” desta scalpore ma, ad oggi, è (fortunatamente) contenuto. Non è invece infrequente la “sovra-esposizione” mediatica della magistratura, «chiamata a dare conto dei risultati conseguiti [...] e/o dei risultati mancati»⁴².

All'interno di tale cornice fiorisce un ulteriore fenomeno: il “panpenalismo giudiziario”, che si sostanzia nella particolare predisposizione della giurisprudenza ad allargare le maglie della responsabilità penale, con lo scopo (più o meno velato) di sopperire alle lacune presenti nella legislazione⁴³.

In effetti, molti sono i vuoti lasciati dalla legge penale, ormai di gran lunga superata dalla crescente complessità delle fattispecie concrete, davanti alle quali aumentano i tentativi dei giudici di “flessibilizzare” le categorie classiche del reato⁴⁴, al fine di soddisfare esigenze di controllo penale delle *nuove fenomenologie di rischio* e di placare i bisogni emotivi di punizione⁴⁵.

3. Ragioni e oggetto della ricerca.

La flessibilizzazione – con la conseguente fluidità – delle categorie classiche del reato si registra soprattutto con riferimento alle fattispecie di natura colposa, la cui «spirale ascendente» negli ultimi anni non sfugge neppure «ad un osservatore occasionale della galassia penalistica»⁴⁶.

E proprio attorno alla progressiva e inesorabile centralità della responsabilità colposa nel sistema penale moderno si concentra la prima parte del presente lavoro, volta a passare in rassegna i tradizionali requisiti della colpa al fine di mettere in luce i suoi labili confini di fronte all'inconfutabile esplosione dei fattori di rischio nonché all'oggettiva complessità dei contesti e delle attività su cui si fonda l'attuale società.

⁴² V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, 99.

⁴³ Vd. A. SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in AA.VV. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 309 ss.

⁴⁴ Come ben emerge dagli esiti del processo sul c.d. caso “Marghera” (cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1684 ss., nota a Trib. Venezia, Sez. I, 22 ottobre 2001 e ad App. Venezia, Sez. II, 15 dicembre 2004).

⁴⁵ *Ex multis*, si rinvia fin d'ora ad A. GARGANI, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 2, 397 ss.

⁴⁶ *Sic*, S. DOVERE, *Istanze garantiste e necessità di tutela nella gestione dei rischi “leciti”: il caso della colpa generica*, in *Cass. pen.*, 2024, 1, 381.

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

Il progresso scientifico e tecnologico ha ampliato il ventaglio dei rischi idonei a trasformarsi in eventi infausti. All'aumento dell'esercizio di attività rischiose socialmente utili è perciò corrisposto l'aumento delle istanze di protezione, spesso fondate sulla convinzione, per molti versi giustificata, che la stessa scienza consenta anche di dominare i rischi da lei generati o scoperti.

In effetti, di giorno in giorno, di istante in istante, gli esperti elaborano strumenti sempre più raffinati per calcolare – e quindi controllare – i rischi. Prevedibilità ed evitabilità sono i parametri di riferimento dell'operazione di calcolo, che – a prescindere dalla tipologia di rischio – si regge da tempo sulla medesima tecnica aritmetica: la *matematica della probabilità*, che aspira a razionalizzare l'incertezza (che si annida dietro ogni rischio) e a trasformarla in semplice percentuale⁴⁷.

La scienza ha quindi consegnato alla società l'idea di rischio, inteso come probabilità della verificazione di un evento negativo; le ha fornito i mezzi per studiarlo e le ha offerto alcune soluzioni per ridurlo; ma non ha ancora sviluppato gli strumenti per renderlo sempre prevedibile ed evitabile.

Nel momento di compiere qualsiasi scelta, l'uomo si trova perciò prigioniero della statistica e, dunque, dell'incertezza.

Attraverso la *matematica della probabilità* è sì possibile ravvisare un'infinità di regole cautelari il cui rispetto è potenzialmente idoneo a impedire la verificazione di eventi dannosi o pericolosi; ma il loro numero è talmente ampio, stratificato e indeterminabile *a priori* (nelle ipotesi di colpa specifica), il loro contenuto così astratto e indefinito (nei casi di colpa generica), al punto che l'unica certezza è la consapevolezza di trascurare qualche regola di diligenza, che nella frenesia del quotidiano sfugge alla conoscenza dell'individuo e nella sua interezza si palesa soltanto *ex post*, a evento consumato e quindi a giudizio ormai avviato.

Già da questa sintetica panoramica è possibile ricavare come il perimetro della punibilità della colpa sia particolarmente labile, tanto che il fenomeno della “flessibilizzazione” interessa non solo gli elementi costitutivi della responsabilità colposa ma colpisce di riflesso anche i principî fondamentali del diritto penale moderno: *in primis*, il principio di legalità e quello di colpevolezza.

Intorno all'osservanza di tali (e altri) principî si muove la prima parte della ricerca, che inizia con la disamina dei singoli elementi della colpa, calati nel campo delle attività a rischio consentito e ricostruiti secondo gli indirizzi del c.d. *diritto*

⁴⁷ Come rileva M. DOUGLAS, *Rischio e colpa*, cit., 34, secondo cui l'oggettività della “razionalità statistica” è solo apparente, “fasulla”, dal momento che anch'essa contribuisce ad accrescere le ansie dell'uomo comune, non abituato a ragionare in termini probabilistici e deluso dalle iniziali promesse della scienza, i cui metodi in un primo momento sembravano garantire certezza.

CAPITOLO PRIMO

*giurisprudenziale penale*⁴⁸, e si conclude con l'analisi degli altri istituti del diritto penale che, a causa dell'intrinseca complessità della società, spesso si correlano – in un intreccio indissolubile – all'elemento psicologico, aggravandone sensibilmente l'accertamento.

Il riferimento è alla successione di posizioni di garanzia nei reati omissivi impropri, alla cooperazione colposa e alla c.d. colpa di organizzazione degli enti, vale a dire a tutte quelle situazioni in cui: il governo del rischio e l'impedimento dell'evento infausto sono condivisi e plurisoggettivi; i processi decisionali e materiali sono multidisciplinari e frazionati sia nello spazio che nel tempo; e le condotte dei singoli assumono una dimensione collettiva innestandosi all'interno di strutture organizzative complesse.

In questo inestricabile scenario di interdipendenze si muove l'indagine sulla colpa, stretta tra l'istintiva tendenza a semplificare i meccanismi probatori volti ad accertare la tipicità dell'ingarbugliata realtà dei fatti, da una parte⁴⁹, e il doveroso rispetto dei corollari del principio di legalità e del principio di personalità della responsabilità penale, dall'altra.

La principale conseguenza della tensione tra queste due forze è rappresentata dall'imprevedibilità delle decisioni, provocata, a volte, da lecite (nonché opportune) *concretizzazioni individualizzanti*, altre volte, di contro, da censurabili operazioni di *cripto-analogia o analogia occulta*⁵⁰.

Se è vero che si parla di rischio quando è probabile che si verifichi un evento negativo e che vi è colpa quando quell'evento è prevedibile ed evitabile, allora si può davvero affermare come la responsabilità colposa sia interamente governata dalla statistica.

⁴⁸ Sul fenomeno della giurisprudenza-fonte e sui suoi risvolti più critici, v. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito amministrativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 13 ss. Sulle condizioni e il contesto in cui si forma il diritto penale giurisprudenziale, v. anche G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Cass. pen.*, 2022, 11, 3776 ss.

⁴⁹ Sul tema della tipicità delle condotte colpose, si richiama fin d'ora il recente lavoro monografico di C. VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023.

⁵⁰ Ci si riferisce a espressioni usate da M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit. *passim*, ad avviso del quale il «terreno di cultura più insidioso [di tali forme di analogia] rimane quello delle *clausole generali* e delle *fattispecie aperte*, poco tassative» (p. 14), clausole generali che – secondo D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 54 – si possono considerare come “ordigni ambigui” negli effetti, atteso che «generano incertezza, favorendo l'arbitrio repressivo e contribuendo alla formazione di un diritto incalcolabile che rende imprevedibili le conseguenze delle proprie azioni» ma, parimenti, «proprio perché sono metafore di vaghezza (...), le clausole potrebbero talora funzionare come “valvole di disinnescamento” o come “fattori di dissipazione” della portata repressiva di certe disposizioni».

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

Oltre alla *matematica della probabilità* però vi è anche un altro elemento non trascurabile in relazione sia al rischio che alla colpa: la percezione.

Quest'ultima condiziona il grado di diligenza dell'individuo nell'esercizio di un'attività rischiosa e, contestualmente, influenza i meccanismi sociali (e quindi anche legislativi e giurisprudenziali) di attribuzione della responsabilità⁵¹.

La percezione è fortemente variabile. Sul piano collettivo, l'osservazione dei comportamenti mostra come vi sia la tendenza a minimizzare, se non addirittura a tollerare, i rischi frequenti ma connessi ad attività ordinarie e, allo stesso tempo, a sopravvalutare i rischi lontani ed eccezionali da cui però derivano eventi eclatanti. Per quanto riguarda, invece, il lato individuale della percezione, molto dipende dalla personale soglia di accettabilità del rischio, strettamente connessa alla propria esperienza, cultura e capacità di selezionare e soppesare l'altrui narrazione dei rischi.

Come già accennato⁵², la percezione sia individuale che collettiva risulta ormai stravolta e amplificata dalla impressionante pervasività dei mezzi di informazione.

I *media* tradizionali ricoprono indubbiamente un ruolo centrale nella comunicazione dei rischi. Le scelte delle redazioni giornalistiche circa l'*an*, il *quid* e il *quomodo* della narrazione orientano l'opinione pubblica, fornendole gli strumenti per sviluppare un'adeguata "cultura del rischio".

Da qualche tempo a questa parte, però, la comunicazione dei rischi sembra "fuori controllo". Aniché sentirsi più al sicuro grazie a una progressiva crescita delle conoscenze e attenzioni circa il tema dei rischi che li circondano, gli individui oggi appaiono fortemente impauriti e soprattutto storditi dal peso – più quantitativo che qualitativo – che oggi ha assunto l'informazione.

E ciò è da imputare alla c.d. "infodemia", intesa come «il diffondersi rapido e incontrollato di un'enorme quantità di voci e notizie più e meno fondate su un tema "sensibile" per l'opinione pubblica (come un'emergenza sanitaria, ambientale, politica o sociale), con il corollario di effetti negativi che ne discende (disinformazione, disorientamento, ma anche panico e comportamenti antisociali o irresponsabili che aggravano la situazione di partenza)»⁵³.

⁵¹ Per qualche esempio sull'attribuzione della colpa nella società si rinvia a M. DOUGLAS, A. WILDAVSKY, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, cit., 7.

⁵² *Supra* § 2.

⁵³ In questi termini, M.C. TORCHIA, voce *Infodemia*, in www.accademiadellacrusca.it, 14 dicembre 2021.

CAPITOLO PRIMO

Protagonisti indiscussi di questo abnorme afflusso di informazioni sono, senza ombra di dubbio, i *social networks*, che consentono a chiunque, pure a chi vive nell'angolo più remoto del pianeta, di conoscere – “da vicino” e senza alcun filtro – le conseguenze provocate dalla verifica di qualsiasi genere di comportamento o fenomeno rischioso, da quelli più comuni a quelli più inconsueti.

Benché virtuale, tale connessione con l'evento infausto instaura nella psiche dell'utente un particolare processo di identificazione nella vittima della disgrazia: immedesimazione che accresce inevitabilmente il senso di precarietà e, più in generale, di paura.

Siffatta empatia con la vittima non solo ha provocato un mutamento delle sensibilità del singolo, ma è anche entrata prepotentemente nel discorso pubblico, iniziando a intaccare pure il sistema penale, che comincia a soggettivizzarsi, frammentarsi, per compiacere questo o quel gruppo, e che «si vede assegnare una funzione riparatrice per gli uni, vendicatrice per gli altri»⁵⁴. Insomma, sembra che «lo Stato non si sostituisca più alle vittime ma si identifichi con esse»⁵⁵.

Preso atto di tale tendenza, la seconda parte del presente lavoro intende focalizzarsi proprio sulla figura della vittima del rischio⁵⁶, avendo particolare riguardo alle ipotesi in cui è la stessa vittima a esporsi consapevolmente a un pericolo generato da altro o altri.

Se la società contemporanea davvero non si basa più sulla distribuzione della ricchezza, ma semmai si regge sull'allocatione del rischio, allora sia il legislatore che i giudici, per “gestire” adeguatamente il c.d. costo degli incidenti, devono tenere conto del comportamento di tutte le persone coinvolte, incluse le vittime, senza poter trascurare il principio di auto-responsabilità.

Strettamente connesso alla libertà di auto-determinazione del singolo, nel nostro ordinamento penale l'auto-responsabilità non possiede un espresso fondamento normativo⁵⁷, ma è comunque un «concetto generale che si pone alla base di ogni sistema giuridico di stampo liberale»⁵⁸, in base al quale «se qualcuno è causa del proprio male, non può riversarlo sopra altro, ma deve necessariamente sopportarlo»⁵⁹.

⁵⁴ A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, cit., 15.

⁵⁵ *Ivi*, 17.

⁵⁶ Sul vero e proprio “ruolo sociale” occupato dalle vittime grazie ai *media*, *ex plurimis*, v. C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., 502-503.

⁵⁷ Lo stesso dicasi per il nostro sistema civile (cfr. S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 464).

⁵⁸ Così, S. SCHWITZER, *L'autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis? Inquadramento e applicazione giurisprudenziale nell'ordinamento austriaco*, in *Arch. pen.* (web), 12 luglio 2022, 3.

⁵⁹ E. BETTI, *Diritto romano – I. Parte generale*, Padova, 1935, 412.

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

A differenza di quello austriaco e tedesco, il legislatore penale italiano mostra ancora oggi una certa renitenza nei confronti del principio di auto-responsabilità, a cui spesso preferisce anteporre ragioni paternalistiche di tutela della vittima⁶⁰.

Eppure, in via generale, «ciascun cittadino dovrebbe presumersi auto-responsabile, non potendo imputare a terzi le conseguenze derivanti da un proprio atto libero»⁶¹. «Non esiste infatti un obbligo giuridico di carattere generale di impedire che terzi, responsabili delle loro scelte, realizzino condotte pericolose»⁶².

L'obiettivo dell'indagine, pertanto, è quello di capire quali sono le ipotesi in cui l'atto di esposizione al rischio è consapevole, al fine di fissare il confine oltre il quale il comportamento della vittima non esclude (o comunque non compensa) la responsabilità penale altrui.

Per individuare il perimetro applicativo del principio di auto-responsabilità, innanzitutto occorre soffermarsi sulle ipotesi di responsabilità omissiva impropria e, in particolare, sulle caratteristiche che il comportamento della vittima deve possedere affinché l'obbligo giuridico di impedire l'evento venga meno.

Restando sul piano della tipicità del fatto, appare inoltre non trascurabile il tema del concorso di cause, tenuto conto che la condotta della vittima può rappresentare una causa sopravvenuta in grado di innescare un rischio nuovo e del tutto incongruo rispetto al rischio originario, interrompendo quindi il nesso di causalità tra la causa iniziale e l'evento finale.

Ma la questione va affrontata anche attraverso un'indagine sul ruolo e la funzione del consenso della vittima, potenzialmente capace di escludere l'antigiuridicità del fatto.

Un'attenzione privilegiata merita, infine, la configurabilità della colpa, dato che spesso il principio di auto-responsabilità viene invocato in relazione alla commissione di delitti colposi. La colpa, in fondo, a differenza del dolo, è un «concetto relazionale», in quanto essa «vive una dimensione intersoggettiva», riflettendo «in modo immediato la posizione dell'altro *giocatore* e – fermo restando lo scopo finale – si plasma, adatta sé stessa, alle mosse di quest'ultimo»⁶³.

⁶⁰ In generale, sul rapporto paternalismo-diritto penale, si rinvia a D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in A. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 489 ss.

⁶¹ G. CIVELLO, *Contributo allo studio dell'auto-responsabilità quale corollario del principio di imputazione*, in *Ind. pen.*, 2016, 2, 519.

⁶² *Sic*, Cass. pen., Sez. IV, 5 giugno 2008, n. 27959, in *OneLEGALE*.

⁶³ In questi termini, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 377, ad avviso della quale il carattere relazionale della colpa porta a ritenere che «il comportamento della vittima incida sulla descrizione (colpa specifica) o anche sulla ricostruzione (colpa generica) della cautela, delineandone la stessa fisionomia».

CAPITOLO PRIMO

L'auto-responsabilità, pertanto, si riverbera anche sulla regola cautelare, limitando o addirittura escludendo la colpevolezza dell'agente principale. La condotta della vittima può infatti risultare concretamente imprevedibile, può rivelarsi idonea a escludere la c.d. causalità della colpa, o, ancora, può rendere inesigibile l'altrui condotta doverosa.

Tipicità, anti giuridicità, colpevolezza: il principio di auto-responsabilità investe tutta la teoria del reato, come dimostra l'analisi della dottrina e, soprattutto, della casistica.

In effetti, in assenza di norme espresse, non può che essere la giurisprudenza a plasmare tale principio. E ciò si evince fondamentalmente dalla lettura di pronunce relative all'ambito ludico-sportivo, alla sicurezza nei luoghi di lavoro e alla circolazione stradale, vale a dire a situazioni in cui, per le loro caratteristiche, i giudici sono sempre più portati a prendere in considerazione il comportamento della vittima per meglio valutare l'intero disvalore del fatto.

Sempre attraverso l'esame della casistica è infine possibile ravvisare uno stretto collegamento tra il principio di auto-responsabilità e quello di affidamento, atteso che, non di rado, sia l'agente principale sia la vittima sono destinatari di regole cautelari, anche di segno diverso, tese a impedire la verificazione dell'evento e, al tempo stesso, in grado di indurre entrambi i soggetti a confidare reciprocamente che il comportamento altrui sia conforme a diligenza, prudenza e perizia.

Affidamento e auto-responsabilità sono principî non completamente sovrapponibili, ma ambedue perseguono il medesimo fine. «Ciò che li accumuna, infatti, è l'essere entrambi criteri di implementazione dell'ideale della personalità della responsabilità penale»⁶⁴.

E proprio attorno all'osservanza e alla valorizzazione di quest'ultimo fondamentale principio, da cui dipende direttamente l'altrettanto cardinale principio di colpevolezza, si trarranno le conclusioni dell'intero lavoro, provando a capire in quali termini l'odierna complessità della società sta trasformando gli schemi classici del diritto penale e, in particolare, della colpa.

All'esito di tale indagine, sarà quindi possibile riflettere sull'impatto che la paura e l'insicurezza hanno sulle tecniche di regolazione, prevenzione e repressione delle situazioni di rischio, avendo fin d'ora la consapevolezza che – in assenza di modifiche di approccio nei confronti della gestione e attribuzione delle responsabilità – il sistema futuro non sarà più attento o diligente, malgrado

⁶⁴ M.L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima": uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in *Leg. pen.* (web), 25 ottobre 2022, 31.

ALCUNE NOTAZIONI INTRODUTTIVE

l'inarrestabile progresso scientifico e tecnologico, ma, al contrario, sarà un sistema che continuerà ad andare alla cieca e pericolosa ricerca di un *colpevole a ogni costo*.

CAPITOLO SECONDO

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Magnificazione e trasfigurazione dell'imputazione colposa

SOMMARIO: *Sezione I. La colpa individuale* – 1. Uno sguardo verso il passato: il concetto di colpa e la sua lunga evoluzione... dagli albori del diritto al Codice Rocco. – 2. La centralità della responsabilità colposa nel sistema penale moderno. – 3. Il precario confine tra il rischio consentito e la colpa. – 4. Gli elementi costitutivi della colpa e la loro flessibilità nell'ambito delle attività utili ma rischiose. – 4.1. Le fondamenta della struttura della colpa: le regole cautelari. – 4.1.1. La progressiva rilevanza delle regole cautelari scritte. – 4.1.2. La tenace resistenza della colpa generica. – 4.2. La prevedibilità del rischio e la difficile costruzione dell'agente modello. – 4.2.1. La prevedibilità del fatto colposo nei contesti di incertezza scientifica: la deriva precauzionale dell'agente modello. – 4.2.2. Uno sguardo sul recente e progressivo declino dell'agente modello. – 4.3. La causalità della colpa: la concretizzazione del rischio e il comportamento alternativo lecito. – 4.4. L'esigibilità della condotta doverosa: la necessaria attenzione verso la rimproverabilità soggettiva. – *Sezione II. La colpa collettiva* – 5. La dimensione collettiva della colpa tra interferenze e complessità. – 5.1. L'ingarbugliata relazione degli obblighi di garanzia con gli obblighi di diligenza. Omissione, colpa e parcellizzazione della responsabilità. – 5.2. La cooperazione colposa e la sua portata ampiamente estensiva. – 5.2.1. Il principio di affidamento quale (cedevole) limite al dovere di diligenza. – 5.3. Oltre la responsabilità individuale. La colpa di organizzazione come colpa per fatto proprio o per fatto altrui? – 5.3.1. La complicata convivenza tra colpa *dell'organizzazione* e colpa *nell'organizzazione*.

SEZIONE I

LA COLPA INDIVIDUALE

1. Uno sguardo verso il passato: il concetto di colpa e la sua lunga evoluzione... dagli albori del diritto al Codice Rocco.

«Il concetto di “colpa”, autonomo e distinto da quelli di “dolo” e di “caso”, è il risultato di una lunga evoluzione giuridica»¹, che forse ancora oggi non ha trovato pieno compimento.

¹ A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, Ferrara, 1913, 4.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

In effetti, se si volge lo sguardo verso il passato, non si può non notare come la nozione penalistica di “colpa” raramente abbia mostrato di possedere un’identità chiara e precisa, soprattutto rispetto alle contigue ipotesi di responsabilità oggettiva.

Tralasciando le rudi dinamiche delle società primitive, in cui l’evento lesivo, a prescindere dall’accertamento dell’elemento soggettivo individuale, generava reazioni violente e vendicative che spesso coinvolgevano l’intero gruppo di appartenenza del presunto autore del fatto², una primordiale distinzione tra fatti casuali privi di effetti penali e colpa penalmente rilevante si può individuare nel diritto ebraico e, nello specifico, nel Libro dell’Esodo, secondo cui «quando un bue cozza con le corna contro un uomo o una donna e ne segue la morte, il bue sarà lapidato e non se ne mangerà la carne. Però il proprietario del bue è innocente. Ma se il bue era solito cozzare con le corna già prima e il padrone era stato avvisato e non lo aveva custodito, se ha causato la morte di un uomo o di una donna, il bue sarà lapidato e anche il suo padrone dev’essere messo a morte»³.

Quindi, già migliaia di anni fa si evidenziavano differenze tra avvenimenti fortuiti e comportamenti negligenti. Eppure, questi ultimi non venivano ancora inquadrati sotto la nozione di colpa in senso tecnico.

Infatti, la voce “colpa” viene a lungo utilizzata con un’accezione assai generica. Al di là di certe distinzioni, per molti secoli il termine “colpa” è banalmente impiegato per indicare la semplice imputabilità⁴ o la sussistenza di un impreciso legame soggettivo tra il fatto e il suo autore⁵.

Bisogna attendere il periodo classico del diritto romano per cominciare a vedere la *culpa* declinata in termini di negligenza e, segnatamente, di omessa previsione di qualcosa che, al momento della condotta, era prevedibile⁶.

Ma per i giureconsulti romani la colpa rimane comunque estranea al diritto penale pubblico, dal momento che «la natura stessa del *crimen publicum* implica che nessun reato possa sussistere senza il dolo dell’agente»⁷.

² V. MANZINI, *Paleontologia criminale. Contributo alle ricerche sulla genesi del diritto e della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1903, 287.

³ Così, *Libro dell’Esodo*, XXII, 28-29. Per un’altra primordiale distinzione tra colpa e caso, si rinvia ad A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 9, con riferimento alle previsioni contenute nel Codice di leggi indiano attribuito dalla mitologia induista alla figura di Manù.

⁴ G.I. LUZZATTO, voce *Colpa penale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 614.

⁵ A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 13.

⁶ Si allude al brocardo «*culpam [...] esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*», tratto dal D.9.2.31 – Paul. 10 *ad Sab.*

⁷ G.I. LUZZATTO, voce *Colpa penale (dir. rom.)*, cit., 614.

CAPITOLO SECONDO

Il concetto “moderno” di colpa inizia invece a emergere nell’ambito della responsabilità extracontrattuale (a partire dalle previsioni contenute nella celebre *Lex Aquilia*)⁸, raggiungendo successivamente anche la sfera dei contratti e dei quasi contratti⁹, tutti settori nei quali progressivamente si fa strada «il modello astratto e medio del *diligens et bonus pater familias*»¹⁰.

Nel diritto romano classico, dunque, la colpa è sì distinta dal dolo (e pure dal *casus* o *fortuna*¹¹) ma, a differenza di oggi, viene semplicemente concepita come fonte dell’obbligo di risarcire o indennizzare la vittima del contegno negligente.

In effetti, solo sotto il dominio di alcuni imperatori e tramite specifici rescritti, la colpa inizia a essere «assoggettata alla penalità propriamente detta»¹².

Senonché, a seguito della caduta dell’Impero Romano d’Occidente, la tendenza a riconoscere una propria autonomia alla colpa penale sembra arrestarsi completamente, atteso che le popolazioni germaniche neppure «danno l’impressione di riuscire a sceverare, nel comportamento umano, ciò ch’è stato realmente voluto (l’elemento psicologico) dal fatto puro e semplice e dalle conseguenze del comportamento medesimo»¹³.

Tuttavia, a ben guardare, nel diritto longobardo esistono delle ipotesi in cui il “legislatore” tiene in considerazione la sfera soggettiva. Si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina in materia di “sicurezza sul lavoro” dettata nell’Editto di Rotari, dove si distingue tra colpa e caso, «ammettendosi l’impunità di quest’ultimo»¹⁴.

Solo con l’avvento del diritto canonico si registra però una vera (ri)scoperta della colpa¹⁵. Basti qui citare il Canone XXXVII promulgato nell’895 d.C. dal Concilio di

⁸ *Amplius*, G. SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano. Minime note introduttive*, in *Studi Urbinati*, 2020, 719 ss. Tra i casi giurisprudenziali più noti di responsabilità aquiliana “colposa” si può citare quello contenuto in D.9.2.11 – Ulp. 18 *ad edictum*, secondo cui «se taluno, giocando con altri a palla, colpita la stessa in modo violento, l’abbia scagliata contro la mano di un barbiere, sicché la gola di un servo che era seduto presso di lui sia stata recisa dal rasoio ad essa accostato, chiunque tra costoro sia in colpa è tenuto in base alla legge *Aquilia*. Proculo considera che la colpa sia del barbiere; e certamente, se costui radeva laddove solitamente si giocava o dove v’era un viavai continuo (di persone), è proprio questo che gli viene imputato».

⁹ C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 6.

¹⁰ *Sic*, G. SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano*, cit., 730.

¹¹ Basti qui citare la fortunata definizione di Ulpiano, secondo cui il caso fortuito è una «*vis cui resisti non potest*» (D.19.2.15.2 – Ulp. 32 *ad edictum*).

¹² Così, A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 18, il quale specifica come la pena fosse comunque “temperata” e venisse irrogata solo in caso di colpa grave.

¹³ In questi termini, A. MARONGIU, voce *Colpa penale (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, 1960, VII, 617.

¹⁴ Cfr. A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 23, con riferimento alle disposizioni previste da Rot. 144, 145 e 152.

¹⁵ *Ex multis*, G. LETO, *Il reato colposo nella Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Palermo, 1913, 75.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Treviri, secondo cui incorre in una responsabilità di tipo “penale” «la madre che lascia il proprio infante presso il fornello altrui acceso e sopra il quale sia la caldaia piena d’acqua bollente, che si rovesci addosso all’infante, uccidendolo»¹⁶.

A partire dagli Statuti dell’Età di Mezzo in poi, cresce l’elenco dei reati colposi e con esso la lista delle corrispondenti pene¹⁷, quasi sempre assai più miti di quelle comminate per i reati dolosi¹⁸. E anche la dottrina inizia a concepire la colpa in termini simili a quelli odierni¹⁹.

In epoca preunitaria, sotto l’influenza del Code Napoléon del 1810²⁰, le varie legislazioni nazionali omettono di dare una definizione generale di reato colposo, ma quasi tutte ormai contemplano e disciplinano in maniera uniforme il reato di omicidio colposo. Si pensi all’art. 375 del Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819, in base al quale «chiunque per disaccortezza, imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza de’ regolamenti commetta involontariamente un omicidio, o ne sia involontariamente la cagione, sarà punito con prigionia dal secondo al terzo grado», oppure all’art. 349 del Codice penale per gli Stati di Parma e Piacenza del 1820, che stabilisce: «chiunque per inavvedutezza, per imperizia dell’arte o professione che esercita, per imprudenza, disattenzione, negligenza, o inosservanza de’ regolamenti, abbia involontariamente commesso un omicidio, o ne sia stato cagione, sarà punito con prigionia da tre mesi a due anni».

Anche nel primo Codice penale post-unitario del 1889, il c.d. Codice Zanardelli, il legislatore preferisce non inserire nella parte generale una definizione di colpa, in quanto ancora alla fine del XIX secolo non si può affermare, «con sicurezza di criteri scientifici, in cosa consista la colpa in diritto penale»²¹. Viene invece disciplinato all’art. 317 il delitto di omicidio colposo, che punisce con la detenzione da tre mesi a cinque anni e con una multa da lire cento a tremila «chiunque, per imprudenza, negligenza, ovvero per imperizia nella propria arte o professione, o per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline, cagiona la morte di alcuno».

¹⁶ In base a quanto riportato da A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 28, nota 3.

¹⁷ Alcune codificazioni fissavano solo le pene per i reati dolosi, mentre la determinazione delle pene previste per i reati colposi era rimessa al mero arbitrio del giudice: cfr. § 3 della *Constitutio Criminalis Theresiana*, emanata nel 1768 da Maria Teresa d’Austria.

¹⁸ A proposito della mitezza delle pene previste per i reati colposi, qui è sufficiente menzionare una Costituzione di Federico II, re delle Due Sicilie, che per l’omicidio colposo fissò la pena della reclusione pari alla durata di un anno (Cfr. G. LETO, *Il reato colposo*, cit., 76).

¹⁹ B. DA SALICETO, *Digestum vetus, Codex*, Venezia, 1586 definisce la colpa come l’«agire in modo diverso da quello raccomandato dalla ragione (...) oppure l’agire o l’omettere di agire per negligenza» (vd. A. MARONGIU, voce *Colpa penale (dir. intermedio)*, cit., 620).

²⁰ L’art. 319 del Code Pénal prevedeva che «*Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d’un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d’une amende de cinquante francs à six cents francs*».

²¹ Così, *Relazione sul Progetto di Codice Penale per il Regno d’Italia*, Roma, 1888, 536.

CAPITOLO SECONDO

Bisogna attendere il 1930 e, segnatamente, l'entrata in vigore del c.d. Codice Rocco per veder finalmente positivizzata (sebbene con qualche resistenza²²) una definizione generale e astratta di colpa.

Quest'ultima, da quasi un secolo, trova il suo stabile fondamento nell'art. 43 c.p., secondo cui il reato è «colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline».

Proprio partendo da questa definizione, nei prossimi paragrafi si analizzeranno i singoli requisiti della colpa, al fine di capire *se* e *come* essi si siano ulteriormente evoluti per adeguarsi ai numerosi e complessi «mutamenti sociali, produttivi e tecnologici (...) [che] hanno reso, per la prima volta nella storia dell'umanità, quantitativamente e qualitativamente “centrali” gli eventi dannosi o pericolosi causabili involontariamente, a seguito dello svolgimento di attività rischiose consentite»²³.

2. La centralità della responsabilità colposa nel sistema penale moderno.

Leggi, regolamenti, ordini e discipline e, più in generale, i doveri di diligenza, prudenza e perizia rappresentano senz'altro la “basilare” esigenza di orientare e regolare le attività che sono, al tempo stesso, rischiose e socialmente utili²⁴.

Le regole cautelari promananti da tali fonti servono innanzitutto a governare il rischio e, solo in un secondo ed eventuale momento, consentono di giudicare le azioni od omissioni disaccorte. Attorno al rispetto delle cautele, dunque, ruotano il moderno agire dell'uomo e le sue responsabilità²⁵.

All'omessa osservanza delle norme cautelari non corrisponde automaticamente una responsabilità penale, poiché tradizionalmente la colpa è considerata *punibile per eccezione*²⁶. Ne discende che ad ogni reato doloso non equivale per forza

²² Si vedano, per es., le dichiarazioni del magistrato e senatore del Regno Silvio Longhi, il quale, proprio a proposito della volontà di Arturo Rocco di inserire nel nuovo codice una definizione di colpa, espresse il suo parere contrario dichiarando che «si possono dare nozioni, ma senza imprimere alla norma il carattere di definizioni, [in quanto] le leggi sono comandi e non definizioni» (*sic*, *Lavori preparatori al Codice penale e di procedura penale*, Vol. IV, Verbali delle sedute della Commissione, Libro I del Progetto, Roma, 1929, 130).

²³ D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 201.

²⁴ *Ex plurimis*, R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 10, 1281.

²⁵ Come ebbe già a sottolineare, anzitempo, G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791, § 96.

²⁶ Tra i primi a parlare di punibilità “per eccezione” a proposito della colpa penale si può citare V. MORI, *Teoria del Codice Penale Toscano*, Lucca, 1855, § 50.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

un'analoga ipotesi di reato colposo: ipotesi che sorge soltanto qualora la legge lo abbia espressamente stabilito con una *specificata* e *speciale* statuizione.

«La qual cosa è spiegabile appunto perché il fatto illecito colposo, mancando, almeno nella forma tipica della colpa, di quella volontà dell'evento, che ricorre nel dolo, non desta l'allarme sociale, se non quando oggetto ne sia un interesse o bene giuridico di rilevante importanza, ovvero circostanze determinate accompagnino il fatto stesso»²⁷.

La punibilità *per eccezione* della colpa, però, ha iniziato a vacillare proprio con l'entrata in vigore del Codice Rocco, che ha sì previsto che i delitti colposi sono puniti solo «nei casi espressamente preveduti dalla legge» (*ex art. 42, comma 2, c.p.*), ma al contempo ha anche stabilito che, in ordine all'altra categoria di reati, le contravvenzioni, si può essere chiamati a rispondere della propria azione od omissione «sia essa [indifferentemente] dolosa o colposa» (*ex art. 42, comma 4, c.p.*).

In passato, la sua *eccezionalità* ha reso la colpa una *cenerentola* del diritto penale. Ma i tempi sono davvero cambiati, in quanto oggi la colpa ha completamente dismesso le vesti di *outsider* dell'imputazione soggettiva del reato, assumendo il ruolo di *protagonista* sia nelle tecniche legislative che nella prassi giudiziaria.

Sono infatti aumentate, a dismisura e soprattutto fuori dal Codice penale, le ipotesi contravvenzionali consistenti nella punizione della mera trasgressione di regole cautelari tese a prevenire un indeterminato o indeterminabile pericolo astratto o presunto²⁸.

Sempre sul piano delle politiche criminali portate avanti dal legislatore, anche nel settore dei delitti sono cresciute le ipotesi di responsabilità colposa e, con esse, sono pure aumentati sia i massimi che i minimi edittali. Si pensi, per esempio, alla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario (*art. 590-sexies c.p.*) e a quella prevista in ambito stradale o nautico (*artt. 589-bis e 590-bis c.p.*).

Se la colpa penale ha ormai assunto il ruolo di *playmaker* (o *primadonna*²⁹) del diritto penale contemporaneo, il “merito” va attribuito alla centralità rivestita dalle regole cautelari.

²⁷ A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 242.

²⁸ Si pensi alle contravvenzioni previste in materia di edilizia e urbanistica (d.P.R. 380/2001), circolazione stradale (d.lgs. 285/1992), tutela dell'ambiente (d.lgs. 152/2006), sicurezza sul luogo di lavoro (d.lgs. 81/2008) e sicurezza alimentare (l. 283/1962).

²⁹ Così, D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, cit., 201. Vd. anche M. ROMANO, sub *Art. 43*, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, III^a ed., 2004, 455 che definisce il delitto colposo come il “delitto consueto”.

CAPITOLO SECONDO

Oggigiorno qualsiasi attività è governata da cautele di qualsiasi natura e contenuto: universali o specialistiche, generiche o specifiche, individuali o collettive, scientificamente provate o incerte, scritte o non scritte, di *hard law* o di *soft law*.

Quando la violazione di tali regole – a volte unita all’esistenza di una qualche posizione di garanzia (*ex art. 40 cpv. c.p.*) o alla reciproca consapevolezza di contribuire all’azione od omissione altrui (*ex art. 113 c.p.*) – dà luogo a un evento infausto, ecco che la responsabilità colposa occupa non solo le prime pagine dei giornali ma anche le scrivanie dei pubblici ministeri, destinatari di un flusso costante e crescente di denunce/querele da parte delle vittime della condotta colposa o, in caso di morte, da parte dei loro familiari.

Aumentano le attività rischiose, crescono le cautele, si dilatano le possibilità di incorrere in una responsabilità colposa per violazione delle cautele stesse. Così si spiegano i dati relativi agli omicidi colposi denunciati nel 2022, pari a 1.795, a cui vanno aggiunti i 1.107 omicidi per “colpa stradale”³⁰, senza contare le decine di migliaia di lesioni colpose personali denunciate ogni anno³¹.

Tale statistica, già da sola, muta la percezione sociale nei confronti degli atteggiamenti colposi e trasforma pure il linguaggio comune. Ora non si parla più di “stragi” riferendosi esclusivamente a fatti dolosi, ma si utilizza questo termine così grave ed evocativo anche per descrivere fatti colposi, quali gli incidenti stradali (si pensi alle cc.dd. “stragi del sabato sera”) o le “morti bianche” dei lavoratori (spesso definite, anche dalle stesse istituzioni, “stragi sul lavoro”)³².

Ma è principalmente la giurisprudenza a “esaltare” il ruolo della colpa nell’attuale sistema penale italiano. E tale “magnificazione” passa essenzialmente dalla “trasfigurazione” dei requisiti della colpa, resi elastici al fine di adeguare gli schemi classici dell’imputazione colposa alle complesse caratteristiche dell’agire quotidiano³³.

³⁰ Questo è il dato più aggiornato reso noto dall’Istituto Nazionale di Statistica, ISTAT (v. http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV_DELITTIPS).

³¹ Sempre secondo l’ISTAT, nel 2017, i procedimenti per lesioni personali colpose (non stradali) ammontavano a 46.630 (v. <http://dati.istat.it/Index.aspx?QueryId=25223>).

Questi dati portano a ritenere che progressivamente si stia assistendo a un vero e proprio rovesciamento tra delinquenza dolosa e delinquenza colposa, come già quarant’anni fa aveva evidenziato parte della dottrina (M.C. DEL RE, *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *Ind. pen.*, 1985, 1, 31).

³² Come ben rilevato da S. DOVERE, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.* (web), 6 giugno 2022, 2.

³³ Qui basti citare D. CASTRONUOVO, *L’evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 4, 1594 ss. e C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., 1684 ss.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

In fondo, la modernità e l'evoluzione tecnologica hanno creato «tante nuove maniere di uccidersi e di uccidere senza volerlo»³⁴, rispetto alle quali anche (e soprattutto) i giudici sono necessariamente chiamati a confrontarsi.

3. Il precario confine tra il rischio consentito e la colpa.

Prima di addentrarsi nell'esame dei singoli elementi della colpa e di analizzare la loro trasformazione alla luce delle peculiarità della società post-moderna, pare opportuno soffermarsi, senza alcuna pretesa di completezza, sull'istituto del rischio consentito (o *erlaubtes Risiko*), sviluppato tempo fa, con diverse sfumature, dalla dottrina tedesca³⁵ e importato da quella italiana, che saltuariamente lo impiega proprio per spiegare la non punibilità di certi atteggiamenti rischiosi³⁶.

L'individuazione della soglia oltre la quale un comportamento rischioso da lecito diventa illecito non è affatto facile, né per il legislatore chiamato a regolare il rischio *ex ante*, né per il giudice che deve accertare le eventuali responsabilità *ex post*.

Ma le maggiori difficoltà e incertezze le incontra senz'altro il soggetto che tiene la condotta rischiosa, il quale si trova ad agire (o a non agire) senza sapere se: il

³⁴ Notava nel pieno della seconda rivoluzione industriale il criminologo e sociologo francese G. TARDE, *La criminalité professionnelle*, Ginevra, 1897, 6 (anche consultabile in https://www.enap.justice.fr/sites/default/files/histoire_parours1_tarde_biblio_la_criminalite_professionnelle.pdf), il quale già allora constatò come «*rarees sont les métiers intellectuels ou manuels, dans lesquels il ne faut pas, un jour ou l'autre, risquer sa vie pour gagner sa vie*».

³⁵ La dottrina tedesca ha coniato e utilizzato il concetto di rischio consentito per spiegare tutti gli elementi della teoria del reato, partendo dalla tipicità (e, in particolare, dalla spiegazione del nesso causale), passando dall'antigiuridicità (e, segnatamente, da riflessioni attorno al consenso dell'avente diritto e all'esercizio di un diritto) e approdando alla colpevolezza (e, in particolare, alla colpa). Per una panoramica sul tema nella dottrina tedesca, tra i tanti Autori, ci si limita a citare: R.D. HERZBERG, *Vorsatz und erlaubtes Risiko*, in *Juristische Rundschau*, 1986, 6 ss.; D. KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Francoforte sul Meno, 1966; W. PREUB, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlino, 1974; e H. ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Berlino, 1969.

³⁶ Vd., su tutti, F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 67 ss., il quale ritiene che il rischio consentito trovi il suo fondamento nell'*adeguatezza sociale* e soprattutto nel *consenso dell'avente diritto* (p. 100), e G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'«imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss., il quale, riflettendo sull'inutilità della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, osserva che sono le regole di diligenza a segnare i limiti del rischio consentito (p. 21).

Tra i primi nella letteratura italiana a usare l'espressione "rischio consentito" (*rectius*, "rischio lecito") si può citare S. PIACENZA, *Riflessi penalistici della colpa nell'esercizio lecito di attività pericolose*, in *Giust. pen.*, 1949, 433 ss. V. anche L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, 149 s., il quale affronta il tema della colpa nell'esercizio delle attività pericolose senza tradurre in italiano l'espressione dalla dottrina tedesca.

Per le differenze tra la nozione di "rischio" e quella di "pericolo", si rinvia alle riflessioni svolte nel Cap. IV, § 3.

CAPITOLO SECONDO

suo comportamento supera il rischio tollerato dall'ordinamento; quel rischio produrrà delle conseguenze dannose; sarà, nel caso, tenuto a risponderne solo sul versante civilistico o anche su quello penalistico.

«Il rischio consentito altro non è che un'aggressione giuridicamente ammessa a un interesse meritevole di tutela»³⁷.

Di rischio consentito si parla in relazione a tutte quelle attività umane sì rischiose³⁸ ma anche socialmente utili, necessarie o indispensabili e, perciò, giuridicamente autorizzate o imposte. Si pensi alla circolazione stradale, ferroviaria, marittima, aerea e spaziale, alla quasi totalità delle attività produttive, all'attività medico-chirurgica, alle sperimentazioni scientifiche, alle attività ludico-sportive e, da ultimo, alle svariate attività automatizzate.

Si tratta di attività a base lecita, perché è la stessa società a beneficiare dei suoi effetti. L'ordinamento, pertanto, si porrebbe in contraddizione con sé stesso qualora, da un lato, autorizzasse o addirittura imponesse l'attività rischiosa e, dall'altro, imputasse ogni conseguenza dannosa da essa derivante³⁹. E «per non contraddire sé stesso, l'ordinamento si accolla il rischio di detti eventi nello stesso momento in cui autorizza le suddette attività rischiose, purché esse siano contenute nei limiti dell'autorizzazione giuridica (...). Limiti, questi, prefissati dalle norme cautelari»⁴⁰.

Proprio le cautele fondano e delimitano l'area del rischio consentito⁴¹, che prende la forma di *rischio residuo*, quando rimane una probabilità di lesione malgrado l'adozione delle contromisure previste dall'ordinamento, e che, invece, assume la veste di *rischio tollerabile*, laddove lo stesso ordinamento non preveda l'osservanza

³⁷ F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1102.

³⁸ F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, cit., 71 distingue le attività rischiose in *genericamente rischiose* e *univocamente rischiose*, «ove con la prima locuzione si intendono quelle attività che presentano un margine elastico e potenzialmente indeterminato di rischiosità, con la seconda quelle altre attività rispetto alle quali può dirsi coesistente e necessariamente connaturato un certo tipo di rischio». Nella prima categoria vi rientra, per esempio, il caso di chi circola con la propria auto su una strada ordinaria; nella seconda, invece, è ricompreso il caso di chi effettua una corsa automobilistica a tutta velocità su un circuito chiuso.

³⁹ Sul rischio consentito come istituto volto a scongiurare tale contraddizione, v. F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 415 s. (anche in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1047); R. BLAIOTTA, E. BIRRITTERI, sub *Art. 43*, in AA.VV. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2021, 515; e P. SCEVI, *Principio di precauzione imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011, 11, 1097.

⁴⁰ F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, cit., 416.

⁴¹ Cfr. F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1108, che in maniera molto chiara afferma: «non c'è rischio consentito senza cautele», spiegando tale concetto attraverso una «peculiare sottrazione penalistica».

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

obbligatoria di regole cautelari a causa del carattere marginale degli eventi realizzabili⁴².

L'omesso (e non voluto) rispetto delle cautele previste per il corretto (e prudente) svolgimento delle attività rischiose socialmente utili determina il superamento del limite del rischio consentito e, conseguentemente, trasforma ciò che è lecito in illecito, facendo sorgere in capo al soggetto agente una responsabilità di tipo colposo.

La violazione delle cautele poste a delimitazione dell'area di rischio consentito equivale alla compromissione del delicato bilanciamento che le cautele stesse intendono garantire attraverso la risoluzione del conflitto tra gli interessi perseguiti dalle attività rischiose (per es., la libertà d'impresa o di circolazione) e gli interessi da esse posti in pericolo (per es., la tutela dell'ambiente o la pubblica incolumità)⁴³.

In questo contesto, dunque, le cautele – premurandosi di bilanciare gli interessi contrapposti al fine di raggiungere un equilibrio tra il rischio assunto e i benefici conseguibili attraverso l'esercizio dell'attività rischiosa – costituiscono la “chiave di volta” per individuare l'eventuale superamento della soglia di rischio consentito⁴⁴.

⁴² F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *disCrimen*, 4 giugno 2019, 2 s.

Sul rischio consentito come rischio residuale, cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 457. Sulle tensioni tra rischio residuale e rischio zero nella società del rischio, v. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, 102 ss.

⁴³ F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, cit., 416.

Il bilanciamento è sempre tra diritti “non tirannici”, in quanto nel nostro ordinamento non vigono divieti assoluti ma solo divieti relativi: v., al riguardo, D. CASTRONUOVO, *Proiezioni multidirezionali del rischio: criticità nella tutela penale della salute e dell'ambiente*, in *Lavoro e diritto*, 2022, 2, 379 ss., il quale si sofferma per lo più sulla delicata individuazione dell'area di rischio consentito negli ambiti in cui “si scontrano” la libertà d'impresa e il diritto al lavoro, da una parte, e la tutela dell'ambiente e della salute, dall'altra.

Ad avviso di F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1110, il bilanciamento «pende sempre nel senso dell'utilità sociale», come dimostra la valutazione costi/benefici condotta dalle autorità sanitarie nell'ambito della campagna vaccinale contro il Covid-19. Di «vantaggio sociale» parla invece M. MAIWALD, *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in V. MILITELLO (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993, 179.

⁴⁴ Così, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie di reato”*, in *Criminalia*, 2012, 391.

CAPITOLO SECONDO

Tali cautele trovano la loro fonte direttamente nel permesso a esercitare l'attività rischiosa⁴⁵, rilasciato dal legislatore o, più realisticamente, da un'autorità amministrativa da lui delegata⁴⁶.

Il loro contenuto può essere variegato⁴⁷ e variabile, in base alle conoscenze e alle sensibilità che «contrassegnano in una determinata epoca l'assetto sociale»⁴⁸. Una caratteristica, tuttavia, è inderogabile e immutabile nel tempo. Le cautele poste a delimitazione dell'area di rischio consentito non possono mai prescrivere un generico e indiscriminato dovere di astensione⁴⁹; quest'ultimo, infatti, è applicabile alle attività vietate ma non a quelle consentite, rispetto alle quali vale invece il precetto corrispondente «ad un comando del seguente tenore: “affronta il rischio ma minimizzalo”»⁵⁰.

Diventa quindi centrale l'individuazione delle regole di diligenza esigibili nell'esercizio dell'attività rischiosa.

Quando le cautele sono positivizzate, l'accertamento dell'eventuale responsabilità colposa risulta, quantomeno *prima facie*, senz'altro più agevole, soprattutto nel caso in cui il perimetro del rischio consentito sia delimitato dai cc.dd. limiti-soglia⁵¹.

Tuttavia, anche qualora le regole cautelari siano scritte e queste risultino rispettate, l'osservanza della cautela formalizzata «non garantisce mai la non rimproverabilità dell'agente»⁵², considerato che l'autore della condotta deve

⁴⁵ Come rileva K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlino, 1930, 292.

⁴⁶ Il legislatore, qualora non definisca direttamente le cautele, è comunque tenuto a individuare (almeno in via generale e astratta) i confini dell'area lecita e i soggetti (anche privati) chiamati a regolarla, dal momento che solo così è possibile assicurare il rispetto del principio di legalità.

⁴⁷ F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, cit., 416 osserva come tali cautele possano prescrivere: 1) lo svolgimento dell'attività rischiosa «in presenza di certi presupposti», «col rispetto di certe modalità», «con l'astensione da certe specifiche modalità», 2) la preventiva «assunzione di informazioni necessarie per la presa di conoscenza delle regole cautelari relative all'attività che intende svolgere»; 3) «la comunicazione ad altri delle informazioni sulle norme cautelari riguardanti le attività da questi svolte»; 4) «l'idonea scelta dei propri collaboratori e l'adeguato controllo sul loro operato».

⁴⁸ G. MARINI, «*Rischio consentito*» e tipicità della condotta. *Riflessioni*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 547.

⁴⁹ *Ex multis*, M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 640.

⁵⁰ C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, 239.

⁵¹ Si pensi, per esempio, in materia ambientale, ai valori soglia fissati dall'AIA, l'autorizzazione integrata ambientale. Sul punto, v. S. ZIRULIA, *Il ruolo delle Best Available Techniques (BAT) e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali*, in *Lexambiente*, 2019, 4, 1 ss.

Sugli aspetti positivi ma anche sui profili più critici della tecnica di normazione per soglie rispetto all'accertamento della responsabilità colposa, si rinvia a E. PENCO, *Limiti-soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative, dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 195 ss.

⁵² F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1114.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

comunque attenersi anche al rispetto dei generici e non scritti doveri di diligenza, prudenza e perizia, il cui contenuto è sostanzialmente rimesso alla definizione delle Corti⁵³.

In effetti, proprio queste ultime – quando si confrontano con il concetto di rischio consentito senza intenderlo alla stregua di una scriminante atipica in grado di escludere l'antigiuridicità di lesioni derivanti dall'esercizio di attività ludico-sportive⁵⁴ – sono solite statuire che «nelle attività pericolose consentite, proprio perché la soglia della prevedibilità è più alta, nel senso che gli eventi dannosi sono maggiormente prevedibili (e spesso in minor misura evitabili) rispetto alle attività comuni, maggiore deve essere la diligenza e la perizia nel precostituire condizioni idonee a ridurre il rischio consentito nei limiti del possibile»⁵⁵.

L'esaltazione giurisprudenziale delle regole cautelari non scritte, a causa della loro intrinseca vaghezza, rischia di trasformare la prevenzione in precauzione⁵⁶ rendendo volubile e quindi instabile il perimetro di liceità della condotta, che tende progressivamente a restringersi a favore di quello dell'illiceità «secondo un'invincibile legge dell'entropia penalistica»⁵⁷, che «disvela l'arretratezza e la perdita di capacità euristica»⁵⁸ del concetto stesso di rischio consentito, che – diversamente dalla colpa – dovrebbe escludere la punibilità dell'evento proprio

⁵³ Vd. V. PEZZELLA, *Rischio consentito e colpa generica. Una difficile coesistenza*, in *Giur. merito*, 2010, 12, 3082 ss.

⁵⁴ Tra le tante pronunce che si servono del rischio consentito come causa di giustificazione non codificata, v. Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 2008, n. 44306, in *Foro it.*, 2009, 2, con nota di A. FANELLI, *In tema di lesioni cagionate nell'esercizio dell'attività sportiva*, ivi, 77 s.; Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923, in *Cass. pen.*, 2010, 3, con nota di G. MARRA, *La Cassazione precisa i limiti scriminanti dell'attività sportiva*, ivi, 938 ss. e Cass. pen., Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 34977, in *Cass. pen.*, 2017, 2, con nota di M. BERNARDINI, *La scriminante del rischio consentito nell'attività sportiva*, ivi, 672 ss.

⁵⁵ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 2002, n. 2076, in *Riv. pen.* 2003, 507; Cass. pen., Sez. IV, 3 marzo 2006, n. 7661, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 10, 1272 ss. con nota di M. BELLINA, *Rischio consentito e misura della diligenza nel reato colposo*, ivi, 1275 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2011, n. 9926, in *OneLegale*; Cass. pen., Sez. IV, 22 agosto 2016, n. 35263, in *OneLegale*; Cass. pen., Sez. IV, 23 agosto 2022, n. 31479, in *OneLegale*.

La giurisprudenza sembra quindi fare proprio l'ammonimento di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, I, Torino, 1933, 687, ad avviso del quale «quanto maggiore è il pericolo tanto più oculate debbono essere le cautele».

⁵⁶ Qui ci si limita a menzionare L. D'AMICO, *Colpa, precauzione e rischio. Le tensioni penalistiche nella moderna era tecnologica*, in *Leg. pen. (web)*, 21 ottobre 2023, 23 ss. Sull'influenza del principio di precauzione nel giudizio sulla colpa, *infra* § 4.2.1.

⁵⁷ F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1104.

⁵⁸ S. CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 439.

quando esso è prevedibile⁵⁹ ed evitabile⁶⁰, a condizione, naturalmente, che siano state rispettate le regole volte a ridurre (non a eliminare) il rischio di effetti pregiudizievoli.

Ne deriva che l'idea di rischio consentito e, quindi, anche quella di bilanciamento tra interessi contrapposti sono destinate a resistere fintantoché si terrà a mente che «un comportamento, a monte lecito in quanto tenuto nel rispetto delle regole che delimitano il rischio consentito dall'ordinamento, non cambia segno sol perché, a valle, ha determinato effetti indesiderati anche gravi»⁶¹.

In difetto, non potrà che prendere il sopravvento la colpa con la sua forza *espansiva*, se non *onnivora*.

4. Gli elementi costitutivi della colpa e la loro flessibilità nell'ambito delle attività utili ma rischiose.

Appurato che in relazione alle attività rischiose a base lecita non si può essere in colpa solo perché il rischio si è concretizzato nell'evento⁶², bisogna a questo punto chiedersi quali siano le condizioni che fanno innescare la responsabilità colposa.

Il primo requisito si ricava facilmente dalla definizione di colpa offerta dall'art. 43 c.p.: «il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente». Ciò significa che vi è colpa solo quando *manca la volizione del fatto* e, dunque, quando il dolo è assente.

Si badi, però. L'evento non è voluto ma la condotta deve comunque essere «cosciente e volontaria» ex art. 42 c.p. Ne consegue che anche nell'illecito colposo non può difettare la *suitas*, da intendersi tuttavia solo in termini potenziali anziché reali⁶³.

⁵⁹ Come rileva, anzitempo, D. MANDRIOLI, *La nozione di colpa nelle cosiddette attività lecite*, in *Studi in onore di Mariano d'Amelio*, II, Roma, 1933, 382, secondo cui le caratteristiche intrinseche delle attività rischiose impediscono di affermare la responsabilità colposa sulla base della prevedibilità dell'evento, considerato che le stesse attività implicano per natura «una concreta possibilità di previsione della possibilità di danno».

⁶⁰ L'evitabilità non può che passare attraverso l'astensione, che però è «incompatibile con lo spazio di libertà che l'ordinamento riconosce allo svolgimento di alcune attività pericolose, ma utili» (così, V. TORRE, sub *La colpa*, in AA.VV. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, I, Milano, 2022, 460).

⁶¹ D. CASTRONUOVO, *Proiezioni multidirezionali del rischio*, cit., 380.

⁶² *Ex multis*, G. LEONE, *Colpa e attività pericolose. (Osservanza di norme e colpa per imprudenza, negligenza o imperizia)*, in *Arch. pen.*, 1958, 52.

⁶³ *Amplius*, M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 15 ss.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Sempre l'art. 43 c.p. consente di individuare anche il secondo elemento della colpa, di segno positivo: l'evento «si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline». La colpa, quindi, consiste nella *violazione di una o più regole cautelari*, finalizzate a eliminare o ridurre la possibilità che si verifichi un determinato evento dannoso o pericoloso.

A quest'ultimo requisito occorre poi aggiungere i criteri di valutazione attraverso i quali il giudice individua la regola cautelare non scritta (colpa generica) e il "legislatore" elabora la regola cautelare scritta (colpa specifica), cioè la *prevedibilità* e l'*evitabilità* (quest'ultima detta anche *prevenibilità*).

Prevedibilità ed evitabilità sono concetti elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per spiegare/accertare il rimprovero colposo e, soprattutto, per distinguere quest'ultimo dalla responsabilità oggettiva.

Anche il terzo elemento della colpa ha origine dottrinale e applicazione giurisprudenziale. Si tratta della c.d. *causalità della colpa*, il cui accertamento si divide in due fasi. La prima volta a verificare che l'evento realizzatosi coincida con lo specifico rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire (a tal riguardo, si parla anche di *concretizzazione del rischio*). La seconda, invece, tesa a individuare la condotta doverosa che, se tenuta, avrebbe evitato la realizzazione dell'evento (a tal proposito, si parla anche di *comportamento alternativo lecito*).

Finora sono stati elencati i requisiti oggettivi della colpa. Ma perché il giudizio di rimproverabilità sia completo e pienamente rispettoso del principio di colpevolezza l'interprete deve verificare la sussistenza di un ultimo presupposto, integrante la c.d. misura soggettiva della colpa, cioè l'*esigibilità* in concreto della condotta doverosa.

Individuati schematicamente gli elementi essenziali della colpa, non resta che soffermarsi su ciascuno di essi, al fine di definire la loro portata nonché di testarne la flessibilità nell'ambito delle attività utili ma rischiose.

4.1. Le fondamenta della struttura della colpa: le regole cautelari.

Una volta appurato che l'autore del reato non ha agito con dolo, l'interprete deve verificare che sussistano tutti i requisiti dell'imputazione colposa, al fine di stabilire se la condotta tenuta sia almeno rimproverabile a titolo di colpa.

Il primo requisito da accertare è costituito dalla violazione di una o più regole cautelari.

CAPITOLO SECONDO

Proprio sulle norme prudenziali si regge l'intera tipicità del reato colposo⁶⁴. Tant'è vero che l'individuazione delle cautele deve avvenire nel rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari: non può quindi «essere rimessa alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare pre-definita e riconoscibile *ex ante* dall'agente quale regola comportamentale astratta»⁶⁵.

Ciò premesso, occorre ora provare a qualificare le regole cautelari.

Esse sono pacificamente intese come regole di condotta che, in base al contesto di riferimento, rappresentano «la cristallizzazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità, ripetuti nel tempo»⁶⁶.

Tutte le cautele hanno natura modale, in quanto indicano come va svolta o non svolta un'attività pericolosa⁶⁷; sono tendenzialmente fungibili, in quanto la loro finalità preventiva è spesso raggiungibile a mezzo di cautele alternative⁶⁸; e hanno un contenuto dinamico, in quanto dipendono dalle variabili del caso concreto e, ancora più in generale, dalle oscillazioni del momento storico⁶⁹.

Se poi l'attività è rischiosa ma socialmente utile e, quindi, autorizzata, allora le cautele sono altresì «irriducibilmente liberali»⁷⁰, atteso che in tale ambito esse non possono prevedere un generico dovere di astensione, che, se presente, porrebbe l'ordinamento in contraddizione con sé stesso⁷¹.

Le regole cautelari si possono distinguere in base alla loro fonte, alla loro funzione, alla loro efficacia preventiva e al loro contenuto.

Partendo dalle fonti, la lettura dello stesso art. 43 c.p. permette di dividere le regole sociali, non scritte, di diligenza, prudenza e perizia, da quelle scritte, fissate in leggi, regolamenti, ordini e discipline. Le prime sono «proprie di epoche tecnologicamente più tranquille e riposanti»⁷²; le seconde, invece, risultano più

⁶⁴ *Ex multis*, v. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 157 e G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 155.

⁶⁵ *Sic*, F. GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 90. Sul punto, lo stesso A. precisa che la tipicità della colpa «non è solo un modo per portare la colpa fuori della testa del giudice» ma è anche la base di partenza per giungere a una «legalità della colpa» (ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, 582).

⁶⁶ F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, II, 306.

⁶⁷ *Ex plurimis*, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Milano, 1993, 233 ss.

⁶⁸ D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 1618.

⁶⁹ Sulla dinamicità delle cautele, si è soffermato in molti suoi lavori Donato Castronuovo. Per lo specifico ambito della sicurezza sul lavoro, cfr. ID., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, *passim*.

⁷⁰ F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *disCrimen*, cit., 17.

⁷¹ M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 643.

⁷² F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 306.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

adeguate alle sfide della società del rischio, dal momento che trasmettono (almeno apparentemente) un maggiore senso di certezza⁷³.

Senza altro, il legislatore del 1930 immaginava che tutte le regole cautelari scritte provenissero – direttamente o indirettamente – da autorità pubbliche, tenute almeno a vagliare l'adeguatezza delle cautele individuate da enti privati. Dunque, in caso di eventuali eterointegrazioni dei doveri cautelari, una tale impostazione⁷⁴ non poneva dubbi circa il rispetto del principio di riserva di legge.

Tuttavia, il passare del tempo e, con esso, l'esplosione di attività tecnicamente complesse hanno fatto sì che oggi la produzione delle regole cautelari sia (di frequente e per intero) delegata ai privati, i quali – a differenza della pubblica autorità – possiedono indubbiamente un bagaglio di competenze tale da garantire un migliore adeguamento delle cautele alle peculiarità dei rischi presenti nel settore di loro competenza⁷⁵.

Così facendo, però, si registra l'insorgenza di almeno un paio di effetti collaterali: 1) al privato è rimessa la delicata operazione di bilanciamento tra interessi contrapposti, su cui si regge la costruzione di qualsiasi regola cautelare e, di conseguenza, l'individuazione dell'area del rischio consentito, pur essendo egli non un soggetto terzo e imparziale, bensì titolare di uno degli interessi contrapposti; 2) «nella totale deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione, la responsabilizzazione del privato alimenta in realtà la discrezionalità del giudice»⁷⁶.

Genera senza altro perplessità la circostanza che il destinatario della regola cautelare ne sia anche il fautore. Occorre, tuttavia, rammentare che oggi il fenomeno dell'auto-normazione⁷⁷ costituisce un pilastro della c.d. globalizzazione

⁷³ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., 92.

⁷⁴ Condivisa in dottrina da M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 637 e da G. MARINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, VI, 6, ad avviso dei quali le regole cautelari, direttamente o indirettamente, devono derivare dall'ordinamento e, perciò, oltre alla legge e ai regolamenti, «gli ordini e le discipline non possono che provenire da Organi pubblici, secondo procedimenti e con i limiti fissati per la produzione delle norme c.d. secondarie».

⁷⁵ Si pensi alle norme cautelari individuate dal datore di lavoro (*rectius*, ente economico) attraverso il Modello di Organizzazione e Gestione (MOG): *amplius*, § 5.3.1.

Ad avviso di V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 1-2, 311 s., «nessuno meglio del soggetto vicino al bene che si intende proteggere ne conosce e percepisce le fragilità assiologiche; nessuno meglio di quel medesimo soggetto può attuare meccanismi di protezione».

⁷⁶ F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, 1550. Per una aspra critica al fenomeno dell'auto-disciplina e quindi dell'auto-responsabilizzazione del privato, degne di nota le riflessioni di F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1, 66, ad avviso del quale tale fenomeno «non solo ha fatto diventare “giardiniere la capra”, ma l'ha fatta assegnando alla “capra” compiti inesigibili».

⁷⁷ *Amplius*, V. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013; D. BIANCHI,

CAPITOLO SECONDO

giuridica⁷⁸, che ha ormai completamente eroso il primato del legislatore, «un tempo mitizzato non solo come unico soggetto produttore del diritto, ma anche come voce onnisciente e onnipotente del potere»⁷⁹.

Il diritto globale è «diritto senza autori, perché gli autori sono troppi e non sempre politicamente identificabili»⁸⁰.

Ne è una dimostrazione il fatto che le regole cautelari auto-normate non sono le uniche presenti nell'odierno sistema dei doveri di diligenza.

Infatti, non è neppure trascurabile il numero delle norme prudenziali, soprattutto di carattere tecnico, contenute negli atti pubblici (ma non vincolanti) di *soft law*, elaborati da apposite agenzie o autorità indipendenti, sia nazionali che sovranazionali⁸¹.

Non è raro che l'evento dannoso o pericoloso sia evitabile mediante il rispetto di più regole cautelari alternative tra loro: in tal caso, si pone il problema di capire quale regola prevalga sulle altre. Al quesito si è risposto affermando che, in caso di concorso apparente di più regole cautelari, l'agente è tenuto ad osservare quella più specifica ed efficace nel caso concreto, a prescindere dalla gerarchia della fonte da cui promana⁸².

Appunti per una teoria dell'autonormazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1477 ss.; S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 1931 ss.

⁷⁸ I tratti fondamentali della c.d. globalizzazione giuridica sono stati ben fissati da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 5, 151 ss.

⁷⁹ Sic, G. ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-moderno»*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 53.

⁸⁰ Così, C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 3, 261, secondo il quale la diffidenza verso l'auto-normazione può essere allontanata attraverso un procedimento che preveda: «a) il coinvolgimento di tutti gli attori del conflitto sociale (...), cofunzionale alle istanze di democraticità; b) la partecipazione di tutti i “saperi esperti” (le comunità epistemiche), autorevoli e muniti di elevata credibilità; c) il concorso del formante giurisprudenziale, che, quando si consolida, può fungere da utile strumento di orientamento; d) un'attività permanente di riesame, protesa ad assicurare l'indispensabile aggiornamento e ad emendare gli errori, inevitabili compagni di viaggio quando ci si muove su territori solcati da incertezza e/o nei quali lo sviluppo delle conoscenze è in divenire» (p. 266).

⁸¹ Si pensi, per esempio, alle regole cautelari contenute nelle numerose e iper-specialistiche linee guida elaborate dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC). Sulla responsabilità colposa del controllore di volo per violazione delle cautele previste, in massima parte, da fonti non legislative, *amplius* E. GRECO, *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa*, Torino, 2021. Si pensi anche alle regole cautelari tipizzate nei protocolli diffusi dall'EMA e dall'AIFA, vale a dire dalle agenzie che regolano, supervisionano e controllano la sicurezza dei medicinali.

Sulle regole cautelari di provenienza eurounitaria e, soprattutto, su quelle positivizzate in regolamenti e direttive UE, v. C. BUZIO, *Regole cautelari eurounitarie e colpa penale. Spunti per una riflessione*, in *disCrimen*, 17 aprile 2020.

⁸² F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, cit., 20.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Quanto alle funzioni, si possono individuare: le regole cautelari propriamente dette, perché davvero dotate di una portata preventiva; le regole programmatiche, «teleologicamente indirizzate verso un risultato non definito in termini apprezzabili»⁸³; e le regole (apparentemente) cautelari, aventi una funzione precauzionale, che, assumendo come presupposto una situazione di incertezza scientifica circa la verificabilità dell'evento, vietano direttamente l'esercizio dell'attività rischiosa⁸⁴.

Le cautele con funzione preventiva si possono poi distinguere «a seconda che siano finalizzate a contenere la pericolosità della condotta del soggetto gravato dal dovere di diligenza o quella altrui»⁸⁵.

Passando dalla funzione preventiva all'efficacia preventiva, ci si può imbattere in regole cautelari “proprie”, volte a neutralizzare il rischio, e regole cautelari “improprie”, chiamate semplicemente a ridurlo⁸⁶.

Infine, in ordine al contenuto, le regole di condotta possono consistere, principalmente, nel dovere di: riconoscere i segnali o i campanelli d'allarme; adottare le misure idonee a scongiurare o a contenere il rischio; formare, informare e informarsi; segnalare, monitorare o controllare situazioni di pericolo; aggiornare i propri *standards* di sicurezza alle scoperte tecnico-scientifiche afferenti al proprio settore di competenza; farsi assistere da specialisti; selezionare collaboratori capaci (*culpa in eligendo*) e controllare la correttezza del loro operato (*culpa in vigilando*).

Sempre in riferimento al contenuto, si può anche distinguere tra regole a contenuto “rigido”, regole a contenuto “elastico” e regole “ad ampio spettro”. Le prime stabiliscono la condotta richiesta in modo netto; le seconde, viceversa, vanno effettivamente determinate tenendo conto delle caratteristiche del caso concreto⁸⁷;

⁸³ F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in B. DEIDDA, A. GARGANI (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 196, il quale menziona, a titolo di esempio di questa categoria di regole cautelari, le disposizioni contenute negli artt. 20 d.P.R. 303/1956 e 2.1.4-bis all. IV d.lgs. 81/2008.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1227 secondo cui «la regola cautelare deve, necessariamente, avere carattere “modale”, deve cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari ad evitare il verificarsi dell'evento (ovviamente la regola cautelare che impone l'astensione dall'attività pericolosa non ha carattere modale)».

⁸⁵ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., 106.

⁸⁶ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 23-24 e, *amplius*, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, Padova, 2003, 15 ss.

⁸⁷ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 236. Per alcuni esempi di regole elastiche si rinvia a G. LUNGHINI, sub *Art. 43*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, I, Milano, IV[^] ed., 2021, 670.

CAPITOLO SECONDO

le terze, infine, si limitano a prevedere cautele in relazione all'astratta possibilità che si verifichino eventi che al momento possono risultare ancora ignoti⁸⁸.

A prescindere da queste ultime classificazioni, la regola cautelare deve comunque contenere una descrizione, sufficientemente determinata, del comportamento doveroso, idonea a essere tradotta in una prescrizione operativa concretamente individuabile e attuabile⁸⁹.

A ciò si aggiunga che le regole cautelari sono di norma dotate di copertura scientifico-empirica ma, in alcuni casi, possono anche avere natura sperimentale. Se ricorre quest'ultima ipotesi, la nuova regola può riguardare lo svolgimento di attività per cui già esistono delle cautele consolidate oppure può interessare lo svolgimento di attività esse stesse sperimentali⁹⁰. Entrambe assumono la valenza di vere e proprie regole cautelari solo dopo aver acquistato la certezza scientifica⁹¹.

Esaurito il tentativo di catalogazione delle regole cautelari, appare opportuno soffermarsi ancora su due aspetti.

In primo luogo, occorre segnalare che – a dispetto della lettera dell'art. 43 c.p., che lega la definizione di colpa alla sola verifica dell'evento – la violazione delle regole cautelari è richiesta non solo nei reati di evento ma anche in quelli di pura condotta.

Rispetto a questi ultimi, però, la violazione diventa elemento autonomo di un illecito di pericolo, dove «ogni violazione è tipica, anche se in concreto priva di pericolosità e d'imprudenza»⁹². Si pensi, in particolare, alle numerose ipotesi contravvenzionali (per esempio, in materia di diritto penale del lavoro o di diritto penale alimentare), il cui precetto consiste essenzialmente nella violazione di una regola cautelare ispirata non tanto alla prevenzione, quanto piuttosto alla precauzione.

⁸⁸ Sul punto, vd. L. STORTONI, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?)*, in *Ind. pen.*, 2016, 15-16.

⁸⁹ Difetta di tali caratteristiche, per es., l'art. 2087 c.c. (secondo cui «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»), dal momento che «difetta della descrizione di un comportamento tipologicamente definito e (...) non rappresenta, in linea generale, la concretizzazione di un comando di agire» (così, F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, cit., 195).

⁹⁰ *Amplius*, F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., 103.

⁹¹ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 5, 653.

⁹² Così, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 132, il quale osserva correttamente come nel reato colposo la violazione della regola cautelare da sola non può automaticamente integrare l'elemento soggettivo della colpa.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

In secondo e ultimo luogo, non si può trascurare la natura “aperta” del reato colposo⁹³, «la cui “chiusura ermeneutica” resta necessariamente affidata a un fenomeno di eterointegrazione normativa per mezzo di regole cautelari»⁹⁴.

Siffatta natura permette di concretizzare il giudizio sulla colpa ma, contestualmente, pone il problema della sua compatibilità con il principio di legalità, da tempo in “caduta libera”⁹⁵, a causa, soprattutto, della scarsa esaustività delle norme cautelari scritte (sempre più spesso prodotte da fonti non legislative) nonché della tendenziale indeterminatezza delle (non) residuali regole prudenziali di derivazione sociale, la cui congenita vaghezza rischia di trasformare il giudice da “fruitore” della regola cautelare a suo “facitore”⁹⁶, non di rado dimentico che «il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute o conoscibili dall’agente»⁹⁷.

4.1.1. La progressiva rilevanza delle regole cautelari scritte.

Al di là delle classificazioni, «l’essenza della colpa è unica, risolvendosi nello scostamento da una pretesa cautelare»⁹⁸.

Nonostante ciò, sia la dottrina che la giurisprudenza tendono spesso a soffermarsi sulla distinzione tra colpa specifica e colpa generica, sia per la diversità delle fonti da cui promanano sia, soprattutto, per la differente ampiezza dei poteri di accertamento del giudice⁹⁹.

Partendo dalla colpa specifica, bisogna subito segnalare che in tale ipotesi le regole cautelari violate risultano tipizzate/positivizzate in norme giuridiche scritte, aventi natura sia pubblica che privata.

⁹³ Tra i primi a concepire il reato colposo come fattispecie aperta v. H. WENZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, 14 s.

⁹⁴ Sic, D. CASTRONUOVO, *L’evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 1616.

⁹⁵ Parla di legalità della colpa “in caduta” F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, VIII^a ed., 2021, 304. Per un recente rassegna delle criticità derivanti dalla “caduta di legalità”, cfr. R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 519 ss.

⁹⁶ “Fruitore” e “facitore” sono appellativi tratti dalle riflessioni del professor Fausto Giunta contenute in molti dei suoi lavori: *ex multis*, ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 161.

⁹⁷ Come rilevato, isolatamente, dalla stessa Corte di cassazione: cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2000, *Fratta*, in *Cass. pen.*, 2001, 1217, citata da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., 161-162, nota 24.

⁹⁸ C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 230.

⁹⁹ Cfr. R. BLAIOTTA, E. BIRITTERI, sub *Art. 43*, cit., 506.

CAPITOLO SECONDO

Come stabilito dallo stesso art. 43 c.p., i doveri di diligenza possono essere innanzitutto previsti dalla legge, ma, si noti, non da qualsiasi legge: solo da quelle che abbiano una evidente funzione preventiva¹⁰⁰.

Al pari della legge, ci sono poi anche altre fonti di natura generale e astratta idonee a produrre regole prudenziali standardizzate, vale a dire i regolamenti: per esempio, si pensi ai regolamenti attuativi del Codice della Strada.

Ma oltre alle norme cautelari rivolte a un numero indeterminato e indeterminabile di persone, l'art. 43 c.p. prevede che la colpa possa derivare pure dall'inosservanza di regole indirizzate a una specifica cerchia di individui operanti (o comunque presenti) in un determinato contesto. Si allude agli ordini, impartiti, sia in forma scritta che orale, da un soggetto apicale a uno subordinato al fine di svolgere in sicurezza una determinata attività, e alle discipline, che rappresentano, invece, «la specificazione di criteri generali di sicurezza desumibili dall'ordinamento giuridico e “adattati” alle peculiarità della concreta situazione di rischio»¹⁰¹.

A proposito di discipline, si discute poi se in tale categoria si possano far rientrare le raccomandazioni contenute nei protocolli e nelle linee guida in materia sanitaria. Segnatamente, il dubbio riguarda la possibilità di riconoscere alle previsioni contenute in queste specifiche e peculiari fonti un carattere precettivo analogo a quello posseduto dalle regole cautelari prodotte da fonti più “classiche”¹⁰².

Al momento è difficile sciogliere la questione dando una “risposta secca”¹⁰³. Infatti, nonostante nel corso del tempo si siano succedute varie riforme, la natura

¹⁰⁰ F. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 323.

In dottrina si dibatte poi sulla possibilità che anche la legge penale integri una regola di condotta. In questa sede, ci si può limitare a sposare la tesi di coloro che ritengono possibile tale eventualità a condizione che si tenga separato l'accertamento della mera violazione cautelare contenuta nel precetto penale e il rilievo attribuibile a tale inosservanza ai fini dell'accertamento della colpa (si rinvia alla dottrina citata da G. LUNGHINI, sub *Art. 43*, cit., 653 s.).

¹⁰¹ Così, con particolare riguardo agli ordini e discipline in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, D. CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro. Dalla colpa alle colpe*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 174.

¹⁰² La sentenza “Mariotti”, per esempio, le definisce come «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente» (Cass. pen., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770), mentre la precedente sentenza “Cantore” ne nega la natura cautelare qualificandole come «sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche» (Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237).

¹⁰³ M. SESTIERI, *I rapporti (solo apparentemente pacificati) tra regole cautelari e linee guida in materia sanitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 2, 284.

delle linee guida rimane controversa¹⁰⁴. Tuttavia, non si può ignorare il fatto che, anche qualora tali raccomandazioni possedessero davvero una natura cautelare, le prescrizioni ivi contenute non avrebbero comunque carattere vincolante, «data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto»¹⁰⁵ e la loro fungibilità rispetto a doveri prudenziali diversi e alternativi, che costringono l'interprete a ricorrere anche agli schemi della colpa generica. Ragione per cui la colpa medica è considerata una *forma ibrida* di colpa, sempre a cavallo tra quella specifica e quella generica¹⁰⁶.

Se in relazione alla responsabilità sanitaria si pone il problema di capire quale sia la reale natura e funzione delle linee-guida, nell'ambito della tutela penale dell'ambiente e del lavoro si dibatte sulla «possibilità di identificare nella obiettiva violazione dei parametri quantitativi fissati nella regolazione di una specifica attività il fondamento per un addebito soggettivo a titolo di colpa specifica»¹⁰⁷.

Al pari delle linee-guida, anche tali parametri (meglio noti come limiti-soglia) si possono considerare regole cautelari, ma solo ove abbiano realmente una funzione preventiva. Se, viceversa, come spesso accade, i limiti quantitativi si fondano «su uno statuto di incertezza scientifica», allora questi non possono considerarsi norme cautelari, in quanto espressione di logiche non tanto preventive quanto piuttosto precauzionali¹⁰⁸.

A prescindere dalle distinzioni interne alla categoria della colpa specifica, è comunque pacifico che la prevenzione nella società del rischio non può che passare dalla fondamentale positivizzazione, standardizzazione, tipizzazione o codificazione, che dir si voglia, delle regole cautelari.

Infatti, la traduzione delle cautele in norme scritte garantisce (o, quantomeno, trasmette) certezza, sempre più agognata dagli operatori di tutte le attività contemporanee. Assicura, inoltre, un migliore bilanciamento degli interessi contrapposti. Salvaguarda l'uniformità della regolamentazione e del trattamento

¹⁰⁴ Tra i tanti che si sono soffermati sulla questione, cfr. M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 160 s.

¹⁰⁵ *Sic*, Cass. pen., Sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7849, in *C.E.D.*

Per due recenti esempi di disfunzionalità del modello di colpa specifica in campo medico, si veda C. CUPELLI, *Prova scientifica, regole cautelari e responsabilità medica*, in *Sist. pen.*, 14 marzo 2023, 10 ss., il quale si sofferma sulla scarsa idoneità preventiva della positivizzazione nel campo psichiatrico e nell'esperienza del Covid-19.

¹⁰⁶ In particolare, la colpa medica – fondata anche sulla violazione di una o più linee-guida – può essere fatta rientrare nella categoria ibrida di “colpa protocollare”: categoria coniata da D. CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro*, cit., 181 ss. in relazione alla materia della sicurezza sul lavoro ma che ben si adatta anche alle peculiari circostanze della responsabilità degli operatori sanitari (come rilevato dallo stesso Autore a pag. 170).

¹⁰⁷ Così, E. PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Torino, 2023, 465, il quale affronta la questione anche in ID., *Limiti-soglia e responsabilità colposa*, cit., 221 ss.

¹⁰⁸ E. PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, cit., 467-468.

sanzionatorio di comportamenti rischiosi dello stesso tipo. Esalta, infine, il principio di legalità e i suoi corollari.

In sintesi, «l'intervento della normativa di tipo scritto consente (...) di snidare la colpa, “controllando” i rischi che la generano in settori e momenti dell'attività pericolosa che, in genere, giacciono completamente al di fuori del campo di osservazione del giudice»¹⁰⁹.

4.1.2. La tenace resistenza della colpa generica.

Malgrado i suoi pregi, può però accadere che la regola cautelare scritta si riveli completamente o parzialmente inadeguata a fronteggiare la situazione di rischio. E ciò può succedere per varie ragioni: perché l'inarrestabile e celere sviluppo tecnico-scientifico ha reso la regola obsoleta rispetto al momento della sua adozione; o perché le cautele positivizzate sono generiche o incomplete; o, ancora, perché le circostanze concrete rendono più adeguato il ricorso a un'altra regola cautelare; o, infine, perché l'osservanza delle prescrizioni non riduce ma addirittura aumenta il rischio di verifica dell'evento¹¹⁰.

Ecco allora che la positivizzazione di tutte le regole cautelari non risulta sempre possibile e, a volte, neppure è auspicabile¹¹¹.

Nonostante i dubbi sollevati da una parte della dottrina¹¹², la giurisprudenza non ha mai esitato ad affermare che «*allorquando risulti “ex ante” l'inefficacia*

¹⁰⁹ In questi termini, G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 302, il quale poi, condividendo alcune riflessioni di Stefano Rodotà a proposito dell'importanza del rispetto del principio di riserva di legge anche rispetto al tema della colpa, constata che «soltanto l'intervento legislativo può sollecitare spinte tecnologiche dirette alla creazione di nuovi strumenti preventivi e, dall'altro canto, soltanto il legislatore può recepire i preesistenti strumenti di prevenzione elaborati dalla tecnica sulla base dell'esperienza di controllo delle attività rischiose».

¹¹⁰ Vd. C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 231.

Per un singolare caso in cui le regole cautelari scritte sono state ritenute inadeguate, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2011, n. 9926, in *C.E.D.*, Rv. 249932, secondo cui «il traino di un pesante carro nel corso di manifestazioni patronali che svolgono per le vie di una città (nella specie il traino del cosiddetto “forcolo” che trasporta reliquie religiose e che fa parte delle manifestazioni in onore di S. Agata, patrona della città di Catania), non è assoggettato alle regole contenute nel Codice della strada, non essendo equiparabile alla conduzione di un veicolo, tenuto conto della diversità del contesto in cui ha luogo rispetto a quello che caratterizza la circolazione stradale, sicché i soggetti agenti possono essere chiamati a rispondere degli eventi lesivi eventualmente conseguiti ad esso soltanto, a titolo di colpa generica».

¹¹¹ Cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., 94 e G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 324, nota 13.

¹¹² Su tutti, v. C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1492 e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 315, il quale osserva che «se la colpa generica potesse riaffiorare ogni volta sulla base delle caratteristiche peculiari della situazione concreta, è chiaro che andrebbero fatalmente perduti

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

preventiva delle regole cautelari positivizzate, il gestore del rischio è tenuto ad osservare ulteriori regole cautelari non positivizzate, preesistenti alla condotta ed efficaci a prevenire l'evento, individuate alla luce delle conoscenze tecniche scientifiche e delle massime di esperienza»¹¹³.

Il legislatore riconduce tali regole cautelari non tipizzate a tre macrocategorie di matrice “socio-esprienziale”: la diligenza, la prudenza e la perizia.

La prima prescrive un'attività di segno positivo, la cui omissione può far sorgere una responsabilità colposa per negligenza. La seconda, al contrario, prescrive un *non facere*, la cui trasgressione può integrare una colpa per imprudenza. La terza, infine, consiste nelle cognizioni, capacità e abilità che la professione o l'arte richiede a chi la esercita: in difetto, si parlerà di imperizia¹¹⁴.

In passato, la giurisprudenza di rado distingueva le tre forme di colpa, fino a quando non ha iniziato ad affermare la responsabilità medica espressamente per difetto di perizia¹¹⁵. Oggi si registra una tendenziale sovrapposizione tra imperizia e colpa specifica, considerato che la totalità delle attività professionali è ormai assoggettata a copiose e dettagliate normative di settore, sorte proprio con lo scopo di codificare gli usi un tempo integranti la nozione di perizia¹¹⁶.

Ma, a ben vedere, ancora di recente la stessa Corte di cassazione ha dovuto registrare «un'intrinseca opinabilità nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità nelle regole di cautela»¹¹⁷.

Ciò che merita maggiore attenzione, però, non è solo il difetto di determinatezza delle regole di logica e di esperienza – che fino a non molto tempo fa ha addirittura indotto alcuni giudici a ritenere che la violazione del generalissimo principio del *neminem laedere* costituisse colpa per imprudenza *in re ipsa*¹¹⁸ – ma anche la

i vantaggi della colpa specifica e che inoltre gli standard delle cautele doverose potrebbero risultare eccessivamente elevati».

¹¹³ Così, Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, in *C.E.D.*, Rv. 281997-13, annotata, tra gli altri, da V. MONGILLO, *Imputazione oggettiva e colpa tra “essere” e normativismo: il disastro di Viareggio*, in *Giur. it.*, 2022, 4, 953 ss.

¹¹⁴ Per una risalente e, in parte, ancora attuale distinzione delle tre categorie, cfr. E. ALTAVILLA, voce *Colpa penale*, in *Nuovo Dig. it.*, 1938, III, 548 ss.

¹¹⁵ Vd. la giurisprudenza citata da O. DI GIOVINE, voce *Imperizia e colpa professionale*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 641-642, in particolare sulla rilevanza penale dell'art. 2236 c.c.

¹¹⁶ Cfr. ancora O. DI GIOVINE, voce *Imperizia e colpa professionale*, cit., 651 ss., ad avviso della quale l'imperizia oggi si colloca nello spazio che divide “il pianeta” della colpa specifica da quello della colpa generica e «viene progressivamente attratta nell'orbita gravitazionale della colpa specifica di cui è probabile divenga, di qui a poco, un satellite».

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2016, n. 23283, in *Giur. pen.*, 9 giugno 2016.

¹¹⁸ Vd. la giurisprudenza citata dal S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in *Enc. dir.*, Reato colposo, Milano, 2021, 591-592 e, segnatamente, v. Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2008, n. 15229, in *C.E.D.*, Rv. 239600, che evoca tale principio per fondare una responsabilità

CAPITOLO SECONDO

tendenza delle Procure della Repubblica a contestare, tutte le volte che ravvisano un reato colposo, sia la colpa specifica che quella generica, indipendentemente dalla reale natura della regola cautelare che si assume violata.

In questo modo, l'addebito, *sempre e comunque*, della colpa generica equivale «alla contestazione di una sorta di “colpa generale”, integrabile da qualsiasi inosservanza di norme cautelari collegabile astrattamente all'evento: un concetto onnicomprensivo di colpa generica come colpa “globale” o *culpa generalis*»¹¹⁹.

Al fine di evitare pericolosi automatismi che portino l'interprete ad affermare che, ove non ci sia colpa specifica, ci sia almeno una qualche imprecisata e interscambiabile forma di colpa per negligenza, imprudenza o imperizia, appare assolutamente necessario (ri)portare la colpa generica all'interno dei confini del principio di legalità e, di conseguenza, anche del principio di colpevolezza.

Per fare ciò, occorre allora riconoscere alla colpa generica una funzione di “straordinaria supplenza”, che opera soltanto se l'inefficacia/inesistenza della regola codificata e l'osservanza di quella non scritta siano entrambe riconosciute dal consesso sociale di riferimento, sulla base di una rigorosa indagine svolta «in ragione delle acquisizioni tecniche e scientifiche o di consolidate conoscenze esperienziali, non assumendo rilievo l'osservanza di prassi non collimanti con tale patrimonio di conoscenze»¹²⁰.

In fondo, solo attraverso una scrupolosa perimetrazione della colpa generica sarà ancora possibile esercitare le attività a rischio consentito senza dover temere di essere chiamati a rispondere per la violazione di qualche oscura regola cautelare

colposa in ambito stradale, e Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2021, n. 32899, in *Giur. it.*, 2022, 953 ss., che invece esclude che tale principio, da solo, abbia natura di regola cautelare.

¹¹⁹ Come ben rileva D. CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro*, cit., 176.

A conferma di tale condivisibile affermazione, è sufficiente menzionare Cass. pen., Sez. IV, 5 giugno 2007, n. 37589, in *OneLegale*, secondo cui: «nei procedimenti per reati colposi, quando nel capo d'imputazione siano contestati profili di colpa sia generica che specifica, non sussiste la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza nel caso in cui il giudice abbia affermato la responsabilità dell'imputato per un'ipotesi di colpa diversa da quella di colpa specifica contestata. Infatti il riferimento alla colpa generica, anche se seguito dall'indicazione di un determinato, specifico profilo di colpa, evidenzia che la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata, sicché questi è in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione dell'evento di cui è chiamato a rispondere, indipendentemente dalla specifica norma che si assume violata».

Per un'ampia panoramica sulle modalità di contestazione del reato colposo nelle varie fasi del procedimento penale, si rinvia a G. VARRASO, voce *Imputazione processuale e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 678 ss.

Ben riassume la natura “globale” della colpa generica F. PALAZZO, *Fatto e anti giuridicità. La crisi della tipicità e il ruolo della società dei diritti*, in A.M. STILE, V. MONGILLO (a cura di), *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, Napoli, 2021, 151, il quale denuncia come «non c'è grande processo in cui, dopo aver esaminato le pieghe della colpa specifica, non si estragga dal cassetto la colpa generica residua».

¹²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2021, n. 32899, cit.

coniata dal giudice facendo ricorso all'irresistibile e, parimenti, infida logica del *senno del poi*.

4.2. La prevedibilità del rischio e la difficile costruzione dell'agente modello.

Proprio per scongiurare la logica del *senno del poi*, al fine di dare piena dignità al principio di colpevolezza, l'interprete deve ricorrere alla prevedibilità e alla evitabilità dell'evento, quali criteri fondamentali per l'individuazione della regola cautelare rilevante per l'agente concreto.

La prevedibilità, in particolare, va rigorosamente accertata secondo una prospettiva *ex ante*, ossia al momento della realizzazione della condotta, e mediante la prova della riconoscibilità e rappresentabilità della situazione di rischio e della corrispondente (nonché preesistente¹²¹) regola cautelare volta a eliminarlo o a ridurlo.

Ne deriva che nessun rimprovero può muoversi all'agente se le conseguenze della sua condotta non potevano essere previste.

Sia nel gergo comune sia in quello penalistico, è "prevedibile" ciò che si può conoscere o immaginare anticipatamente, ipotizzando la possibilità (*rectius*, la probabilità¹²²) che un certo evento si realizzi prima che questo accada.

Secondo parte della dottrina, proprio la definizione stessa di prevedibilità fa sì che tale criterio di giudizio si attagli esclusivamente ai reati colposi d'evento, «rispetto ai quali soltanto è configurabile un fatto distinto temporalmente dalla condotta e ad esso successivo, (...) sicché la prevedibilità potrà avere ad oggetto esclusivamente eventi (...) compresi nel genere che la norma cautelare mirava a prevenire»¹²³.

Al di là delle riflessioni che si potrebbero fare attorno al rapporto prevedibilità-reati di pura condotta (peraltro davvero utili soltanto con riferimento alle contravvenzioni colpose, dato che, a differenza di quest'ultime, la quasi totalità dei

¹²¹ Sulla fondamentale distinzione tra genesi e individuazione delle regole cautelari, in base alla quale è suscettibile di individuazione solo la regola già venuta a esistenza prima della commissione del fatto, cfr. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 1626-1627.

¹²² Se la nozione di prevedibilità dovesse fondarsi sulla mera possibilità che un evento accada, allora tale lemma non avrebbe alcun contenuto semantico, considerato che, astrattamente e anche con un grado percentuale molto basso, *tutto può succedere*.

¹²³ F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, cit., 205.

Contra, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 307, secondo cui nei reati colposi di mera condotta è la stessa condotta tipica a dover essere prevedibile.

CAPITOLO SECONDO

delitti colposi appartiene alla categoria dei reati di evento), appare invece doveroso soffermarsi sulle divisioni che si sono registrate sia in dottrina che in giurisprudenza in ordine all'accertamento della prevedibilità nella colpa specifica.

Al riguardo, infatti, si contano almeno tre orientamenti.

Il primo, più risalente e da tempo minoritario, interpreta la colpa specifica alla stregua di una *colpa presunta*, ritenendo che la violazione di qualsiasi regola scritta determini automaticamente la responsabilità per gli eventi che ne siano derivati¹²⁴.

Il secondo, invece, sostiene che il profilo della prevedibilità dell'evento offensivo sia "incorporato" nella regola stessa, purché l'evento appartenga al genere di eventi che la norma cautelare mirava *ex ante* a prevenire, senza quindi che sia necessario accertare la prevedibilità dell'evento in concreto da parte dell'agente¹²⁵.

Il terzo (e condivisibile) orientamento, infine, afferma che anche nelle ipotesi di colpa specifica l'evento deve risultare concretamente e soggettivamente prevedibile da parte dell'agente, verificando – sulla base delle peculiari circostanze del caso concreto – che la regola scritta e il pericolo di verificazione dell'evento teso a prevenirlo fossero conoscibili e riconoscibili¹²⁶.

La colpa specifica, però, raramente viene in rilievo da sola.

Come si è notato nel precedente paragrafo, può capitare che le regole positivizzate abbiano un contenuto elastico, non siano esaustive, siano inadeguate od obsolete. In questi casi e nell'ipotesi in cui la condotta tenuta non sia regolata da alcuna norma cautelare scritta, il giudizio di prevedibilità si regge sul confronto tra la condotta tenuta dall'agente reale e quella che, nella medesima situazione, avrebbe tenuto il c.d. agente modello¹²⁷.

¹²⁴ Di questo avviso erano, per esempio, O. VANNINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1939, 129 e G. LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1940, 150.

Per una critica nei confronti di tale orientamento, cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 570, il quale definisce «sconfortante nella sua assoluta interezza» l'idea per cui la prevedibilità dell'evento nella colpa specifica sia *in re ipsa*, con l'inevitabile conseguenza di trasformare la colpa specifica in un'ipotesi (neanche troppo) mascherata di responsabilità oggettiva fondata sul discusso principio del *versari in re illicita*.

¹²⁵ Sul punto, v. F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, cit., 209 e la giurisprudenza citata da G. CIVELLO, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1021, nota 103.

¹²⁶ Vd. Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *C.E.D.*, Rv. 247016.

¹²⁷ Cfr. C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 231, ad avviso del quale «il riferimento alla figura-modello evoca plasticamente una tensione dialettica tra due piani: quello dell'agente-reale, il soggetto che concretamente agisce, e un agente astratto, ideale, destinato ad impersonificare, oggettivamente, le pretese dell'ordinamento».

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Ne consegue, dunque, che quando si parla di prevedibilità nella colpa generica non si può non parlare del dovere cautelare che l'agente modello avrebbe osservato per annullare o ridurre la probabilità di verificazione dell'evento dannoso o comunque pericoloso.

La figura dell'agente modello, «dalle chiare ascendenze civilistiche»¹²⁸, si basa sul modello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, ossia sul «modello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività, che importa l'assunzione di certe responsabilità, nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello e faccia tutto ciò che da questo ci si aspetta»¹²⁹.

In estrema sintesi, nei casi di colpa generica, per verificare la prevedibilità, l'interprete deve chiedersi come si sarebbe comportato, nella situazione concreta, l'agente modello di riferimento¹³⁰.

Per sapere se un certo evento era prevedibile, il giudice deve innanzitutto individuare l'agente modello più pertinente alle caratteristiche del contesto in relazione al quale è chiamato a esprimersi.

Nel procedimento di costruzione di questa instabile figura¹³¹, non vanno presi in considerazione né "l'esponente medio" della cerchia di persone a cui appartiene l'autore della condotta né "l'esponente sapientissimo ed espertissimo".

Nel primo caso, infatti, si «finirebbe per abbassare indebitamente (e pericolosamente) lo standard di rispetto delle regole cautelari, con un evidente

¹²⁸ Così, F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., 95 (v. anche i riferimenti bibliografici ivi citati alla nota 23). Sempre a tale proposito F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 580, rivela come sia forte la vicinanza tra il "penalistico" agente modello e il "civilistico" buon padre di famiglia. Sull'origine e l'evoluzione storica di tale nozione, *amplius* G.P. DEMURO, voce *Homo eiusdem professionis et condicionis (profili storici)*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 607 ss.

Degno di nota il rilievo di M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019, 7-8, ad avviso del quale la figura dell'agente modello va tenuta distinta da quella dell'*homo eiusdem*, in quanto solo quest'ultimo «è già un agente *ab origine* adeguato a pretese soggettivizzabili e differenziabili per categorie di soggetti».

¹²⁹ *Sic*, Cass. pen., Sez. III, 28 luglio 2023, n. 32966, in *OneLegale*.

¹³⁰ Non esiste, infatti, un agente modello universale ma tanti agenti differenziati in base al tipo di attività svolta o alla posizione rivestita (*ex multis*, G. LUNGHINI, sub *Art. 43*, cit., 658; A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli, 2020, 303 ss.; S. PREZIOSI, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo d'evento*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1985 ss.). Risulta, infatti, «fallace ogni pretesa di commisurare su un *unico* modello di agente "che giudica *ex ante*" l'enorme varietà di situazioni pericolose in cui si imbatte l'uomo, di continuo, e che esigono perciò un trattamento preventivo il più possibile differenziato» (in questi termini, G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 192).

¹³¹ Per una diffusa analisi sulle criticità e l'obsolescenza di tale figura, si rimanda fin d'ora a V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, 1240 ss.

CAPITOLO SECONDO

venir meno della stessa tenuta general preventiva del precetto penale in materia colposa»¹³².

Nel secondo caso, invece, un livello estremamente alto di diligenza paralizzerebbe qualsiasi attività umana, dal momento che sarebbe ristrettissimo il novero di persone in grado di svolgere la propria attività di riferimento sapendo di poter contare sulla miglior esperienza, scienza e conoscenza possibile del settore in cui opera. L'agente modello, se parametrato sulla figura dell'«esponente sapientissimo ed espertissimo», determinerebbe poi «una coatta coincidenza tra colpa e idoneità causale, con conseguente snaturamento della colpa quale criterio di rimprovero personale»¹³³, non più fondato sulle capacità dell'uomo ma sulle straordinarie virtù del «super-uomo».

Escluso ciò che l'agente modello non può e non deve essere, la definizione di tale parametro deve inevitabilmente prendere le mosse dalla «persona in carne e ossa». Per rispettare il principio di colpevolezza, la costruzione dell'agente ideale non può infatti allontanarsi troppo dalla persona fisica.

L'agente modello, pertanto, va inteso come l'agente coscienzioso, avveduto e accorto che, svolgendo la stessa attività, professione, mestiere o ufficio dell'agente reale, utilizza tutte le cautele che l'ordinamento può legittimamente aspettarsi o pretendere dai cittadini che si trovino in quella stessa situazione¹³⁴.

Così delineata la figura dell'agente modello, occorre a questo punto domandarsi se e quali tratti caratteristici dell'agente concreto possano contribuire alla formazione del parametro e, quindi, possano incidere sul giudizio di prevedibilità dell'evento.

È, invero, possibile che l'agente reale posseda delle conoscenze o abilità superiori rispetto agli individui appartenenti al settore di riferimento.

¹³² D. PETRINI, *Colpa*, in AA.VV. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, III^a ed., 2020, 387. Vd. anche G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1, 37, che – parafrasando alcuni principi enunciati da risalenti sentenze statunitensi – osserva come la diligenza doverosa sia ciò che deve essere fatto da un uomo accorto e ragionevole, e non ciò che usualmente viene fatto.

¹³³ F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012, 13.

¹³⁴ Vd., tra i tanti, S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 1, 22; M. ROMANO, sub *Art. 43*, cit., 458; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 16 e D. PETRINI, *Colpa*, cit., 388.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Alcuni ritengono che tali capacità debbano determinare un innalzamento della diligenza richiesta, altrimenti si verrebbero a creare categorie di persone privilegiate proprio per le loro doti particolari¹³⁵.

Altri, di contro, ritengono sia opportuno fare delle distinzioni¹³⁶.

Se si tratta di conoscenze superiori, allora esse formano proprio la base del giudizio di prevedibilità nei confronti di chi le possiede.

Se, viceversa, si tratta di abilità superiori, allora esse rilevano solo nel caso in cui consentano di selezionare, all'interno del settore di riferimento, un sottogruppo di persone più elevato e specializzato, nel cui ambito tali abilità andranno esclusivamente manifestate.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle abilità superiori possedute dai piloti di Formula Uno, tutti inquadrabili sia nella macrocategoria degli automobilisti che in quella, iperspecializzata, dei piloti di auto da corsa su circuito. Le loro abilità superiori integrano il parametro dell'agente modello del pilota di auto da corsa soltanto quando si trovano su un circuito al volante della loro monoposto; perdono rilevanza, invece, quando circolano per le vie di una città a bordo della loro utilitaria.

A proposito delle conoscenze superiori, va poi considerato che queste nel corso del tempo possono entrare nel patrimonio comune di tutti i soggetti inquadrabili nella categoria di riferimento e, quindi, possono fondare il giudizio di prevedibilità nei confronti di tutti gli esponenti del settore e non più della sola "élite". È ciò che accade laddove le conoscenze specialistiche diventino conoscenze diffuse al punto da trasformarsi in patrimonio dell'intero comparto di appartenenza¹³⁷.

Oltre alle conoscenze o abilità superiori, l'individualizzazione dell'agente modello può rilevare anche qualora le capacità dell'agente reale risultino ridotte a causa della sua età, della sua struttura fisica o di sue eventuali menomazioni.

¹³⁵ Si rinvia alla dottrina citata da M. ROMANO, sub *Art. 43*, cit., 459.

¹³⁶ Cfr. C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 232, S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, cit., 25 s. e F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., 24 ss., il quale distingue le "conoscenze ontologiche" dalle "conoscenze nomologiche" e dalle "abilità".

¹³⁷ Si vedano le dotte riflessioni di G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., 50 ss., il quale, soffermandosi in particolare sulle conoscenze esigibili dalle imprese per prevenire malattie professionali, dopo aver rilevato che il dovere di conoscenza esigibile dalle piccole imprese è diverso da quello delle imprese di grosse dimensioni, afferma che le misure tecnologicamente fattibili in un certo momento sono quelle che il mercato offre in quel dato momento.

CAPITOLO SECONDO

In tali situazioni, spesso esistono regole già standardizzate da cui si possono enucleare con facilità altrettanti agenti modello differenziati¹³⁸. Si pensi, per esempio, alle speciali norme del Codice della Strada rivolte specificamente ai neopatentati o ai disabili. In ambito stradale, le regole di diligenza vengono modellate proprio tenendo in considerazione le ridotte capacità di alcune cerchie di persone¹³⁹, rispetto alle quali, dunque, è possibile individuare un corrispondente e specifico agente modello.

Quando, invece, il giudizio di prevedibilità non si riesce a fondare su un agente modello differenziato, al giudice non resta che tenere conto delle caratteristiche dell'agente reale su un altro piano, vale a dire quello della "colpevolezza colposa", che si estrinseca nel requisito dell'esigibilità¹⁴⁰.

L'agente concreto può poi essere affetto da *deficit* intellettuali, culturali o di esperienza.

Se le carenze affliggono l'agente reale in quanto esponente di un gruppo più ampio (ad es., tutte le persone giunte da un Paese del Terzo Mondo, o tutti gli specializzandi), allora è «possibile "estrapolare" un agente modello che soffre anch'egli dei medesimi limiti»¹⁴¹.

Viceversa, se i *deficit* dipendono da carenze o lacune personali nella propria preparazione, formazione o informazione, allora tali *mancanze* non si possono utilizzare per individualizzare la costruzione dell'agente modello, ma, al contrario, contribuiscono all'affermazione di una responsabilità basata sulla c.d. "colpa per assunzione", che consiste proprio nell'aver intrapreso una certa operazione senza possedere le capacità o abilità richieste dall'ordinamento per svolgerla adeguatamente¹⁴².

Ma ciò che più complica il giudizio di prevedibilità – allungando sensibilmente la distanza tra l'agente reale e l'agente modello – sono le situazioni di incertezza scientifica.

¹³⁸ Come rileva S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, cit., 27.

¹³⁹ G. LUNGHINI, *sub Art. 43*, cit., 662.

¹⁴⁰ *Ex plurimis*, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss.

Sul requisito della exigibilità, *infra* § 4.4.

¹⁴¹ F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., 21.

¹⁴² Sulla colpa d'assunzione come conseguenza dei *deficit* intellettuali, cfr. R. BLAIOTTA, E. BIRRITTERI, *sub Art. 43*, cit., 514. Sulla colpa d'assunzione in generale si vedano, *ex plurimis*, N. PISANI, voce *Colpa per assunzione*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 233 ss. ed E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 513 ss.

In tali contesti, infatti, la giurisprudenza è arrivata ad affermare che «l'agente ha un obbligo di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche anche se non ancora patrimonio comune e anche se non applicate nel circolo di riferimento a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma»¹⁴³, trasformando in questo modo il parametro dell'agente modello in una figura “slabbrata” e “ultraprudenziale”, senza più alcun “connotato di tipicità” e rimessa alla discrezionalità del giudice che con la lente deformata e deformante del *senno del poi* le affida il contenuto che meglio crede¹⁴⁴.

4.2.1. La prevedibilità del fatto colposo nei contesti di incertezza scientifica: la deriva precauzionale dell'agente modello.

Nei contesti di incertezza scientifica, quando si verifica un evento spesso coincidente con la morte di più persone, nella giurisprudenza chiamata ad accertare eventuali responsabilità colpose è costante la tendenza a fondare il giudizio di prevedibilità dell'evento infausto su (più o meno velate) logiche improntate alla valorizzazione del principio di precauzione e ancorate a *standards* molto simili a quelli della causalità.

Il principio di precauzione e le tecniche di accertamento del nesso di causalità, però, risultano incompatibili con il concetto stesso di prevedibilità, quale criterio di individuazione della regola cautelare da impiegare con un giudizio *ex ante*, vale a dire assumendo il punto di vista del soggetto agente che, al momento della condotta, deve poter conoscere le regole cautelari, prima di rispettarle o infrangerle¹⁴⁵.

¹⁴³ Così, Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, in *OneLegale*, in relazione ai prevedibili ma comunque generici gravi danni alla salute che colpiscono alcuni operai addetti alla lavorazione del cloruro di vinile monomero e del cloruro polivinile presso il polo petrolchimico di Porto Marghera.

¹⁴⁴ Sic, C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 232. Fortemente preoccupati per la deriva di questa figura sono anche P. PIRAS, *La colpa medica: non solo linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2011, che definisce l'agente modello come una “spettrale figura” e “una maschera sul volto del giudice”, e F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, cit., 580, che osserva come di fronte a pronunce di tal genere l'agente modello «non delimita perché non ha voce: la sua voce è quella del giudice ventriloquo». In effetti, per gli uomini e quindi anche per i giudici «ragionare sulla prospettiva di un altro è un processo tipicamente lento, deliberato e difficile, dunque cognitivamente gravoso, mentre rimanere all'interno del proprio punto di vista è un compito meno dispendioso, più immediato e automatico» (in questi termini, F. CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1662).

¹⁴⁵ M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 6.

CAPITOLO SECONDO

Nell'ambito penale, la precauzione è un principio normativo che orienta il legislatore nelle scelte di politica criminale¹⁴⁶, qualora la scienza e la tecnica del tempo non siano in grado di stabilire con sufficiente certezza se un determinato fenomeno, prodotto, attività o, più in generale, atteggiamento possano avere effetti dannosi.

Di fronte a tale incertezza, il legislatore, soppesati gli interessi in gioco, può vietare ai consociati di tenere la condotta potenzialmente rischiosa (per esempio prevedendo specifiche ipotesi contravvenzionali di pericolo astratto o presunto) oppure può decidere di tollerarla.

In quest'ultimo caso, il giudizio di bilanciamento vede soccombere il principio di precauzione e, pertanto, la condotta sebbene virtualmente rischiosa, è da considerarsi lecita.

Se ne ricava che, laddove il rischio si materializzi, non sarà possibile muovere al soggetto agente un rimprovero colposo basato sulla prevedibilità dell'evento, giacché, se la migliore scienza ed esperienza del tempo non sono in grado di stabilire la portata del rischio, allora le stesse non si trovano neppure nelle condizioni di stabilire con sufficiente affidabilità se l'osservanza di determinate norme cautelari possa esorcizzare l'insorgenza del rischio medesimo¹⁴⁷.

La prevedibilità risulta poi incompatibile con i criteri di accertamento del rapporto causale.

Il giudizio di prevedibilità, infatti, consiste nel verificare una probabilità. Viceversa, l'accertamento del nesso causale è agganciato a una (quasi) certezza logica del giudizio controfattuale, come ben enunciato dalla c.d. sentenza Franzese.

Ma ciò che risulta ancor più inconciliabile è il punto di vista utilizzato dal giudice al fine di verificare la sussistenza di queste due diverse categorie. La prevedibilità, quale essenziale metro di valutazione dell'elemento soggettivo della colpa, va necessariamente accertata in una prospettiva *ex ante*. Di contro, la catena causale, quale componente dell'elemento oggettivo del reato, va accertata *ex post*. Ne consegue che, nel primo caso, l'interprete non può tenere conto delle regole

¹⁴⁶ Sulla precauzione come "principio di legittimazione di interventi di pubbliche autorità", cfr. S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta e/o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2001, 2, 321 s. Sullo sviluppo del concetto di precauzione nel sistema penale della colpa, merita senz'altro di essere citato C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1743 ss. Sul labile confine tra politica criminale e dogmatica della colpa, v. G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Studi per Federico Stella*, Napoli, 2007, 573 ss.

¹⁴⁷ Cfr. F. D'ALESSANDRO, voce *Precauzione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1002.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

cautelari convalidate da scoperte scientifiche successive al momento della condotta; mentre, nel secondo, il giudice può (anzi, deve) ricostruire la tipicità del fatto anche sulla base di leggi scientifiche o esperienziali sopravvenute o, se già esistenti al tempo della condotta, consolidatesi solo in epoca successiva al fatto.

La presenza di logiche vicine alla precauzione e alla causalità ha comportato un graduale passaggio dal “concreto” all’“astratto” con la conseguenza di aver «determinato un progressivo assottigliamento del vaglio di prevedibilità all’interno del giudizio di colpa, trasladando l’asse della responsabilità colposa dal piano della *culpa* soggettiva ad una sorta di responsabilità oggettiva occulta»¹⁴⁸.

Muovendo da queste premesse, non resta che fornire alcuni esempi concreti di pronunce che, seppur con diverse sfumature, hanno contribuito a far crescere tale tendenza interpretativa.

Il primo caso meritevole di menzione riguarda una vera e propria sciagura verificatasi nel bacino idroelettrico artificiale nella Valle del Vajont la sera del 9 ottobre 1963, quando un enorme frana precipitò da un monte soprastante facendo tracimare l’acqua presente nell’invaso, che inondò e distrusse i paesi a valle della diga provocando la morte di quasi duemila persone.

Chiamata ad accertare le eventuali responsabilità dei gestori della diga, la Corte di cassazione¹⁴⁹ – partendo dal presupposto che «l’esercizio lecito di attività pericolose è da ritenere consentito, da una lato nella misura in cui risponde ad obiettive esigenze di interesse collettivo o pubblico, di ordine primario, dall’altro, nei limiti in cui sia possibile predisporre le misure necessarie affinché l’attività stessa non finisca col risolversi in danno, anziché in beneficio, per la società, nei suoi singoli componenti o nella collettività» – ha affermato che la prevedibilità di una particolare situazione (e non di un particolare evento) di danno o di pericolo all’incolumità dell’intera collettività o, comunque, di persone estranee all’attività impone di astenersi dall’esercizio dell’attività medesima, anche qualora non si

¹⁴⁸ Così, G. CIVELLO, voce *Prevedibilità e reato colposo*, cit., 1017. Cfr. anche D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011, 38, il quale, partendo dall’esame delle pronunce intervenute sul caso del polo petrolchimico di Porto Marghera e sull’alluvione di Sarno, sottolinea come la colpa ricostruita sulla base di logiche precauzionali subisca «evidenti *spinte espansive*, mediante un allargamento dello spettro della riconoscibilità del rischio e della prevedibilità dell’evento».

A ciò si aggiunga che sul giudizio di prevedibilità incombono altri pericoli, quali la mancanza di cultura scientifica da parte del giudice, la difficoltà di distinguere la scienza dalla pseudoscienza, la mutabilità delle opinioni scientifiche, gli interessi privati dei periti e dei committenti delle ricerche (come condivisibilmente rilevano R. BLAIOTTA, E. BIRITTERI, sub *Art. 43*, cit., 508).

¹⁴⁹ Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 1971, Biadene e altri, in *Foro it.*, 1971, 717 ss. (con nota di P. MARTINELLI).

CAPITOLO SECONDO

prevedano gli ulteriori effetti che potrebbero derivare dall'«incidenza di forze naturali, non sempre conoscibili e talora scatenate ed inarrestabili».

Analoga impostazione si riscontra in un altro catastrofico caso di inondazione. Ci si riferisce al disastro della Val di Stava del 19 luglio 1985, quando morirono 268 persone a seguito del cedimento degli argini dei bacini di decantazione di una miniera di fluorite. In tale vicenda, i giudici di legittimità hanno stabilito che, «ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione»¹⁵⁰.

In entrambi i casi, quindi, senza seriamente interrogarsi sulla possibilità che la tecnologia dell'epoca fosse concretamente in grado di fornire gli strumenti per prevedere l'evento calamitoso, i giudici si sono limitati ad effettuare il giudizio di prevedibilità mediante il richiamo a una regola di diligenza che mostra di possedere una marcata natura precauzionale, dal momento che, in fin dei conti, essa consiste nella rinuncia all'esercizio di attività rischiose, ancorché “enormemente” utili¹⁵¹.

L'orientamento delineatosi con queste due pronunce ha poi trovato piena manifestazione nei numerosi arresti giurisprudenziali relativi alla responsabilità colposa per esposizione all'amianto¹⁵², rispetto alla quale emerge con chiarezza la tendenza a sovrapporre i criteri di accertamento tipici della colpa, basati su una prospettiva *ex ante*, a quelli specifici del nesso di causalità, fondati, viceversa, su una prospettiva *ex post*.

Oggi la comunità scientifica è concorde nel riconoscere che l'inalazione delle fibre di amianto aerodisperse possa avere conseguenze cancerogene per gli esseri umani, cagionando per esempio il mesotelioma pleurico, un tumore maligno, dal lungo periodo di latenza, che aggredisce la pleura, una membrana sierosa a protezione dei polmoni.

Perciò, il datore di lavoro, che oggi continui a esporre i suoi dipendenti alle fibre di amianto, può essere chiamato a rispondere (forse addirittura a titolo di dolo eventuale) della morte dei suoi lavoratori deceduti a causa del mesotelioma, in quanto egli – grazie alle conoscenze messe a disposizione dalla odierna scienza e tenuto conto che lo stesso legislatore, dal 1992, vieta l'estrazione, la

¹⁵⁰ Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti e altri, in *C.E.D.*, Rv. 191791.

¹⁵¹ Vd. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., 46.

¹⁵² *Ex multis*, v. R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2011 e S. FINOCCHIARO, *La responsabilità penale per mesotelioma pleurico causato dall'esposizione ad amianto: una patologia di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1, 161 ss.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

commercializzazione e la produzione di amianto¹⁵³ – può senz'altro prevedere che, non fornendo ai suoi dipendenti gli adeguati dispositivi di protezione individuale, questi potranno sviluppare una patologia tumorale in grado di condurli alla morte.

Ma se oggi tale affermazione non è revocabile in dubbio, lo stesso non si può affatto sostenere nel caso in cui il datore di lavoro abbia esposto i suoi dipendenti all'amianto qualche decennio fa, allorché il legislatore era silente e le poche acquisizioni scientifiche consolidate riguardavano unicamente l'insorgenza dell'asbestosi, una forma di malattia polmonare interstiziale tendenzialmente non mortale con possibilità di regressione una volta cessata l'esposizione.

Fino agli anni '80, infatti, il datore di lavoro non era in grado di prevedere la morte dei suoi lavoratori per mesotelioma pleurico. Eppure, i giudici – chiamati a decidere sulle morti dei lavoratori avvenute a distanza di molti anni dall'esposizione – hanno ugualmente riconosciuto la responsabilità del datore di lavoro sottolineando che, ai fini della colpa, la prevedibilità dell'evento «non riguarda soltanto le specifiche conseguenze dannose che da una certa condotta possono derivare, ma si riferisce a tutte le conseguenze dannose che possono derivare da una condotta che sia [genericamente, *n.d.r.*] conosciuta come pericolosa per la salute (o per altri beni tutelati dall'ordinamento)»¹⁵⁴.

In altre parole, ad avviso della giurisprudenza – sicuramente influenzata dagli approdi scientifici raggiunti in epoca successiva alla condotta ma già consolidatesi al tempo della verifica dell'evento e/o della celebrazione del giudizio – appare sufficiente la previsione di una generica situazione di danno per la salute dei lavoratori affinché il *test di prevedibilità* si possa considerare superato¹⁵⁵.

Tale indirizzo interpretativo ha poi condizionato l'intero settore delle malattie professionali per esposizione a sostanze tossiche¹⁵⁶.

Qui basti citare il caso del polo petrolchimico di Porto Marghera, dove alcuni operai svilupparono delle patologie tumorali al fegato, al cervello e ai polmoni per aver lavorato fino agli anni '80, senza le dovute cautele, il cloruro di polivinile

¹⁵³ Il riferimento è alla Legge 27 marzo 1992, n. 257.

¹⁵⁴ Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in *OneLegale*.

¹⁵⁵ Secondo F. GIUNTA, *Maxima culpa*, in *Giust. pen.*, 2016, 637, la scelta dei giudici di focalizzare l'oggetto della prevedibilità sul generico danno alla salute, di cui la morte è la conseguenza più grave, rappresenta un "gioco di prestigio" «poiché in tal modo la prevedibilità della malattia, quale elemento delle lesioni personali [in questo tipo di procedimenti quasi sempre dichiarate estinte per intervenuta prescrizione] lascia il posto surrettiziamente alla prevedibilità della morte, quale evento dell'omicidio».

Sulla progressiva marginalità della prova della colpa nei processi per esposizione ad amianto, F. CENTONZE, voce *Prova scientifica e processi d'amianto*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1040 ss.

¹⁵⁶ Sull'argomento, *ex plurimis*, v. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

CAPITOLO SECONDO

monomero (CVM) e il dicloroetano, sostanze chimiche utilizzate per la produzione di PVC e rivelatesi inequivocabilmente cancerogene a partire dal 1974. Prima di tale data, infatti, solo una ricerca – risalente al 1969 e fondata su sperimentazioni condotte esclusivamente sugli animali – ipotizzava gli effetti cancerogeni di tali sostanze; di converso, già dalla metà degli anni '50 erano conosciuti altri effetti lesivi importanti, quali la sindrome di *Raynaud* e l'acrosteeolisi¹⁵⁷.

Il Tribunale di Venezia, chiamato ad accertare le responsabilità dei dirigenti dell'insediamento produttivo per le tante morti e malattie dei dipendenti, innanzitutto, distingueva sul piano cronologico tra le esposizioni al CVM avvenute prima del 1974 e quelle avvenute a partire dal tale data, quando cioè l'effetto cancerogeno del CVM era scientificamente comprovato.

Il Tribunale, quindi, per il periodo 1969-1973, riconosceva la sussistenza del nesso di causalità tra l'esposizione e la morte dei lavoratori ammalatisi di tumore (in particolare, di angiosarcoma epatico), facendo corretta applicazione della regola secondo cui la causalità va accertata *ex post* e in base alle conoscenze scientifiche del momento del giudizio; mentre non riteneva ravvisabile la colpa, che invece va accertata *ex ante* in base alle conoscenze scientifiche del momento della commissione del fatto. Nello specifico, il Tribunale escludeva la configurabilità della colpa poiché fino al 1973 l'insorgenza delle patologie tumorali non era prevedibile, non essendovi al riguardo «un patrimonio scientifico né consistente né tantomeno consolidato» e, quindi, essendo «imprevedibile l'evento lesivo sulla scorta delle conoscenze a disposizione dell'imprenditore-modello in quell'arco temporale»¹⁵⁸.

Il Tribunale, per quanto riguarda il periodo successivo (dal 1974 in poi), rilevava invece che i dirigenti, venuti a conoscenza degli effetti cancerogeni del CVM, avevano disposto interventi di modifica degli impianti e avevano incrementato le misure di protezione personale per i lavoratori più esposti. Ciò, ad avviso del giudice di primo grado, aveva determinato un crollo delle esposizioni facendo venire meno l'idoneità lesiva delle sostanze. Il Tribunale, perciò, escludeva il rapporto di causalità, osservando che la causa delle malattie fosse esclusivamente da imputare alle esposizioni (più elevate) avvenute tra il 1969 e il 1973.

¹⁵⁷ Per una recente ricostruzione della vicenda, con particolare riguardo al rapporto prevedibilità-evoluzione scientifica, v. A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 327 ss. Cfr. anche A. MADEO, *Attività rischiose socialmente utili e repressione dei disastri colposi da parte della giurisprudenza*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale del rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 555 ss. e D. NOTARO, *Il caso del Petrochimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, Bologna, 2015, 51 ss.

¹⁵⁸ Trib. Venezia, Sez. I, 22 ottobre 2001, Cefis e altri, in www.petrochimico.it.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Se la decisione del Tribunale rimanda a un «modello *ortodosso (classico)* di ricostruzione della colpa (...), così come plasmato dalle più consapevoli acquisizioni dottrinali»¹⁵⁹, lo stesso non si può dire per le decisioni prese nei successivi gradi di giudizio.

Infatti, la Corte di Appello di Venezia¹⁶⁰, prima, e la Corte di cassazione¹⁶¹, poi, riconoscevano la responsabilità dei dirigenti per le esposizioni anteriori al 1974, atteso che le regole cautelari, elaborate negli anni '50 per fronteggiare le patologie all'epoca conosciute, erano volte a prevenire gli effetti nocivi dell'esposizione generalmente intesi, compresi quelli non conosciuti nel preciso momento della stessa esposizione, tra cui il carattere cancerogeno del CVM.

La Suprema Corte, in particolare, ha osservato che «ben prima dell'epoca della contestazione (che parte dal 1969), dovevano già ritenersi prevedibili gravi [sebbene imprecisati, *n.d.r.*] danni alla salute dei lavoratori esposti al cloruro di vinile e quindi doveva ritenersi sorto l'obbligo (anche se fossero mancate regole cautelari di origine normativa), per il datore di lavoro, di adottare le cautele necessarie per preservare i lavoratori dal rischio in esame, perché la tutela della salute umana costituisce obbligo primario di salvaguardia di un diritto costituzionalmente protetto (art. 32 Cost.)»¹⁶².

In particolare, dalla lettura di tale pronuncia, sebbene formalmente essa prenda le distanze dal principio di precauzione¹⁶³, emerge con nettezza la convinzione che

¹⁵⁹ Così, C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1687.

¹⁶⁰ App. Venezia, Sez. II, 15 dicembre 2004, P.M. e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1671 ss., con nota (critica) di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1684 ss.

¹⁶¹ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, 10, 550 ss. con nota, *ex multis*, di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*, ivi, 551 ss.; E. DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 2877 ss.; A. REGINA, *Colpa ed evento. Note a margine di Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006 (il caso Marghera)*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 721 ss.

È bene precisare che la quasi totalità dei reati colposi, sebbene accertati, sono stati dichiarati prescritti sia dalla Corte di Appello che dalla Corte di Cassazione.

¹⁶² D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., 653 rileva come l'importanza del bene giuridico in gioco sia una delle principali ragioni che spingono i giudici ad aderire a logiche precauzionali. Vd. anche C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazioni per colpa*, cit., 1491, secondo cui il rilievo costituzionale del bene giuridico protetto più è intenso più induce i giudici a «legittimare la configurazione di un "dovere di diligenza" ad ampio spettro».

¹⁶³ Tale principio, infatti, ad avviso della Corte di cassazione, è «volto soltanto ad ispirare le pubbliche autorità nelle scelte di regolamentare o vietare l'esercizio di determinate attività quando esista il "sospetto" di una loro pericolosità che però mai ha trovato conferma».

Scarse sono invece le pronunce che non solo formalmente prendono le distanze dalle logiche precauzionali: da ultimo, si veda la sentenza emessa da Trib. Savona, Sez. II, 2 gennaio 2024, in *Giur. pen. (web)*, con la quale i vertici della società Tirreno Power, proprietaria di una centrale elettrica a carbone nel comune di Vado Ligure, sono stati assolti dalle accuse di disastro ambientale e sanitario, in quanto, contrariamente a quanto affermato dal provvedimento del G.I.P. che dispose il sequestro preventivo dell'impianto, «rispetto al privato non può ravvisarsi nel principio di precauzione l'espressione di alcuna regola cautelare oggettiva e predeterminata (...), ma piuttosto

CAPITOLO SECONDO

il rimprovero colposo si possa fondare sull'inosservanza di cautele di natura prettamente precauzionale, dal momento che in capo ai dirigenti viene individuato l'obbligo di eliminare, o comunque ridurre il rischio nell'immediatezza della condotta, «e non solo quando, successivamente (eventualmente dopo anni), gli studi scientifici avranno confermato l'osservazione empirica e spiegato meccanismi di produzione dell'evento lesivo».

Logiche più o meno apertamente precauzionali muovono anche molte delle decisioni chiamate a esprimersi su disastri causati da eccezionali fattori naturali¹⁶⁴.

A questo proposito si può citare la sentenza della Corte di cassazione¹⁶⁵ con la quale il sindaco di Sarno è stato ritenuto responsabile di omicidio colposo plurimo per non aver messo in sicurezza il territorio da lui amministrato, in quanto, ad avviso dei giudici, poteva prevedere che una frana di enormi dimensioni si sarebbe abbattuta sul paese causando la morte di 137 concittadini.

In particolare, secondo il collegio giudicante, premesso che «le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno (...) funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi», «il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso – necessario perché possa ritenersi integrato l'elemento soggettivo del reato sia nel caso di colpa generica che in quello di colpa specifica – va compiuto, nel caso di eventi naturali o di calamità che si sviluppino progressivamente, tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi ma valutando altresì se possa essere esclusa la possibilità che questi eventi possano avere dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche».

In tema di disastri naturali, degna di menzione è anche la sentenza sull'alluvione che colpì la città di Genova il 4 novembre 2011. Con tale pronuncia la Suprema Corte ha confermato la fondatezza degli addebiti mossi al sindaco e ad alcuni dirigenti del capoluogo ligure, ritenendo immune da censure il giudizio di prevedibilità calibrato su un agente modello «che non si adagia sulle esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggiore gravità», ma che, invece, «è in

di un'esigenza meramente "cautelativa", talmente anticipata da risultare inidonea a fondare un giudizio di colpevolezza» (p. 53).

¹⁶⁴ In generale, v. F. URBAN, *La curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (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*, Torino, 2017, 169 ss.

¹⁶⁵ Cass. pen., Sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in *Cass. pen.*, 2011, 82 ss.

grado di ipotizzare, entro limiti ragionevoli, le conseguenze più gravi di un fenomeno pur ricorrente»¹⁶⁶.

Basta richiamare questa casistica per poter constatare che, nei contesti di incertezza, il giudizio di prevedibilità ha ormai assunto una dimensione talmente astratta da porsi in aperto contrasto con il principio di tassatività e di colpevolezza¹⁶⁷, poiché l'esaltazione più o meno dissimulata della precauzione ha di fatto agganciato lo stesso giudizio di prevedibilità all'evento finale anziché alla condotta: ancoraggio che comporta «un'iniqua e smisurata moltiplicazione delle ipotesi di responsabilità, dal momento che nella maggioranza dei casi, anche quelli in cui sia riscontrabile un decorso causale particolarmente anomalo, la possibilità per l'agente di rappresentarsi l'evento previsto dalla norma non potrà che essere negata»¹⁶⁸.

E ciò si riflette inevitabilmente anche sul parametro dell'agente modello, divenuto ormai un "super-uomo" capace di riconoscere qualsiasi rischio, anche quello più sfumato, nonché in grado di adeguarsi a regole di diligenza che, smarrendo la loro natura cautelare, hanno assunto un carattere prevalentemente cautelativo e ultraprudenziale.

Se questa è la fisionomia dell'agente modello, allora si può concludere che, di fronte a rischi così vaghi da rendere qualsiasi evento possibile, solo una è la norma "cautelare" idonea a fronteggiare il rischio: la rinuncia all'attività¹⁶⁹.

Senonché, nell'ambito delle attività rischiose a base consentita, la pura e semplice astensione ha un costo sociale ed economico insostenibile, perché, così facendo, si trascura completamente il fatto che quanto maggiore è

¹⁶⁶ Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, in *OneLegale*, che proprio in punto di agente modello sembra richiamare, sebbene implicitamente, quanto già affermato, in ordine ad un'altra alluvione (quella di Messina), da Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 17069, in *OneLegale*, secondo cui «l'agente modello non è quello che si adagia sulle esperienze precedenti, senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggiore gravità».

Tale definizione di agente modello verrà poi ripresa da un'altra decisione relativa a un evento alluvionale: si allude a Cass. pen., Sez. IV, 23 ottobre 2020, n. 29439, in *OneLegale*, sull'alluvione che colpì nel 2011 il comune marchigiano di Sant'Elpidio al Mare.

¹⁶⁷ Si veda V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità"*, cit., 1291, secondo la quale il contrasto con tali principi trova la sua causa scatenante nella "decomposizione" dell'agente modello. Con particolare riferimento al contrasto coi principi costituzionali che governano il diritto penale nel caso di Porto Marghera, v. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1696 s.

¹⁶⁸ In questi termini, G. FORTI, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 4, 1562 (nota ad App. Milano, 28 gennaio 1980, *ivi*, 1559 ss.)

¹⁶⁹ Si vedano V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità"*, cit., 1289; G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., 47; e F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 10, 1296 s.

CAPITOLO SECONDO

l'indispensabilità da cui origina la necessità o l'inevitabilità dell'attività rischiosa, tanto più grande è la misura del rischio che lecitamente si può correre¹⁷⁰.

Ignorando ciò, non solo la regola "cautelare" diventa unica, perché consiste sempre in un obbligo di inazione, ma diventa unico anche l'agente modello di riferimento, poiché quest'ultimo, contrariamente all'agente reale, avrebbe sempre previsto l'evento lesivo di diritti fondamentali, a prescindere dal tipo di rischio e attività esercitata.

Ne consegue che, nei contesti di incertezza ed evoluzione scientifica, la prevedibilità non muove più dal momento in cui supera la soglia del rischio consentito¹⁷¹, in quanto quest'ultima risulta sostanzialmente azzerata dalla deriva precauzionale assunta dall'eterea figura dell'agente modello, la quale, privando le regole cautelari di funzionalità selettiva, rischia di trasformarsi in «un'invenzione implacabile per dichiarare in colpa chiunque»¹⁷².

4.2.2. Uno sguardo sul recente e progressivo declino dell'agente modello.

Consapevole della pericolosa traiettoria intrapresa con l'esaltazione mitizzante della figura dell'agente modello, di recente la stessa giurisprudenza ha iniziato a mettere in discussione tale parametro, inteso ormai più come una *metafora* o *sineddoche pericolosa*¹⁷³, anziché come uno strumento utile a individualizzare il giudizio di prevedibilità nel contesto sociale o professionale in cui opera l'agente reale.

Il suo congedo è senz'altro agevolato dalla progressiva standardizzazione delle regole cautelari che rendono superfluo il ricorso al parametro dell'agente modello, ma inizia a essere favorito anche dalla progressiva consapevolezza circa i tratti irrealistici e iper-soggettivizzanti di tale figura, che allontanano la colpa dalla sua

¹⁷⁰ Tale situazione è ben rappresentata dall'esortazione latina «*navigare necesse est, vivere non est necesse*» (PLUTARCO, *Vita di Pompeo*, 50, 1).

¹⁷¹ G. MARINI, voce *Colpa* (*dir. pen.*), cit., 11.

¹⁷² V. COLETTI, *La pretesa del superuomo e l'indulgenza verso la natura nel diritto moderno*, in *disCrimen*, 18 aprile 2024, 6, il quale aggiunge che tale figura «sembra uscita dall'astuzia luciferina di un magistrato dell'Inquisizione contemporanea, figlia del diritto trasportato al morale che oggi va di moda».

Si veda anche G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 295 s., secondo cui l'agente modello assume valenza "promozionale".

¹⁷³ M. PRANDI, *Il molteplice nell'uno: una tipologia delle metafore*, in *Criminalia*, 2022, 165 ss. e V. COLETTI, *L'agente modello: una sineddoche pericolosa*, in *Criminalia*, 2022, 155 ss. Vd. anche F. GIUNTA, *Com'è (dis)umano lei! Quando il diritto è prigioniero delle metafore*, in *disCrimen*, 29 dicembre 2020 e P. CAPPELLINI, *I modelli antropologici nel diritto moderno*, in *disCrimen*, 21 luglio 2023.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

concezione normativa¹⁷⁴ ed estromettono dal caso concreto proprio l'agente reale a cui è stato mosso l'addebito¹⁷⁵.

In particolare, a partire dal 2021, con la pronuncia della Corte di cassazione n. 32899 sul disastro ferroviario di Viareggio, i giudici di legittimità hanno cominciato a sottolineare *apertis verbis* che «valutare la condotta diligente di una persona, comparandola con quella di un agente ideale, in quanto tale virtuoso, onnisciente e onnipotente, equivale a pretendere da quella stessa persona un comportamento doveroso basato su parametri essenzialmente soggettivi e, spesso, irrealistici. In tale prospettiva, l'agente concreto è chiamato a misurare il suo agire con quello ottimale dell'agente modello, e la divergenza fra i due comportamenti identifica la colpa, quale scostamento dal comportamento diligente, ritenuto esigibile perché (teoricamente) possibile per l'agente modello. Ciò implica che la individuazione della pretesa (e quindi del comportamento doveroso) costituisca vera e propria opera creatrice del giudice, come tale foriera di un esercizio di discrezionalità giudiziale confliggente con la necessità di determinatezza della norma incriminatrice e di affermazione di responsabilità solo in presenza di colpevolezza»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ La concezione normativa della colpa si fonda sull'idea che le regole cautelari «devono essere determinate perché la norma incriminatrice non può che essere determinata; devono essere acquisibili *ex ante* perché il precetto penale deve essere conoscibile *a priori*; devono essere immuni da operazioni di creazione processuale, perché la legge penale non può essere manipolata dal giudice, che vi si deve anzi sottomettere; non possono essere applicate retroattivamente o analogicamente perché la norma penale non può esserlo. In breve: la regola cautelare non può avere nulla di meno di quanto richiesto alla norma incriminatrice, essendo la prima il perno funzionalistico della seconda. Anzi di più: è la regola cautelare che deve fornire alla norma incriminatrice tutte le caratteristiche che essa deve possedere in forza dell'art. 25 Cost., giacché, se considerata singolarmente, l'incriminazione «a titolo di colpa» è quanto di più evanescente esista nel mondo del diritto» (sic, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in AA.VV. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 277 s.).

Sulle sfide che dovrà raccogliere tale concezione, v. G. CIVELLO, *Il fondamento epistemico-volitivo della responsabilità colposa: nuovi orizzonti dommatici per la concezione normativa della colpa*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (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*, cit., 161 ss.

¹⁷⁵ Vd. R. BARTOLI, «Colpa» in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 9, 1051.

¹⁷⁶ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 15 marzo 2022, n. 8609, in *Cass. pen.*, 2023, 9, 2758 ss., con nota di F. CONSULICH, *L'analogia dai mille volti: tramonto dell'agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *Cass. pen.*, 2023, 9, 2764 ss. Tale pronuncia sintetizza alcuni passaggi motivazionali contenuti nelle 584 pagine della sentenza pronunciata da Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit. Quest'ultima pronuncia è la prima a prendere apertamente le distanze da una prassi giurisprudenziale che addirittura aveva portato ad affermare che «in mancanza di predeterminazione legislativa delle regole cautelari o di autorizzazioni amministrative subordinate al rispetto di precise norme precauzionali, la valutazione del limite di tale rischio (consentito) resta affidata al potere discrezionale del giudice il quale dovrà tenere conto che la prevedibilità e la prevenibilità vanno determinate in concreto, avendo presente tutte le circostanze in cui il soggetto si trova ad operare ed in base al parametro relativistico dell'agente modello, dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, considerando le specializzazioni ed il livello di conoscenze raggiunto in queste» (così, Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 1996, n. 2139, in *C.E.D.*, Rv. 20787301).

CAPITOLO SECONDO

“Ripudiato” l’agente modello, la Cassazione si preoccupa anche di individuare i criteri da seguire per accertare la prevedibilità nella colpa generica, sia quando il comportamento non è regolato da alcuna norma scritta sia quando le regole positivizzate ci sono ma appaiono inadeguate a prevenire l’evento.

In entrambi i casi, si afferma che il giudice deve accertare con rigore l’esistenza di comportamenti diligenti, prudenti e periti, avvalendosi unicamente delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza su cui si fonda – prima della commissione del fatto – il sapere diffuso del settore di appartenenza dell’agente reale¹⁷⁷.

Per quanto riguarda, poi, il caso della colpa generica integratrice di quella specifica, la Corte sostiene che la prevedibilità dell’evento consiste nella possibilità di prevedere – nelle condizioni che coincidono con quelle reali – la non idoneità della regola scritta a prevenire i pericoli scaturenti dall’attività svolta, pericoli che invece potevano essere evitati mediante l’osservanza di consolidate, precostituite e conoscibili regole cautelari di stampo sociale¹⁷⁸.

Se ne ricava che l’affidamento dell’agente reale nella sufficienza del rispetto delle regole scritte esclude la sua responsabilità per negligenza, imprudenza o imperizia, laddove non gli fosse conoscibile l’inadeguatezza della regola codificata e/o le ulteriori regole prudenziali non fossero conosciute o comunque consolidate nel consesso sociale di riferimento al tempo della condotta¹⁷⁹.

Accantonando così il riferimento all’agente modello, i giudici cominciano altresì a rendersi conto degli errori cognitivi ai quali è inevitabilmente esposto ogni decisore, a partire dall’agente reale della cui responsabilità si discute, fino allo stesso giudice che quella responsabilità ha l’onere di accertare.

Tra i più noti errori cognitivi riconosciuti dalle neuroscienze si segnalano gli *hindsight bias* (o *bias del senno di poi*), che consistono nell’inclinazione della mente umana a ritenere, una volta verificatosi l’evento, di essere in grado di prevedere lo stesso, e gli *outcome bias* (o *bias di risultato*), che portano a ritenere l’evento tanto più evitabile quanto più questo, ormai verificatosi, sia grave¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Principio che la Cassazione del 2021 riprende da quanto già enunciato da Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2016, n. 9390, in *C.E.D.*, Rv. 269254.

¹⁷⁸ Il giudice, infatti, «in sede di accertamento della colpa (...) deve indicare la regola cautelare violata preesistente al fatto, e quindi specificare quale sia – sulla base della diligenza, prudenza e perizia – in concreto ed “ex ante” il comportamento doveroso prescritto» (così, Cass. pen., Sez. IV, 19 maggio 2023, n. 21452, in *OneLegale*).

¹⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2022, n. 36788, in *OneLegale*.

¹⁸⁰ Cfr. S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell’evento e l’incidenza dell’hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, 583 ss.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Ma vi è di più. Ormai non si può più ignorare che ogni decisione è influenzata, se non addirittura governata, dalle emozioni.

Infatti, gli studi condotti attorno alle tematiche della c.d. economia comportamentale dimostrano che sono davvero limitate le ipotesi in cui l'uomo affronta in maniera razionale, logica e riflessiva le situazioni che si trova dinnanzi; mentre nella vita di tutti i giorni sono innumerevoli le decisioni prese in modo veloce, intuitivo, automatico e a volte inconscio.

L'abilità di svolgere compiti velocemente rappresenta senz'altro la principale ragione per cui l'uomo occupa, *senza se e senza ma*, il vertice della gerarchia delle specie viventi. Ma proprio la sua capacità a eseguire, con facilità e intuito, operazioni complesse è il motivo per cui cade in errori sistematici: i *bias*, appunto¹⁸¹.

Se molte decisioni si basano sull'intuizione e, quindi, sull'esperienza personale di chi le prende, allora – dato che ciascun individuo matura un proprio vissuto diverso da quello di tutti gli altri e, perciò, unico – non dobbiamo sorprenderci se le decisioni variano spesso l'una dall'altra.

Questa variabilità, a lungo ignorata e di recente definita “rumore”¹⁸², complica di gran lunga il giudizio sulla prevedibilità del rischio. E ciò accade in qualsiasi contesto, incluso quello dell'accertamento giurisdizionale della colpa penale.

In effetti, ciascun agente concreto potrebbe aver agito sulla base di propri e imperscrutabili canoni esperienziali che, nell'ambito della colpa generica, impediscono al giudice di individuare delle regole di diligenza che siano pacificamente riconosciute dalla comunità sociale di riferimento.

Ma, allo stesso tempo, diventa anche arduo prevedere la decisione che prenderà il giudice, in quanto anch'egli nelle sue valutazioni, al pari dell'autore della

A quanto consta, Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2020, n. 15258, in *C.E.D.*, Rv. 279242, in materia di responsabilità medica, è la prima e, al momento, unica sentenza ad affrontare il tema degli errori cognitivi declinandoli espressamente in *hindsight bias* e *outcome bias*.

¹⁸¹ Su tutti, v. gli studi condotti dallo psicologo e premio Nobel per l'economia, D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2020.

Si vedano anche le interessanti (e a tratti “sarcastiche”) riflessioni di C.M. CIPOLLA, *Allegro ma non troppo. Le leggi fondamentali della stupidità umana*, Bologna, 1988 (ristampa del 2023), 61, il quale nota che «la maggior parte delle persone non agisce coerentemente. In certe circostanze una persona agisce intelligentemente e in altre quella stessa persona si comporta da sprovveduto. L'unica importante eccezione alla regola è rappresentata dalle persone stupide che normalmente mostrano una massima propensione per una piena coerenza in ogni campo d'attività».

¹⁸² Si allude agli esiti della ricerca condotta da D. KAHNEMAN, O. SIBONY, C.R. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, trad. it., Milano, 2021.

condotta oggetto del giudizio, si lascerà influenzare da una molteplicità di fattori, spesso poco razionali e molto emotivi¹⁸³.

Anche alla luce di ciò, non resta che prendere atto del fallimento dell'agente modello, una figura talmente distante dalla complessa (e tendenzialmente irrazionale) realtà umana che *nessuno avrà mai il piacere di stringerle la mano*. In fondo, «non siamo caporali ma uomini»¹⁸⁴, «non siamo macchine pensanti che si emozionano, ma macchine emotive che pensano»¹⁸⁵.

4.3. La causalità della colpa: la concretizzazione del rischio e il comportamento alternativo lecito.

L'art. 43 c.p. stabilisce che l'evento può essere imputato a titolo di colpa solo se si realizza «a causa» della violazione delle regole socio-esperienziali di diligenza, prudenza o perizia, oppure delle regole cautelari previste da leggi, regolamenti, ordini o discipline.

La conseguenza è che, ai fini dell'imputazione colposa di un evento, oltre alla violazione di una regola cautelare, occorre verificare la sussistenza di un collegamento ben preciso tra l'inosservanza della norma di cautela e l'evento medesimo: correlazione che prende il nome di “causalità della colpa”.

Non è quindi sufficiente accertare che la condotta sia colposa, ma bisogna altresì verificare che pure l'evento sia colposo¹⁸⁶.

Seguendo la rotta tracciata da autorevole dottrina¹⁸⁷, oggi appare consolidata l'idea che il nesso tra la colpa e l'evento si articoli in due fasi. La prima tesa ad appurare l'esistenza di un nesso di rischio, ovvero che l'evento realizzatosi coincida con lo specifico rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire: a tal

¹⁸³ Cfr. D. KAHNEMAN, O. SIBONY, C.R. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, cit., 19 ss., i quali portano all'attenzione del lettore una serie di esempi tratti da esperimenti condotti prevalentemente negli U.S.A., da cui non solo si ricava l'estrema variabilità dell'esito delle decisioni in casi di “imputati simili per reati simili” ma anche si può desumere come le singole decisioni dipendano dalla specifica identità del giudice, dalla sua esperienza e, cosa più allarmante, dal suo umore o dal momento della giornata in cui decide. A quest'ultimo proposito, si è per esempio scoperto che «i giudici sono più propensi a concedere la libertà condizionale all'inizio della giornata o dopo la pausa pranzo che non immediatamente prima di una pausa. [Insomma,] un giudice affamato è più severo».

¹⁸⁴ M. CAPUTO, *La “regola di Sully”. L'incidenza del fattore umano sulla costruzione dell'omo eiusdem professionis et condicionis*, in *Criminalia*, 2022, 238.

¹⁸⁵ A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozioni, ragione e cervello umano*, trad. it., Milano, 1995.

¹⁸⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 323.

¹⁸⁷ Si allude all'importante contributo dato sul punto da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 261 ss. (v. anche ID., *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 56 e ID., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 11 ss.).

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

riguardo, si parla anche di “concretizzazione del rischio”. La seconda, invece, volta ad accertare che la sussistenza di un “comportamento alternativo lecito” – ossia un comportamento rispettoso della regola di condotta – avrebbe evitato la realizzazione dell’evento.

Nello specifico, la prima fase consiste nell’individuazione del particolare scopo preventivo che la regola cautelare violata intendeva perseguire. Qualora l’evento verificatosi sia lo stesso che la norma voleva prevenire, allora la concretizzazione del rischio si può considerare appurata con facilità, potendo così passare al secondo momento della causalità della colpa.

Eppure, già con riguardo a questo primo stadio del nesso di rischio, diverse sono le criticità in cui l’interprete può imbattersi¹⁸⁸.

Innanzitutto, può accadere che la regola cautelare non miri a prevenire un evento specifico, ma tipi o classi di evento.

Se la categoria di eventi è comunque precisa, *nulla quaestio*: l’accertamento procederà facilmente¹⁸⁹.

I problemi, invece, si pongono qualora la regola cautelare sia “aperta”, “ad ampio spettro”, connotata da uno scopo di protezione indeterminato o di vasta portata.

In quest’ultima ipotesi, la regola di condotta è diretta a prevenire una così generica classe di rischio che astrattamente è idonea a evitare qualsiasi evento. Quindi, ci si trova di fronte a una regola cautelare che, non avendo una ben determinata e specifica finalità preventiva, non svolge una funzione selettiva, con il pericoloso effetto che «si insinui una logica del *versari in re illicita*, per cui si è responsabili per tutte le conseguenze che derivano dall’inosservanza, a prescindere dal contenuto preventivo»¹⁹⁰.

¹⁸⁸ In generale, sullo “statuto” del nesso di rischio, cfr. M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 25 ss.

¹⁸⁹ Ciò accade tutte le volte che la regola cautelare ha una struttura rigida. Si pensi, per esempio, al settore della circolazione stradale in cui le norme previste dal Codice della Strada tendono, ciascuna, a prevenire specifici eventi. A questo riguardo, ad es., la Corte di cassazione ha affermato che «l’obbligo di “circolare sulla parte destra della carreggiata e in prossimità del margine destro della medesima, anche quando la strada è libera”, previsto dall’art. 143 cod. strada, ha la finalità di garantire un’andatura corretta e regolare nell’ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono [...]. Va certamente escluso che il rischio che la prescrizione in parola tende a fronteggiare sia quello dell’investimento del pedone che sia sulla sede stradale» (così, Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 1819, in *OneLegale*). Si pensi anche al classico caso del semaforo rosso: «l’automobilista che attraversa col “rosso” un crocevia senza che gli “succeda niente”, e poi, 500 metri più avanti, investa un adulto che gli si cacci improvvisamente sotto le ruote, non sarà certo punibile per la precedente infrazione del “divieto di passaggio” col rosso» (sic, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 272).

¹⁹⁰ V. TORRE, sub *La colpa*, cit., 464.

CAPITOLO SECONDO

È quanto si è verificato nel già citato caso del polo petrolchimico di Porto Marghera¹⁹¹, in ordine al quale la Corte di cassazione ha riconosciuto la responsabilità di alcuni dirigenti dell'insediamento produttivo ravvisando la violazione di norme cautelari che si limitavano a prevenire «l'astratta possibilità di eventi dannosi, alcuni dei quali (...) ancora ignoti»¹⁹².

E questa impostazione ha trovato conferma anche in successivi arresti giurisprudenziali, dove viene ribadita la rilevanza di regole cautelari idonee a prevenire «una categoria di danni, sia pure indistinta, potenzialmente derivante dalla condotta»¹⁹³.

In maniera unanime, la dottrina critica tale impostazione, non solo perché priva di qualsiasi funzione il requisito della causalità della colpa (oltretutto il giudizio di prevedibilità), ma soprattutto perché ripropone, mascherandola, la vecchia *culpa in re ipsa*, che conduce a giustificare forme di responsabilità, *formalmente* colpevoli, ma *sostanzialmente* oggettive.

Consapevoli, forse, di tale pericolo, recentemente i giudici di legittimità hanno iniziato a soffermarsi con maggiore attenzione sullo scopo delle regole cautelari violate, delimitando in maniera più precisa l'ambito dei rischi.

Qui basti citare la sentenza relativa al c.d. disastro di Viareggio, che originò dal cedimento strutturale dell'asse di un vagone su cui era riposta una cisterna di GPL, la quale, una volta ribaltatasi, innescò un'esplosione e un successivo incendio che interessò la stazione di Viareggio e le abitazioni circostanti, provocando la morte di 32 persone e centinaia di feriti.

La Corte di cassazione, chiamata, tra le altre cose, a verificare la sussistenza della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" ex art. 589, comma 2, c.p., ha escluso la configurabilità di tale aggravante con riferimento alle morti dei soggetti estranei all'organizzazione dell'impresa ferroviaria, in quanto per poterla applicare «è necessario che venga violata una regola cautelare volta a eliminare o ridurre lo specifico rischio derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, di morte o

¹⁹¹ *Supra* § 4.2.1.

¹⁹² Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, cit.

¹⁹³ Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 2011, n. 46819, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2012, con nota di A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni tra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela*, ivi, 105 ss. Con tale sentenza, la Corte ha stabilito che le regole relative alla corretta costruzione dei canali di raccolta dei liquami nonché il più generale dovere di garantire la sicurezza del luogo di lavoro abbiano la funzione di prevenire generiche situazioni di danno alla salute e alla incolumità delle persone, tra cui quella dell'operaio che, nel caso di specie, dovendo espletare un urgente bisogno fisiologico, invece di servirsi dei servizi igienici, aveva deciso di portarsi all'interno del canale, ancora in fase di costruzione, dove moriva per asfissia determinata dall'inalazione di gas nocivi.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

lesioni in danno dei lavoratori o di terzi esposti alla medesima situazione di rischio e pertanto assimilabili ai lavoratori, e che l'evento sia concretizzazione di tale rischio "lavorativo", non essendo all'uopo sufficiente che lo stesso si verifichi in occasione dello svolgimento di un'attività lavorativa»¹⁹⁴.

Un altro profilo problematico inerente alla prima fase dell'accertamento della causalità della colpa risiede poi nella difficile sussunzione dei cc.dd. sotto-eventi nella regola cautelare violata.

Può infatti accadere che l'evento principale, coincidente con quello che la regola di diligenza intendeva prevenire, dia origine a ulteriori conseguenze dannose più o meno distanti dagli scopi preventivi perseguiti dalla regola cautelare.

Si pensi, per esempio, ai cc.dd. danni da *shock* emotivo e ai cc.dd. danni protratti che possono derivare dalla verifica dell'evento principale.

Nel primo caso, vi rientrano tutti quei danni psico-fisici (quali i disturbi da stress post-traumatico) che la vittima o un suo familiare possono subire a seguito di un evento principale, consistente in una grave lesione o addirittura nella morte. Nel secondo, invece, vi ricadono le conseguenze tardive (quali la diminuita aspettativa di vita della vittima) che possono derivare dall'evento principale¹⁹⁵.

In entrambe le ipotesi, la difficoltà consiste nel fatto di stabilire se la regola cautelare violata intenda prevenire non solo l'evento principale ma anche i suoi eventuali sotto-eventi. Difficoltà che però viene meno quando la regola di diligenza ha natura aperta: in tal caso, esercitando la sua discrezionalità, l'interprete può ben includere nell'indeterminata categoria di rischio, che la regola intende prevenire, anche tutti quei rischi indiretti che rappresentino un'evoluzione del generico rischio originario.

Superata la prima fase e, quindi, accertata la c.d. concretizzazione del rischio, occorre passare all'accertamento del secondo momento della causalità della colpa, vale a dire l'evitabilità dell'evento. Bisogna verificare che l'evento realizzatosi fosse concretamente evitabile mediante l'osservanza della regola cautelare violata.

Tale accertamento – al pari di quello, distinto, del nesso di causalità tra la condotta e l'evento¹⁹⁶ – non può che essere di natura controfattuale. Occorre perciò

¹⁹⁴ Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit.

Sul "rischio lavorativo" alla luce di tale pronuncia, *amplius*, S. TORDINI CAGLI, *Il disastro ferroviario di Viareggio: il punto su rischio lavorativo ed oggetto di tutela della normativa prevenzionistica*, in *Ind. pen.*, 2022, 1, 95 ss. (anche in *disCrimen*, 16 febbraio 2022).

¹⁹⁵ Sui sotto-eventi e, in particolare, sui danni da *shock* emotivo e sui danni protratti, v. M. ROMANO, sub *Art. 43*, cit., 464 s. e la bibliografia ivi citata.

¹⁹⁶ Ad avviso di M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 116 s., se si vuole riconoscere una propria autonomia alla causalità

CAPITOLO SECONDO

individuare il comportamento alternativo lecito. In breve, bisogna chiedersi cosa sarebbe accaduto se il soggetto avesse tenuto una condotta conforme alle regole cautelari.

Anche in questa seconda fase, l'interprete può incappare in una serie di criticità.

La prima difficoltà riguarda subito l'individuazione del comportamento alternativo lecito.

Infatti, escluso il caso in cui la regola di diligenza abbia natura prettamente precauzionale e, quindi, tralasciato il caso in cui la condotta doverosa consista nell'astensione dall'azione¹⁹⁷, scartate poi le ipotesi in cui il comportamento diligente sia espressamente descritto nella norma cautelare (si pensi ai cc.dd. limiti-soglia), le condotte alternative lecite sono molteplici¹⁹⁸ e «non è affatto chiaro in base a quale criterio si debba selezionare quella rilevante ai fini del giudizio di evitabilità dell'evento»¹⁹⁹.

Di fronte a un concorso di comportamenti potenzialmente salvifici, soltanto in una prospettiva *ex post*, cioè una volta manifestatosi l'evento che le varie regole miravano a prevenire, è possibile individuare il miglior comportamento alternativo

della colpa, occorre riferire quest'ultima esclusivamente ai reati commissivi colposi, in quanto nei reati omissivi colposi, non avendo l'omissione causato naturalisticamente alcunché, la verifica dell'evitabilità dell'evento rimane assorbita nell'accertamento causalità materiale, in applicazione dello schema doppiamente controfattuale proprio della causalità omissiva. Sul punto v. anche C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 242; A. MASSARO, “*Concretizzazione del rischio*” e *prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4714 ss. e K. SUMMERER, voce *Evitabilità dell'evento*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 499, che rileva come nei reati omissivi colposi «nesso di causalità e nesso di colpa vengono a coincidere, variando soltanto lo slittamento ora verso la causalità (imputazione oggettiva) ora verso la colpa».

¹⁹⁷ Nei casi di incertezza, ad avviso della Corte di cassazione, la regola precauzionale impone di rifugiarsi nella logica della *default option* (o nel principio del *maximin*) secondo la quale «ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza va valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili» (cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 6). Tale logica spinge a individuare il comportamento alternativo lecito nell'astensione, come si ricava, per es., da *Cass. pen.*, Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4575, cit.

¹⁹⁸ G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.* (web), 3 febbraio 2021, 18 nota come, soprattutto nell'ambito sanitario, le *leges artis* disponibili «si rivelano necessariamente caratterizzate da un connotato di strumentalità alternativa».

La pluralità dei comportamenti alternativi deriva quindi dalla pluralità delle regole cautelari, che – ponendosi in concorso tra loro – l'agente reale avrebbe dovuto osservare: v. sul punto A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”*. *Un'interpretazione teleologica, conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies c.p.*, in *Leg. pen.* (web), 7 dicembre 2017, 8 ss.

¹⁹⁹ Così, K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Leg. pen.* (web), 11 maggio 2022, 14. Vd. anche F. MUCCIARELLI, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, cit., 216.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

idoneo a evitare o ridurre il rischio. Così facendo, però, la logica del *senno di poi* trova la sua massima esaltazione²⁰⁰.

La seconda complicazione attiene invece alla copertura preventiva della regola cautelare violata, dal momento che, per escludere la colpa, occorre chiedersi se sia sufficiente provare che l'osservanza della norma di diligenza avrebbe ridotto il rischio o se invece sia necessario dimostrare che il rispetto di quest'ultima lo avrebbe completamente eliminato.

La Corte di cassazione sul punto appare granitica: «in tema di reati colposi, l'addebito soggettivo dell'evento consegue sia nel caso in cui il comportamento diligente avrebbe certamente evitato il suo verificarsi, sia nell'ipotesi in cui la condotta alternativa corretta avrebbe avuto significative probabilità di determinare un evento lesivo meno grave»²⁰¹.

La riduzione del rischio, d'altronde, è l'unico scopo preventivo delle regole cautelari che sovrintendono le attività a rischio consentito.

Chi è chiamato a individuare il comportamento alternativo idoneo a ridurre il rischio si deve interrogare sul grado di certezza che deve raggiungere il giudizio di evitabilità, o meglio di *riducibilità*. È sufficiente una limitata possibilità di successo? Oppure tale possibilità deve essere apprezzabile? O, addirittura, è necessaria una probabilità confinante con la certezza²⁰²?

²⁰⁰ Cfr. nuovamente G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa*, cit., 18, ad avviso del quale, proprio fondando la ricerca del comportamento alternativo lecito su una prospettiva *ex post*, «si rischia sovente di riconoscere l'esistenza della colpa, una volta che, ormai "a babbo morto", si giunga eventualmente a constatare che, laddove una certa condotta fosse stata tenuta, vi sarebbero state maggiori possibilità di successo nella cura della malattia».

Consapevole di tale deriva, in una recente pronuncia sul crollo della Torre Piloti nel Porto di Genova, la stessa Corte di cassazione ha (ri)portato l'evitabilità della colpa nella prospettiva *ex ante*, osservando che il comportamento alternativo lecito «non poteva certo essere ipotizzato in astratto dall'organo giudicante, essendo noto che, in tema di colpa generica, l'individuazione della regola cautelare non scritta eventualmente violata non deve essere frutto di una elaborazione creativa, fondata su una valutazione ricavata *ex post* ad evento avvenuto e in maniera del tutto astratta e svincolata dal caso concreto, ma deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento, per poi procedere formulando l'interrogativo se questo fosse prevedibile ed evitabile *ex ante*, con il rispetto della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico scientifiche e delle massime di esperienza» (Cass. pen., Sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 6490, in *OneLegale*).

²⁰¹ In questi termini, il principio di diritto espresso da Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2013, n. 31980, in *C.E.D.*, Rv. 256745-01, poi ripreso in numerose successive pronunce, tra cui, di recente, Cass. pen., Sez. III, 28 luglio 2023, n. 32966, in *OneLegale* e Cass. pen., Sez. IV, 3 maggio 2024, n. 17540, in *OneLegale*.

²⁰² Su tali interrogativi, vd. V. TORRE, sub *La colpa*, cit., 466; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, 243; e V. MONGILLO, *Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo*, cit., 959 e la dottrina ivi citata.

CAPITOLO SECONDO

Dopo molte pronunce ondivaghe²⁰³, la Corte di cassazione sembra aver trovato una soluzione univoca al problema, applicando anche al giudizio di evitabilità i canoni elaborati dalla sentenza Franzese in tema di accertamento della causalità materiale.

Perciò, il giudice deve ricercare l'idoneità del comportamento lecito a ridurre il rischio in quella condotta idonea a scongiurare l'evento lesivo concretamente realizzatosi con un alto grado di credibilità razionale, che si estrinseca in un'alta probabilità logica fondata non solo su basi scientifiche, ma anche e soprattutto sulle caratteristiche del caso concreto²⁰⁴.

Un'ultima questione che può interessare questa seconda fase della causalità della colpa attiene al caso in cui si accerti che la condotta lecita avrebbe provocato un evento uguale a quello realmente verificatosi. Qualora accada ciò, la regola cautelare violata si mostra inefficace, in quanto non idonea a prevenire il rischio, dando così luogo a un vero e proprio "fallimento preventivo"²⁰⁵.

Tale fallimento quasi sicuramente discende dalla presenza nel concreto contesto causale di altri (o comunque ulteriori) fattori di rischio rispetto a quelli presi in considerazione *ex ante* dalla norma di condotta²⁰⁶.

Questi fattori possono consistere in forze naturali non dominabili o da un decorso eziologico ancora oscuro, ma possono anche originare da altrui comportamenti umani che, rivelandosi imprevedibili, eccezionali o semplicemente sopravvenuti, interferiscono con lo scopo preventivo della norma cautelare, interrompendo il nesso di imputazione fra la condotta principale e l'evento.

A quest'ultimo riguardo, i principali fattori causali alternativi dell'evento si possono ravvisare nel contestuale comportamento colposo della vittima dell'azione principale oppure nel concomitante o successivo comportamento di un terzo.

Rinviando al prossimo capitolo le riflessioni sulla c.d. auto-esposizione al pericolo della vittima²⁰⁷, qui ci si può limitare a rilevare come spesso nella prassi si ritenga che il contributo del terzo non inneschi un decorso causale indipendente (non integrando perciò gli estremi dell'art. 41 cpv. c.p.), ma semmai acceleri o aggravi il medesimo rischio illecito attivato dall'agente principale.

²⁰³ Cfr. le sentenze passate in rassegna da G. LUNGHINI, *sub* Art. 43, cit., 677.

²⁰⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 2014, n. 30469, in *Foro it.*, 2015, 2, 30 e, da ultimo, v. Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 24372, in *www.rivistadidirittosportivo.coni.it* e Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 5800, in *OneLegale*.

²⁰⁵ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 665.

²⁰⁶ K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, cit., 27.

²⁰⁷ *Infra*, Capitolo III.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Tale tendenza si registra soprattutto in tema di cure mediche successive a un sinistro stradale, là dove alla *prima* colpa dell'automobilista si aggiunga la *seconda* del medico che, per un errore esecutivo o un'omessa diagnosi, causa la morte del paziente. Secondo la giurisprudenza, invero, la responsabilità dell'automobilista per omicidio colposo (*rectius*, omicidio stradale) va comunque dichiarata tutte le volte che il successivo errore diagnostico o terapeutico del medico non rappresenti un evento eccezionale o imprevedibile, ma dia un "parziale" contributo alla realizzazione del rischio attivato dall'automobilista stesso²⁰⁸.

A ben vedere, però, nelle situazioni in cui i fattori di rischio sono molteplici, interagiscono o addirittura interferiscono tra loro, e quindi nel caso in cui la ricostruzione eziologica dell'evento si riveli complessa, l'accertamento della causalità della colpa «è segnato da un elevato grado di incertezza»²⁰⁹.

In questi contesti, l'individuazione del comportamento alternativo lecito raramente è determinabile, in quanto la stessa dimensione causale dei fattori concorrenti è difficilmente spiegabile.

Nelle situazioni complesse, pertanto, si rischia di cadere in vacillanti e generalizzate spiegazioni causali che rischiano di vanificare la *ratio* delle stesse regole cautelari che governano le attività rischiose socialmente utili.

Proprio per evitare che accada ciò, il giudice deve dunque affrontare un ultimo passaggio prima di ritenere provato l'elemento soggettivo della colpa: deve cioè verificare che, alla luce delle peculiarità del caso concreto, il comportamento alternativo lecito sia anche *esigibile*.

4.4. L'esigibilità della condotta doverosa: la necessaria attenzione verso la rimproverabilità soggettiva.

In passato si riteneva che nelle attività a rischio consentito – presupponendo sempre una possibilità di previsione dell'evento – fosse decisivo il giudizio di evitabilità per poter fondare il rimprovero sulla colpa. Si sosteneva infatti che non vi fosse responsabilità se «si agisce con coscienza della possibilità del danno, senza che sia possibile evitarlo»²¹⁰.

²⁰⁸ Sul punto si rinvia alla giurisprudenza citata da G. LUNGHINI, sub *Art. 43*, cit., 675 e alla ricostruzione svolta da A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 304 ss.

²⁰⁹ K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, cit., 17 (anche ID., K. SUMMERER, voce *Evitabilità dell'evento*, cit., 506).

²¹⁰ D. MANDRIOLI, *La nozione di colpa nelle cosiddette attività lecite*, cit., 385.

CAPITOLO SECONDO

Oggi, tuttavia, tale affermazione risulta incompleta.

Infatti, secondo la concezione della c.d. doppia misura della colpa, gradualmente elaborata dalla dottrina²¹¹ e, da qualche anno a questa parte, fatta propria anche dalla giurisprudenza²¹², la colpa si compone di due versanti. Il primo, di natura oggettiva, consiste nella realizzazione di un fatto che poteva essere previsto ed evitato osservando la regola cautelare di riferimento. Il secondo, invece, di natura soggettiva, si incentra sulla concreta possibilità di pretendere l'osservanza della regola stessa: possibilità che prende il nome di esigibilità.

Perciò, «la violazione obiettiva di una cautela non è ancora colpa»²¹³, dal momento che, per poter affermare la definitiva responsabilità, occorre concludere il giudizio sull'imputazione soggettiva verificando che la condotta alternativa diligente fosse esigibile «al momento del fatto e alla luce delle caratteristiche personali [del soggetto agente] e delle irripetibili specificità della situazione storica in cui egli si è venuto a trovare»²¹⁴.

Procedendo in questo modo, una volta accertati gli elementi oggettivi della colpa, ovvero la violazione di una regola cautelare – nella quale è insito un giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento che la stessa regola mirava a prevenire – e la causalità della colpa, si transita dalla sfera del “dovere” a quella del “potere”, tramite un giudizio volto a personalizzare/individualizzare l'addebito colposo²¹⁵.

Solo così, d'altronde, può trovare pieno compimento il principio di colpevolezza, quale corollario del principio della responsabilità penale personale, sancito dall'articolo 27 della Costituzione e interpretato dalla Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, nel senso che si può rispondere

²¹¹ Nella scienza penalistica italiana, tra i primi lavori ad aver approfondito in maniera organica e puntuale il tema della doppia misura della colpa, su tutti, va senz'altro citato V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/1978, 275 ss.

²¹² V., ad es., Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2017, n. 12175, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2017 (con nota di S. ZIRULIA, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis, sulla scia del precedente “Cozzini”*, ivi).

²¹³ Così, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 590, secondo cui proprio «la c.d. misura soggettiva della colpa è la vera misura della colpa» (604 s.).

²¹⁴ E. DI SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. pen.*, 2020, 12, 4778.

²¹⁵ Cfr. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 277, 317; G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 635 ss.; V. ATTILI, voce *Colpa*, in F. GIUNTA (a cura di), *Dizionari sistematici. Diritto penale*, Milano, 2008, 151; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 244 e S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, cit., 28, ad avviso del quale la misura soggettiva della colpa consente di prendere in considerazione tutte quelle circostanze in cui «il soggetto abbia sì agito in maniera *antidoverosa* (l'illecito si fonda su una situazione di *Sollen*), ma non abbia avuto anche il *potere* (*Können*) di adeguarsi alle aspettative dell'ordinamento (espresse nelle regole cautelari che si aveva il *dovere* di rispettare)».

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

per fatto proprio solo se è possibile muovere al soggetto agente un rimprovero di natura soggettiva²¹⁶.

Il rimprovero colposo presuppone dunque il potere individuale di prevedere ed evitare l'evento²¹⁷, potere che va accertato tramite un giudizio che prenda in considerazione le caratteristiche dell'agente e la situazione concreta.

Tale giudizio, però, va fondato solo su alcuni fattori individualizzanti, in quanto un accertamento della misura soggettiva della colpa basato su tutte le caratteristiche dell'agente concreto condurrebbe automaticamente a esiti assolutori²¹⁸.

La prima questione che, perciò, si pone in relazione a questo ulteriore e ultimo requisito dell'imputazione colposa riguarda i limiti della personalizzazione, dovendosi stabilire su quali tratti personali, situazionali e motivazionali va parametrata l'esigibilità della condotta doverosa.

Per fare ciò, l'interprete deve innanzitutto selezionare una figura di uomo diverso sia dall'agente concreto che, soprattutto, dall'agente modello. Deve cioè abbandonare il parametro utilizzato ai fini del giudizio di prevedibilità, misurato su qualità standardizzate secondo parametri ideali, per individuare «un uomo del genere dell'autore, fornito di quasi tutte le doti e di quasi tutti i difetti di cui è fornito l'agente concreto»²¹⁹.

Tale figura, pur sempre astratta, possiede quindi molte delle caratteristiche non standardizzabili della persona reale, ma non tutte.

La dottrina tende, infatti, ad escludere la rilevanza di atteggiamenti quali la svogliatezza, la superficialità, l'insensibilità, la timidezza, l'indifferenza o

²¹⁶ Pertanto, «l'assenza di una soggettivazione della colpa è, in radice, accettazione della logica della responsabilità oggettiva»: M. ROMANO, sub *Art. 43*, cit., 468.

Per una recente riflessione sulla rimproverabilità (*rectius*, riprovevolezza) quale criterio dell'imputazione soggettiva, si segnala M. CATENACCI, *Riprovevolezza*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, cit., 1793 ss.

²¹⁷ V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 317.

²¹⁸ Se così non fosse, infatti, non sarebbe mai possibile muovere un rimprovero a titolo di colpa, come rilevano, tra gli altri, C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, 244 e V. ATTILI, voce *Colpa*, cit., 152. Si veda anche M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 639, secondo cui identificare tale figura nello stesso agente concreto significa svuotare la prevedibilità e l'evitabilità della loro funzione di criteri volti a individuare il carattere colposo della condotta.

²¹⁹ V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 304. Vd. anche G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in AA.VV. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 955 e M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 420 ss.

CAPITOLO SECONDO

l'avventatezza²²⁰, mentre appare incerta sul peso da dare alle incapacità fisiche, intellettuali o esperienziali²²¹.

Ove queste ultime risultino standardizzabili, esse rilevano, a ben guardare, già ai fini della definizione della figura differenziata di agente modello, che viene costruita proprio tenendo conto delle differenziate regole di condotta rivolte a un particolare “circolo” di individui dai connotati tipizzabili²²². Si pensi, per esempio, allo specifico e distinto agente modello di riferimento individuabile per gli automobilisti disabili, per quelli neo-patentanti o per quelli in fase di addestramento.

Qualora, invece, l'incapacità o l'inabilità a prevedere o a evitare il fatto non siano omologabili in categorie più o meno generalizzabili, allora si potranno prendere in considerazione solo quei *deficit* psico-fisici, conoscitivi, esperienziali o ambientali riconducibili a una situazione di errore inevitabile sulla regola cautelare²²³.

Si pensi, per esempio, al caso, recentemente affrontato dalla giurisprudenza, del preposto alla sicurezza sul lavoro che, avendo assunto da pochi giorni tale incarico, non sia in grado di conoscere le prassi comportamentali contrarie alle disposizioni in materia antinfortunistica, diffuse tra i lavoratori e sfociate nell'evento lesivo.

In tale ipotesi, valorizzando l'elemento situazionale del breve tempo trascorso tra l'assunzione della posizione di garanzia e la verifica dell'evento, l'individualizzazione del giudizio di colpa consente di escludere l'esigibilità della condotta oggettivamente doverosa, in quanto, diversamente opinando, si porrebbe in capo al garante «una inaccettabile responsabilità penale di “posizione”, tale da sconfinare nella responsabilità oggettiva»²²⁴.

²²⁰ *Ex multis*, S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, cit., 29.

²²¹ L'incertezza, naturalmente, riguarda tutte quelle situazioni in cui è possibile escludere una “colpa per assunzione”.

²²² Questa precisazione è ben espressa da D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1751 s. Sul punto si veda anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, X^a ed., 2023, 267 s.

²²³ Come osserva S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, cit., 30.

²²⁴ In questo senso, Cass. pen., Sez. IV, 13 gennaio 2021, n. 1096, in *Giur. it.*, 2021, 10, 2218 s., annotata da D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpevolezza*, ivi, 2219 ss. Nel caso di specie, la Corte ha escluso la responsabilità del capo reparto di un supermercato, preposto di fatto da soli cinque giorni, per l'infortunio subito da un dipendente a causa del mancato uso dei dispositivi di protezione. La Corte, in particolare, ha ritenuto che il pochissimo tempo trascorso tra l'assunzione dell'incarico e l'incidente non avesse consentito al responsabile di venire a conoscenza della prassi comportamentale elusiva delle disposizioni antinfortunistiche.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Anche alla luce della recente giurisprudenza, è quindi possibile constatare come la misura soggettiva colpa non vada esclusa solo nei casi, più aneddotici che reali, di *rusticitas*, intesa come incolpevole carenza di socialità perché l'agente reale è cresciuto in un ambiente "selvaggio"²²⁵, ma anche nelle situazioni particolari che possono vivere soggetti che abitualmente operano in un contesto organizzato.

Cause di inesigibilità, pertanto, possono essere: la stanchezza o debolezza improvvisa; lo spavento, la concitazione, la sorpresa; la speciale difficoltà e urgenza dell'intervento, in situazione di imprevedibilità di un rischio specifico o di estrema agitazione e pressione psicologica²²⁶; in ambito sportivo, la *trance* agonistica²²⁷; l'inesperienza o minore capacità non standardizzabile in una differenziata figura di agente modello; il *deficit* culturale o sociale; il sovraccarico di lavoro causato da un'imprevedibile/ingestibile emergenza organizzativa²²⁸; la perdita repentina di capacità funzionale; un conflitto tra due opzioni cautelari contrastanti²²⁹; il breve lasso di tempo per adeguare la propria condotta a quella doverosa²³⁰.

²²⁵ Come facilmente intuibile, si allude al caso, descritto in tutti i manuali di diritto penale, in cui un'anziana contadina, che per la prima volta accompagna il proprio nipotino in città, non sapendo che le porte del metrò si aprono automaticamente, non conosce i rischi cui espone il minore a lei affidato, che cade sui binari dopo essersi appoggiato alle porte stesse.

²²⁶ Emblematico il caso Azzini, in cui in una situazione di emergenza i medici tratti a giudizio (poi assolti per inesigibilità della condotta doverosa) si trovarono a decidere in pochi minuti se incidere il cervicella della paziente partoriente: incisione che avrebbe sì sbloccato la testa del feto ma al tempo stesso avrebbe comportato un taglio della vescica giudicato rischioso per la salute della donna. La decisione venne presa in soli quattro minuti ma, nonostante ciò, il bambino uscì già morto dal corpo della madre (cfr. Cass. pen., 29 settembre 1997, n. 1693, in *Riv. pen.*, 1998, 358 ss.).

²²⁷ *Amplius*, G. IANNOTTI, D. PEPE, *Il delitto di lesioni in ambito sportivo: misura soggettiva della colpa e rischio consentito*, in *Nuovo dir. società*, 2023, 9, 1274 ss.

²²⁸ Si pensi, banalmente, all'anormale afflusso di pazienti registratosi negli ospedali nel corso delle prime "ondate" pandemiche di Covid-19, che hanno costretto gli operatori sanitari a turni "massacranti" di lavoro e non hanno dato la reale possibilità di curare, secondo le *leges artis*, tutti i pazienti contagiati. Sui limiti alla rimproverabilità degli operatori sanitari nel contesto emergenziale pandemico, si veda C. CUPELLI, voce *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 340 ss. e ID., *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 590-sexies c.p.*, in *disCrimen*, 24 febbraio 2022.

²²⁹ È quanto accaduto nel caso di due agenti della Polizia stradale, che trovandosi di fronte a due regole cautelari contrastanti, la prima consistente nel porsi all'ingresso di una galleria per segnalare la presenza di veicoli incidentati, la seconda invece nel portare soccorso ai passeggeri presenti nelle vetture incidentate, hanno optato per l'osservazione della seconda, così cagionando un incidente mortale a danno di un automobilista sopraggiunto sul luogo senza essere stato preavvisato del pericolo (v. Cass. pen., Sez. IV, 3 febbraio 2009, n. 274, in *C.E.D.* che ha concluso il procedimento a carico dei due agenti con un esito assolutorio basato però sull'assenza della misura oggettiva della colpa).

Pare opportuno segnalare che qualora il contrasto non sia tra due norme cautelari, bensì tra norme penali e norme etiche o religiose, non si pone un problema di esigibilità. In quest'ultimo caso, il giudice terrà eventualmente conto del conflitto motivazionale soltanto in sede di commisurazione della pena: cfr. E. DI SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4794.

²³⁰ Per una disamina più dettagliata della casistica, si rinvia a D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa*, cit., 1752 ss.

CAPITOLO SECONDO

Così delineati i limiti della personalizzazione del giudizio sulla misura soggettiva della colpa (integrante la c.d. colpevolezza colposa), si può dunque affermare come proprio tale giudizio rappresenti un *irrinunciabile contrappeso* verso la tendenza alla ricostruzione del versante oggettivo della colpa (spesso generica) fondato sulle capacità e conoscenze (poco o per nulla umane) dell'agente modello²³¹.

La seconda questione problematica riguarda la stessa configurabilità all'interno del nostro ordinamento della categoria dell'esigibilità, dal momento che l'assenza di un espresso fondamento normativo rischia di trasformare questo requisito, affetto da un *deficit* congenito di precisione²³², in un concetto troppo vago ed elastico, incapace di porre chiari vincoli all'interprete, al quale sarebbe lasciato un eccessivo margine di discrezionalità, confinante con l'arbitrio²³³.

In particolare, il timore della caduta del principio di determinatezza/tassatività in passato ha fatto sorgere una serie di obiezioni nei confronti della ricostruzione soggettiva dell'imputazione colposa.

Secondo i più critici, nel soggettivismo si anniderebbe il rischio di: confondere illiceità e colpevolezza; selezionare in maniera arbitraria i tratti personali rilevanti; generare disparità di trattamento; pregiudicare l'attitudine delle norme penali a individuare *ex ante* le condotte sanzionabili penalmente e a costruire la base su cui fondare un giudizio di responsabilità²³⁴.

Le principali esitazioni sorgono precisamente dalla difficoltà di classificare l'esigibilità dal punto vista dogmatico, dato che, nel corso del tempo, tale categoria è stata variamente inquadrata ora nella tipicità del reato, ora nella antigiuridicità, ora nella colpevolezza²³⁵.

²³¹ V. TORRE, sub *La colpa*, cit., 469.

²³² Sul punto, v. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 316.

²³³ *Ex multis*, v. C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, 347.

²³⁴ Per una breve ma chiara descrizione di queste obiezioni, si rinvia a E. BORSATTI, *La soggettivazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 85 ss. Diffusamente, invece, si veda V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 326 ss.

Più di recente, v. A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 347, che accusa la doppia misura della colpa di confondere «l'esigenza di concretizzazione (rispetto al contesto) e quella di individualizzare (agendo sul parametro) il giudizio di imputazione» e M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2021, 6, secondo cui l'attuale tendenza a «dirottare nella misura soggettiva tematiche che, invece di riguardare la individualizzazione del giudizio, afferiscono alla concretizzazione della regola, può condurre il giudice alla meno favorevole declaratoria di proscioglimento "perché il fatto non costituisce reato" (...) anziché ricorrere alla formula che sancisce l'insussistenza del fatto colposo, per difetto di un requisito essenziale quale la violazione della regola cautelare».

²³⁵ Sulla discussa natura del requisito/principio di (in)esigibilità si rinvia a G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Fino a pochi anni fa, questa situazione di incertezza ha condotto, in alcune occasioni, la stessa giurisprudenza a restringere lo spazio applicativo dell'esigibilità, osservando che «il principio della non esigibilità di una condotta diversa – sia che lo si voglia ricollegare alla “*ratio*” della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui “umanamente” pretendere un comportamento diverso, sia che lo si voglia ricollegare alla “*ratio*” dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale – non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'“*analogia juris*”»²³⁶.

La ritrosia verso l'(in)esigibilità oggi sembra però completamente superata alla luce di quanto enunciato nel 2021 dalla stessa Corte di cassazione a Sezioni Unite, ad avviso della quale l'esimente di cui all'art. 384 c.p. – sulla cui estensione analogica al convivente *more uxorio* era chiamata a decidere – «costituisce manifestazione di un principio immanente al sistema penale, quello cioè della “inesigibilità” di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione. Nel nostro ordinamento è ben presente il principio generale volto ad escludere che possa esservi una condotta colpevole di un precetto penale che non risulti esigibile», principio generale contenuto nell'art. 27 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale n. 364 del 1988, «tale da giustificare un'applicazione analogica nei “casi simili”»²³⁷.

Riconosciuto il generale principio di inesigibilità, quale espressione del più alto principio di colpevolezza, non resta che constatare come pure il requisito dell'esigibilità, quale elemento costitutivo della dimensione soggettiva della colpa²³⁸, assuma un ruolo cruciale per scongiurare qualsiasi forma di responsabilità oggettiva occulta²³⁹.

²³⁶ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 2019, n. 21133, in *C.E.D.*, Rv. 275315.

²³⁷ Cass. pen., Sez. un., 17 marzo 2021, n. 10381, in *Sist. pen.*, 18 marzo 2021: si veda il commento di E. BENATO, *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio: analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *disCrimen*, 27 aprile 2021.

²³⁸ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., 363 definisce l'esigibilità come «elemento di struttura dell'aspetto soggettivo della colpa».

²³⁹ Infatti, grazie al riconoscimento dell'esigibilità quale elemento costitutivo della dimensione soggettiva della colpa, «si è assistito al “riempimento” della colpevolezza, alla quale è stata restituita la colpa» (sic, G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 16).

CAPITOLO SECONDO

Pertanto, tutte le volte che l'agente reale agisce in assenza di un *potere*, in quanto “non può” o “non riesce” a evitare un certo fatto, viene meno la stessa “radice” del *dovere*, atteso che «non si “*può dovere*” cioè che non si “*può*»²⁴⁰.

Se manca l'esigibilità, viene dunque meno la ragione stessa della punizione, perché non si può sanzionare un soggetto che in concreto non avrebbe potuto fare altrimenti²⁴¹. Ragionando diversamente, la funzione rieducativa della pena verrebbe irrimediabilmente obliterata²⁴².

Ne consegue che, soprattutto in relazione alle condotte tenute in contesti complessi, dove i rischi sono innumerevoli ed estremamente variegati nonché insidiosi, la categoria dell'esigibilità gioca un ruolo fondamentale nell'accertamento dell'imputazione colposa, poiché essa, consentendo all'intero sistema di «respirare in termini umani»²⁴³, appare l'unico strumento davvero in grado di stabilire se l'autore materiale del fatto sia realmente rimproverabile, colpevole e, quindi, meritevole di punizione.

SEZIONE II LA COLPA COLLETTIVA

5. La dimensione collettiva della colpa tra interferenze e complessità.

Finora il tema della responsabilità colposa è stato declinato secondo una prospettiva squisitamente individuale. Occorre ora cambiare angolazione, provando a calare la categoria della colpa nell'ambito delle relazioni plurisoggettive.

Ciò in quanto, al fine di raggiungere obiettivi sempre più alti, l'uomo svolge quasi tutte le attività quotidiane in raccordo, più o meno consapevole, con altri soggetti. La stessa condizione umana si sviluppa attraverso mutue relazioni e influenze reciproche. E anche le scienze, pur diventando sempre più specialistiche,

²⁴⁰ G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio*, cit., 308.

²⁴¹ E. DI SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4789.

²⁴² Come affermato dalla già citata Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *www.cortecostituzionale.it*, «non avrebbe [infatti] senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto) non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”».

²⁴³ Così, G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, 493, nota 401.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

rompono l'isolamento dei propri schemi per sconfinare nel campo delle altre discipline²⁴⁴.

Per assecondare le sue insaziabili esigenze, l'uomo si è reso artefice di un mondo così complesso, fatto di molteplici e multidimensionali interazioni, che ogni sua azione od omissione va necessariamente contestualizzata nell'universo in cui egli si colloca.

D'altronde, oggi la complessità è un presupposto talmente scontato che ormai è diventata "invisibile", mentre, di contro, la posizione del singolo tende a svanire "come una traccia sulla sabbia"²⁴⁵.

La complessità, dunque, determina la "spersonalizzazione" non solo delle attività ma anche delle stesse responsabilità.

Di fronte a tale situazione, la tenuta delle categorie dogmatiche e dei criteri di imputazione subisce inevitabilmente un forte sconvolgimento, dovendo assumere, per "sopravvivere", una consistenza imprecisa e, a tratti, ambigua.

In questo contesto, quindi, «l'agire individuale perde la sua identità ed autonomia, o meglio risulta difficile ricondurlo alle categorie dell'azione, della condotta, della omissione, della colpa, determinando una crisi "da incontenibilità" e "da complessità" del diritto penale, costruito (...) sulla figura dell'autore individuale»²⁴⁶.

Davanti alla complessità, l'uomo si organizza, ossia coordina il proprio lavoro con quello degli altri, dividendosi i compiti e, soprattutto, condividendo la gestione dei rischi insiti nelle attività da svolgere.

Ciò sia perché egli ha bisogno di efficientare le competenze e i saperi presenti all'interno del gruppo di appartenenza, sia perché sente la spontanea necessità di semplificare la realtà circostante.

Proprio la facilitazione rappresenta il principale strumento per ridurre la complessità, soddisfacendo così la fisiologica esigenza di certezza.

Se all'interno dell'organizzazione la semplificazione passa attraverso un articolato processo di differenziazione dei compiti²⁴⁷, in sede di ascrizione delle

²⁴⁴ Al riguardo, si veda il pensiero del sociologo francese E. MORIN, *L'elogio dell'interdisciplinarietà*, in *Lett. inter. riv. trim. europea*, 2004, 27 ss.

²⁴⁵ Di nuovo, E. MORIN, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano, 2001, 47.

²⁴⁶ Così, V. TORRE, voce *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 894 s.

²⁴⁷ Sul punto si rinvia agli studi del sociologo e filosofo tedesco N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, trad. it., Milano, 2005, 311 ss.

CAPITOLO SECONDO

responsabilità, essa si traduce nello snellimento dei meccanismi probatori e, più in generale, nella flessibilizzazione delle categorie classiche del reato²⁴⁸.

In questo contesto, una delle categorie più esposte alle forzature dei tradizionali canoni penali è l'elemento soggettivo della colpa.

La spersonalizzazione delle condotte plurisoggettive, infatti, incide direttamente sull'accertamento della colpa, le cui caratteristiche componenti personalistiche cedono il passo a forme di oggettivizzazione della responsabilità, a scapito del principio di legalità e, *in primis*, del principio di colpevolezza.

L'unione, pertanto, fa sicuramente la forza, ma rende evanescente il carattere personale dell'eventuale illecito commesso all'interno dell'organizzazione.

Consapevole di ciò, il legislatore tenta di mediare tra due istanze di fondo: «di realismo, di aderenza al dato concreto-fattuale, da un lato; di certezza, di predeterminabilità dell'ambito di garanzia e dei comportamenti attesi, dall'altro»²⁴⁹.

In particolare, per “regolare il traffico”²⁵⁰ delle diverse condotte chiamate a interagire tra loro, il legislatore ha elaborato alcuni strumenti giuridici nel tentativo di ripartire correttamente le responsabilità.

Questi strumenti sono: la responsabilità omissiva, la cooperazione colposa, il principio di affidamento e la responsabilità amministrativa degli enti.

Nei prossimi paragrafi, si procederà all'esame di tali strumenti al fine di capire quali sono le forme che la responsabilità colposa meta-individuale è in grado di assumere nel nostro ordinamento.

²⁴⁸ Al riguardo si veda C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in PEDRAZZI C., COCO G.S. (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978, Milano, 1979, 17, secondo cui «di fronte a realtà troppo complesse, sovraccariche di intrecci e di interconnessioni difficilmente districabili, al legislatore non resta che astrarre da una rilevazione concreta delle conseguenze dannose o pericolose, per concentrare l'incriminazione su schemi di comportamento che l'esperienza segnala come atti a incidere negativamente sugli interessi che si intendono tutelare. È un procedimento di astrazione legislativa che risponde ad un bisogno di semplificazione e, al tempo stesso, di certezza».

²⁴⁹ Così, A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4, 542.

²⁵⁰ Espressione utilizzata da A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *Leg. pen. (web)*, 8 maggio 2020, 2.

5.1. L'ingarbugliata relazione degli obblighi di garanzia con gli obblighi di diligenza. Omissione, colpa e parcellizzazione della responsabilità.

La complessità è sia causa che effetto del numero esponenziale dei rischi che circondano molte delle attività sulle quali si basa lo sviluppo e il progresso dell'odierna società.

In tale contesto, all'aumento dei rischi corrisponde automaticamente la crescita altrettanto esponenziale sia degli obblighi di garanzia che degli obblighi di diligenza, i quali, interferendo tra loro, finiscono per confondersi in un inestricabile intreccio²⁵¹.

I tanti punti di contatto hanno spinto parte della dottrina a ritenere che addirittura vi sia piena sovrapposizione e quindi coincidenza tra i due obblighi²⁵², facendo così combaciare due momenti che in realtà dovrebbero restare distinti sia sul piano logico-temporale che su quello funzionale, in quanto «la posizione di garanzia indica il dovere di agire e il bene nei cui confronti l'azione deve svolgere la propria funzione di tutela; il dovere di diligenza (come specificato dalla regola prudenziale che lo completa) indica le modalità del comportamento imposto dalla posizione di garanzia»²⁵³.

«In altri termini, l'obbligo di cui all'art. 40 comma 2 c.p. risponde alla domanda relativa all'*an* dell'intervento del garante, la regola cautelare precisa il *quomodo* dello stesso, descrivendo per note interne la condotta diligente»²⁵⁴.

Anche di fronte a fattispecie "ingarbugliate" (o comunque nascenti dall'esercizio di un'attività pericolosa²⁵⁵), occorre perciò provare a dividere l'accertamento sull'obbligo giuridico di impedire l'evento da quello sull'osservanza delle regole cautelari²⁵⁶.

²⁵¹ Cfr. F. CONSULICH, *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *Leg. pen. (web)*, 28 marzo 2022, 12, il quale definisce l'omissione colposa come «un concetto composto da due anime indistinguibili all'atto pratico».

²⁵² Su tutti, v. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 108 e, più o meno implicitamente, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 307.

²⁵³ Così, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 96. Analogamente, v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 370 ss. e L. STORTONI, *Posizione di garanzia e norme cautelari: spunti di riflessione in tema di reato colposo*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, cit., 734.

²⁵⁴ *Sic*, A. MASSARO, voce *Omissione e colpa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 873.

²⁵⁵ La precedente attività pericolosa, soprattutto nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, è stata riconosciuta come una vera e propria fonte dell'obbligo di impedire l'evento, sollevando però molti dubbi in ordine al rispetto del principio di legalità. Tale impostazione, in breve, ha portato ad affermare che colui il quale pone in essere attività pericolose avrebbe anche l'obbligo di impedire i possibili danni che dalle stesse possono conseguire.

²⁵⁶ Di recente, anche la giurisprudenza inizia a comprendere l'importanza della distinzione. Vd. per es. Cass. pen., Sez. IV, 3 giugno 2021, n. 21554, in *C.E.D.*, Rv. 281334-01, secondo cui «la

CAPITOLO SECONDO

In fondo, se è vero che l'obbligo di garanzia può cambiare titolare e oggetto, lo stesso non si può dire con l'obbligo di diligenza la cui valutazione si lega sempre alla persona del suo autore²⁵⁷. Infatti, il primo, quale elemento oggettivo, contribuisce a definire il fatto tipico del reato; il secondo, invece, può rendere il fatto colpevole.

Nella complessità, è pure difficile individuare il carattere commissivo od omissivo della condotta, come ben dimostra il caso della responsabilità medica, dove è invalsa la tendenza a qualificare come omissive condotte che, a ben vedere, appaiono commissive²⁵⁸.

Accade, poi, che l'omissione si innesti su una precedente azione lecita.

In tal caso, si tende ad addebitare al soggetto di *aver fatto qualcosa* in forza del quale poi *non ha fatto altro*. Si pensi al caso dell'imprenditore che individua accorgimenti tecnici cautelari, non imposti da alcuna norma ma rivelatisi efficaci, adottandoli solo in alcuni stabilimenti, ma non in quello dove si registra un infortunio che risulta evitabile proprio attraverso l'attuazione di quelle cautele. Il secondo comportamento (omissivo) attinge il suo disvalore dal precedente comportamento (commissivo) pienamente lecito, trasformando così l'addebito non tanto in una *commissione mediate omissione* ma in una *omissione mediante commissione*²⁵⁹.

La posizione di garanzia assume inoltre una dimensione sempre più organizzativa, al punto che le costanti e crescenti interazioni e sovrapposizioni tra la posizione di garanzia *dell'organizzazione*, di natura collettiva e di portata (almeno formalmente) amministrativa, e la posizione di garanzia

titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione – da parte del garante – di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso».

²⁵⁷ Cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 2, 640.

²⁵⁸ Cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 54 ss.

²⁵⁹ Vd. L. STORTONI, *Posizione di garanzia e norme cautelari*, cit., 735 s., il quale conduce le sue riflessioni partendo dall'addebito mosso ai vertici delle Ferrovie dello Stato per l'incidente ferroviario di Crevalcore, sulla linea Bologna-Verona, dove nel 2005 vi fu uno scontro tra un treno merci e un treno interregionale, nato dal mancato rispetto del semaforo rosso da parte di uno dei macchinisti. Lungo la linea interessata dall'incidente, il sistema di gestione degli incroci era stato interessato da alcune innovazioni, che ad avviso dei periti dell'accusa avrebbero potuto aumentare il livello di sicurezza anche nel punto in cui si verificò l'incidente, dove tuttavia venivano adottati ancora i tradizionali sistemi. Il G.I.P. di Bologna però respinge tale ricostruzione, ritenendo che l'incidente fosse dipeso esclusivamente dal mancato rispetto dei segnali da parte del macchinista. (Cfr. G.I.P. Bologna, 11 maggio 2009, n. 70, in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3991 ss.).

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

nell'organizzazione, di natura individuale e di portata (sicuramente) penale, rendono l'osservanza del principio di personalità della responsabilità penale sempre più difficoltosa.

Per nulla infrequente, infatti, è la situazione in cui per il medesimo fatto siano chiamati a rispondere, da una parte, l'ente che – ai sensi del d.lgs. 231/2001 – non avrebbe impedito la realizzazione di uno o più reati-presupposto realizzati nel suo interesse o a suo vantaggio, dall'altra il soggetto apicale o un suo delegato, che – ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. – non avrebbe personalmente impedito la consumazione del medesimo fatto di reato.

Se l'individuazione dell'ente amministrativamente responsabile non presenta particolari difficoltà, molto più complessa risulta invece l'identificazione dei soggetti muniti di specifici ed efficaci poteri impeditivi, dal momento che questi spesso risultano condivisi, plurisoggettivi, multilivello e plurifrazionati, sia nel tempo che nello spazio²⁶⁰.

La parcellizzazione dei doveri di protezione e controllo, sommata alla preminente dimensione *relazionale* e *dinamica* delle regole cautelari²⁶¹, intrappola la condotta individuale in una rete inestricabile di relazioni intersoggettive, che priva sia l'obbligo di garanzia che quello di diligenza di una dimensione autonomamente valutabile. «La persona destinataria del rimprovero, [infatti,] diviene parte meccanica di un comportamento collettivo deindividualizzato e la sanzione che ne deriva esprime plasticamente una visione metallica e deterministica dell'agire della persona fisica nell'organizzazione»²⁶².

Questa situazione induce l'interprete a valutare l'effettiva sussistenza dei poteri impeditivi e dei doveri cautelari sulla base di parametri «sempre più ritagliati sulle capacità preventive e reattive dell'organizzazione in sé, che sui mezzi e sui poteri a disposizione del singolo garante»²⁶³. Ciò comporta una vera e propria spersonalizzazione ed estensione della responsabilità individuale, aggravata dall'idea, addirittura condivisa dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, che il garante non sia solo chi è dotato di specifici poteri impeditivi, ma anche chi, più genericamente, è chiamato a gestire un rischio²⁶⁴.

²⁶⁰ Ciò emerge molto bene dalle ricostruzioni e considerazioni di A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022.

²⁶¹ V. D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 236 ss.

²⁶² Sic, F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 466.

²⁶³ In questo senso, A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., 529. Si rinvia inoltre alla giurisprudenza ivi citata.

²⁶⁴ Sul garante come gestore del rischio, cfr. Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *C.E.D.*, 102 ss. Secondo A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit.,

CAPITOLO SECONDO

L'indeterminatezza della posizione di garanzia, unita alla frequente vaghezza dei poteri impeditivi²⁶⁵, comporta tra le altre cose una “degiuridificazione” dell'obbligo di impedire l'evento, che rischia di diventare doveroso “semplicemente” perché esiste qualche (distinto e autonomo) obbligo di prudenza – a volte suggerito più dalla comune esperienza (o forse dal costume sociale) anziché da regole scritte – che lascia presupporre l'esistenza di un dovere impeditivo a carico di chiunque²⁶⁶.

Peraltro, i poteri impeditivi diventano sempre più vaghi e, al tempo stesso, più estesi, quanto più si sale la gerarchia dell'organizzazione, tanto che si può riconoscere in capo ai soggetti apicali la titolarità di un macro-obbligo di garanzia che consiste sostanzialmente nel perseguire risultati di sicurezza²⁶⁷, raggiungibili attraverso la predisposizione di norme comportamentali idonee a prevenire i molteplici rischi interni (e pure esterni) all'organizzazione²⁶⁸. Rispetto a tale figura si viene così a creare una vera e propria *impasse* tra dovere di garanzia e dovere di diligenza, atteso che l'obbligo *ex art. 40 cpv. c.p.* non può che trarre origine dalle regole cautelari che il garante ha l'obbligo di osservare²⁶⁹.

Chi occupa il vertice della struttura gerarchica, poi, ha anche l'obbligo di verificare che tutti i soggetti che interagiscono con l'organizzazione osservino le norme cautelari volte a prevenire i tanti rischi circostanti. Per fare ciò, considerata la pregnanza di tale obbligo e, in molti casi, al fine di assecondare esigenze di organizzazione interna, è sorto lo schema della delega di funzioni che «genera ulteriori figure di garanti, reindirizzando e redistribuendo i criteri di imputazione della responsabilità»²⁷⁰.

538, la “responsabilità da gestione del rischio” è un «concetto-espedito», sorto dall'inevitabile presa d'atto che «la realtà sociale è divenuta troppo complessa e muta con troppa rapidità per essere regolata da previsioni specifiche».

²⁶⁵ Poteri che, ad avviso di alcune pronunce, possono anche consistere nella possibilità di esercitare mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 4 novembre 2010, n. 38991, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2010, con nota di S. ZIRULIA, *ivi*). Più di recente, v. Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9167, in *C.E.D.*, Rv. 273258 (con nota A. SALVATORE, in *Cass. pen.*, 2018, 9, 2964 ss.). Sul potere impeditivo consistente in un dovere di segnalazione, v. G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen. (web)*, 3 febbraio 2020, 13 s.

²⁶⁶ Interessanti, al riguardo, le riflessioni di A. GARGANI, *Lo strano caso dell'“azione colposa seguita da omissione dolosa”*. *Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, in *disCrimen*, 18 novembre 2020, 11 ss., sul progressivo riconoscimento di posizioni di garanzia “para-giuridiche”.

²⁶⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 781.

²⁶⁸ Secondo L. STORTONI, *Posizione di garanzia e norme cautelari*, *cit.*, 736, «in tal modo la colpa non sta nella violazione di una norma cautelare, ma nel non aver correttamente agito come autore della norma cautelare stessa».

²⁶⁹ Vd. ancora L. STORTONI, *Posizione di garanzia e norme cautelari*, *cit.*, 737.

²⁷⁰ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, *cit.*, 517 s.

Sulla delega di funzioni, *amplius* F. D'ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2016, 241 ss.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

La delega di funzioni ha ricevuto una sistemazione normativa con l'art. 16 del d.lgs. n. 81 del 2008²⁷¹, nell'ambito della sicurezza sul luogo di lavoro, settore in relazione al quale si registra un numero ragguardevole di incidenti²⁷², tanto da aver persuaso il legislatore, nel 2007, a includere nella lista dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti l'omicidio e le lesioni colpose gravi e gravissime aggravate dalla violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

La delega, però, non esclude la responsabilità del delegante, che continua a conservare l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento, da parte del delegato, delle funzioni trasferite²⁷³. La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha più volte osservato come il mero rilascio di una delega di funzioni non sia di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità del delegante «in mancanza di elementi che depongano per l'effettiva competenza tecnica del delegato, per il positivo esercizio dei poteri conferiti, per l'autonomia di intervento e per l'adozione di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i pericoli»²⁷⁴.

Il garante apicale ha pure il dovere di assicurare che la valutazione e la gestione dei rischi presenti all'interno della sua organizzazione sia effettuata utilizzando il sapere sia tecnico che scientifico più appropriato.

Invero, anche se non è tenuto ad acquisire personalmente saperi specialistici, colui che copre posizioni di vertice ha comunque l'obbligo di garantire l'acquisizione dei saperi più pertinenti al fine di adempiere al suo generico (ed omnicomprensivo) dovere di sicurezza.

Se ne ricava che l'eventuale posizione dei consulenti/esperti a cui il soggetto apicale si rivolge può solo aggiungersi «ma non può surrogare la garanzia dovuta dai detentori dei poteri, per la semplice ragione che anche l'attivazione dei saperi passa attraverso atti di esercizio di potere»²⁷⁵.

²⁷¹ Sulla figura del preposto alla luce delle più recenti riforme legislative, v. R. COMPOSTELLA, *La responsabilità del preposto nel quadro delle nuove norme sulla sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 5, 691 ss.

²⁷² Nel 2023, ad es., secondo i dati consultabili sul sito dell'INAIL, si sono registrati oltre 585.000 denunce di incidenti sul lavoro, di cui 1.041 mortali (cioè, circa tre ogni giorno).

²⁷³ Cfr. art. 16, comma 3, del d.lgs. 81/2008, come riformulato dal d.lgs. 106/2009.

²⁷⁴ In questi termini, Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2020, n. 27587, in *C.E.D.*, Rv. 280159-03.

È necessario segnalare che, recentemente, la Corte ha iniziato a circostanziare la responsabilità del delegante, stabilendo che «l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro sul corretto espletamento delle funzioni trasferite (...) non può avere ad oggetto il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni». Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455, in *C.E.D.*, Rv. 285535-01.

²⁷⁵ D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, cit., 783, il quale aggiunge: «se il sapere scientifico è necessario a individuare i contenuti tecnici della stessa garanzia di sicurezza, l'esercizio dei poteri di direzione è condizione necessaria per la stessa acquisizione e attivazione dei saperi».

CAPITOLO SECONDO

A proposito di esercizio del potere, potrebbe altresì succedere che vi sia una scissione tra la titolarità formale della qualifica soggettiva di garante e la reale gestione dei rischi, di fatto svolta da soggetti formalmente non investiti delle funzioni di garanzia.

A questo riguardo, sia tramite clausole di equivalenza espresse²⁷⁶, sia mediante un'interpretazione sostanziale (ed estensiva) degli obblighi di garanzia, la giurisprudenza equipara pacificamente le due posizioni. E tale indirizzo emerge con chiarezza proprio in tema di reati omissivi colposi, rispetto ai quali i giudici affermano – ormai con una certa costanza – che la posizione di garanzia «deve essere individuata accertando in concreto la effettiva titolarità del potere-dovere di protezione dello specifico bene giuridico che necessita di protezione, e di gestione della specifica fonte di pericolo di lesione di tale bene, alla luce delle specifiche circostanze in cui si è verificato il sinistro»²⁷⁷.

La parificazione tra “garante di diritto” e “garante di fatto” assicura una più efficace tutela dei beni giuridici meritevoli di protezione o controllo ma, al tempo stesso, riconosce ampi spazi di discrezionalità al giudice, il quale – potendo o, ancora meglio, dovendo prescindere dalle qualifiche formali – può arrivare ad estendere anche di molto la portata applicativa dell'art. 40 cpv. c.p., riconoscendo in capo a soggetti non apicali la possibilità di esercitare poteri impeditivi idonei a prevenire l'evento.

Al fine di evitare potenziali violazioni del principio di tassatività, il giudice deve indagare e valutare attentamente le reali caratteristiche della realtà organizzativa su cui è chiamato a pronunciarsi, verificando l'effettiva presenza di un garante occulto in grado di esercitare poteri impeditivi²⁷⁸.

²⁷⁶ Si allude, ad esempio, all'art. 2639 c.c., in materia societaria, e all'art. 299 d.lgs. 81/2008, in materia di sicurezza sul lavoro.

²⁷⁷ *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. IV, 19 settembre 2019, n. 38624, in *C.E.D.*, Rv. 277190-01.

In senso conforme, si vedano anche Cass. pen., Sez. IV, 7 giugno 2022, n. 21869, in *C.E.D.*, Rv. 283387-01, la quale precisa che la responsabilità del “garante di fatto” rileva purché quest'ultimo «assuma la gestione dello specifico rischio mediante un comportamento di consapevole presa in carico del bene protetto» e Cass. pen., Sez. IV, 18 luglio 2019, n. 31863, in *C.E.D.*, Rv. 276586-01, secondo cui «in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in base al principio di effettività, assume la posizione di garante colui il quale di fatto si accolla e svolge i poteri del datore di lavoro, del dirigente o del preposto, indipendentemente dalla sua funzione nell'organigramma dell'azienda. (Fattispecie relativa ad infortunio di dipendente di una ditta addetta al posizionamento di cartelli di segnalazione, con lavoro in quota, in cui anche il “project manager” responsabile di funzione, per quanto non superiore diretto dell'infortunato, è stato ritenuto preposto, in quanto aveva, di fatto, commissionato il lavoro da cui era originato l'infortunio e aveva provveduto a realizzare corsi di formazione nell'ambito del reparto, riguardanti l'uso della cesta per le lavorazioni in quota)».

²⁷⁸ Nel campo della sicurezza sul lavoro, si veda L. GESTRI, *Il garante di fatto*, in *disCrimen*, 18 ottobre 2018, il quale divide gli spazi di configurabilità del garante di fatto a seconda delle dimensioni e della natura delle realtà imprenditoriali e datoriali.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Il principio di colpevolezza impone poi di non sottovalutare l'elemento soggettivo di entrambi i garanti, di diritto e di fatto. Infatti, sia l'uno che l'altro risponderanno dell'evento non impedito solo laddove la loro condotta sia soggettivamente rimproverabile. Ne deriva, per esempio, che, nei reati omissivi colposi, il garante di diritto che sia la "testa di legno" dell'organizzazione è punibile soltanto se, consapevole della sua formale posizione, percependo dei segnali di rischio da cui era intuibile la verifica dell'evento, abbia omesso di intervenire direttamente o, quantomeno, di segnalare il rischio al responsabile di fatto²⁷⁹.

Rimane conclusivamente da evidenziare come nella complessità si ponga assiduamente il problema della successione di posizioni di garanzia²⁸⁰.

Infatti, il fisiologico avvicendamento nel tempo dei soggetti preposti alla conduzione dell'organizzazione «rende particolarmente delicato un accertamento del "responsabile" che sia davvero rispettoso del canone della "personalità"»²⁸¹.

²⁷⁹ Sul punto appaiono d'interesse le osservazioni di M. MIGLIO, *Spunti sulla responsabilità dell'amministratore testa di legno. La necessaria analisi dell'elemento volitivo quale discrimine tra mera colpa e dolo (anche eventuale)*, in *Giur. pen. (web)*, 31 marzo 2017 (nota ad App. Aquila, 30 gennaio 2017, n. 101, ivi).

Per un esempio di riconoscimento della responsabilità colposa dell'amministratore di diritto per omesso controllo sull'attività gestoria dell'amministratore di fatto, si veda anche Cass. pen., Sez. III, 17 ottobre 2023, n. 42236, in *C.E.D.*, Rv. 285166-01, secondo cui «risponde della contravvenzione di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti posta in essere dall'amministratore di fatto di una società anche il suo amministratore di diritto nel caso in cui abbia omesso, sia pur per colpa, di esercitare il necessario controllo sull'attività del primo, attesa la natura anche colposa del reato».

²⁸⁰ La successione di posizioni di garanzia si distingue dal trasferimento, in quanto in quest'ultimo caso la posizione di garanzia non viene ceduta *in toto*, ma il garante originario si limita a trasferire al garante derivato alcuni degli obblighi inerenti alla posizione (ricade in tale ipotesi, per es., la c.d. delega di funzioni). *Amplius*, S. CAMAIONI, *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1628 ss.

²⁸¹ Così, A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, 198.

Dal «mai abbastanza ribadito principio costituzionale di personalità della responsabilità penale» prende le mosse Cass. pen., Sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 34341, in *www.olympus.uniurb.it*, chiamata a confrontarsi con le presunte responsabilità di due ex amministratori della Fibronit (Fabbrica Italiana Broni Tubi), in relazione a molteplici ipotesi di omicidio colposo, causate dalla diffusione di polveri sottili di amianto oggetto delle lavorazioni presso lo stabilimento di Broni, in provincia di Pavia.

Ad avviso della Corte, nel caso in cui, come nella specie, le vittime siano state esposte all'amianto per periodi assai prolungati in cui si siano succeduti più titolari di posizioni di garanzia, è «necessario acquisire processualmente la certezza (dandone poi adeguatamente conto in motivazione) che, nel periodo di assunzione della posizione di garanzia da parte del soggetto chiamato a rispondere degli esiti letali dell'esposizione, quest'ultima fosse causalmente idonea ai fini della patogenesi e dell'accelerazione del decorso infausto della malattia». Occorre, in particolare, stabilire se il periodo in cui gli imputati ricoprirono la posizione di garanzia sia sovrapponibile in tutto o in parte con la fase della c.d. induzione, cioè quella fase in cui – secondo la teoria dose-correlata accolta dalla più accreditata comunità scientifica – ogni esposizione successiva alla prima è ancora rilevante sul piano causale ai fini dell'insorgenza del mesotelioma pleurico maligno. A questa fase segue quella della c.d. progressione, o latenza clinica, in cui il processo carcinogenetico è ormai irreversibile e, quindi, ogni successiva esposizione all'amianto è irrilevante.

CAPITOLO SECONDO

In particolare, il rischio è quello che, una volta verificatosi l'evento, emergano responsabilità fondate sostanzialmente su *meri presupposti materiali-obbiettivi*, come l'aver rivestito in passato una certa posizione o l'aver ereditato il governo di un rischio precedentemente gestito da altri soggetti²⁸².

In caso di successione di un obbligo di garanzia, il cessionario subentra sia nella titolarità dei poteri impeditivi sia nel dovere di osservanza delle regole cautelari volte a prevenire l'evento, liberando il cedente una volta che questi abbia completamente dismesso le sue funzioni di organizzazione e controllo. Se ne desume che, qualora l'evento si verifichi dopo l'effettiva cessione della posizione, l'unico chiamato a rispondere è il nuovo garante.

Senonché, la multifattorialità dei rischi comporta spesso che l'evento sia il prodotto di un'ingarbugliata serie di cause, anche temporalmente distanti l'una dall'altra. Nello specifico, può accadere che il fatto sia stato cagionato dalla somma delle violazioni degli obblighi di garanzia e di diligenza, da parte, prima, del vecchio garante e, dopo, di quello nuovo.

In questi casi, il primo gestore del rischio non si libera dell'eventuale responsabilità derivante dalla condotta antecedente all'avvicendamento per il solo fatto che l'evento si è verificato quando non era più garante: «se così fosse, infatti, sarebbe facile, per il primo [garante], eludere gli obblighi previsti dalla legge e nessuno accetterebbe di subentrare nella posizione di garanzia che comporterebbe, di fatto, un'assunzione oggettiva di responsabilità»²⁸³.

Se dunque il primo garante ha innescato una situazione di rischio con una condotta omissiva colposa, l'ulteriore e successivo omesso impedimento colposo dell'evento da parte del nuovo garante non fa venire meno la responsabilità del primo²⁸⁴, sempre che l'area di rischio non si sia modificata per effetto del tempo

La Corte ha osservato che, a fronte del succedersi di posizioni di garanzia in costanza di esposizione delle vittime all'amianto, i giudici di merito non avevano verificato che il periodo in cui gli imputati ricoprirono la posizione di garanzia corrispondesse con quello antecedente al c.d. *failure time*, che segna il momento a partire dal quale le ulteriori esposizioni all'amianto sono prive di rilevanza causale. I giudici di legittimità, pertanto, hanno annullato la sentenza impugnata, affinché la Corte di Appello di Milano rivalutasse le responsabilità degli imputati in relazione all'esatto periodo in cui questi erano titolari dell'obbligo di garanzia.

²⁸² Cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa*, ibi omissio, cit., 596 s.

²⁸³ Così, M. PELISSERO, *Reati omissivi*, in AA.VV. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 241.

²⁸⁴ Si veda a tal proposito Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 1175, in *C.E.D.*, Rv. 274832-01, secondo cui «in tema di reati colposi, in caso di successione di diversi soggetti nella posizione di garanzia, ove la condotta colposa ascritta al primo garante consista nell'omessa segnalazione, al soggetto subentrante, della situazione di rischio a lui nota ed indipendente dal suo operato, ai fini della sussistenza del nesso causale tra tale omissione e l'evento deve accertarsi che la successiva condotta negligente del garante subentrato trovi causa proprio in tale mancata segnalazione».

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

trascorso o del comportamento del secondo²⁸⁵. In quest'ultimo caso, infatti, si verrebbe a creare un nuovo scenario di rischio tale da escludere la riconducibilità al primo garante della nuova situazione creatasi²⁸⁶.

In scenari particolarmente complessi dove l'interdipendenza tra numerosi e variegati fattori causali è molto forte, le sfere di responsabilità dei singoli garanti tendono a perdere la loro autonomia²⁸⁷. Invero, in tali contesti, soprattutto quando si verificano eventi di gravi dimensioni, spesso si assiste ad accertamenti di responsabilità a ritroso tendenzialmente illimitati, «alla ricerca dei prodromi del disastro e di antiche fonti di pericolo, finendo per estendere la colpa a tal punto da rendere indecifrabile la ricerca di una plausibile linea di confine con la responsabilità oggettiva»²⁸⁸. È quanto, per esempio, accaduto nel caso del disastro di Stava²⁸⁹.

Secondo attenta dottrina²⁹⁰, siffatta propensione arriva a trasformare il contenuto stesso del potere impeditivo e, quindi, anche della regola cautelare che lo specifica.

Dopo la cessione della posizione di garanzia, invero, il cedente non è più garante dell'impedimento dell'evento, bensì diventa garante della rimozione dei fattori di rischio da lui stesso precedentemente creati mediante uno o più atteggiamenti colposi. Laddove non neutralizzi le conseguenze negative della sua condotta o comunque non informi il cessionario della persistenza dei fattori di rischio²⁹¹, si configurerà la sua responsabilità colposa.

Il cessionario, invece, diventa garante dell'impedimento dell'evento avendo l'obbligo di agire sulle situazioni di rischio creato dal precedente garante. Qualora, pur conoscendo o potendo conoscere i rischi preesistenti, il cessionario malgoverni la situazione ereditata, si profilerà anche per lui una responsabilità colposa.

Alla luce delle precedenti osservazioni, si può quindi concludere che la semplificazione della complessità ha certamente esteso gli obblighi di garanzia e i

²⁸⁵ Sull'esclusione della responsabilità del primo garante perché l'evento si è verificato in un nuovo scenario di rischio, *ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 15 gennaio 2020, n. 1350, in *C.E.D.*, Rv. 277953-01; Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2019, n. 6405, in *C.E.D.*, Rv. 275573-02; e Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, in *C.E.D.*

²⁸⁶ Vd. Cass. pen., Sez. IV, 14 gennaio 2014, n. 1194, in *C.E.D.*, Rv. 258232-01.

²⁸⁷ Secondo A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni unite ThyssenKrupp*, in F. CURI (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, 170, il dovere impeditivo «non è una griglia di competenze delimitabili come si vorrebbe lasciar intendere».

²⁸⁸ *Sic*, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 623.

²⁸⁹ Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, cit. Vd. *supra* § 4.2.1.

²⁹⁰ Cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 644 ss.

²⁹¹ Sull'obbligo di informare, v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 243.

CAPITOLO SECONDO

doveri di diligenza, ampliando così le responsabilità individuali, nonostante la dimensione sempre più collettiva dei rischi²⁹².

Proprio il riferimento fattuale al contesto organizzativo, infatti, incide in negativo sull'accertamento della responsabilità penale, che progressivamente perde il carattere personale per rispondere a un istintivo bisogno di semplificazione e, al tempo stesso, di certezza. Certezza che, tuttavia, a ben guardare, non risulta per nulla raggiunta, in quanto le attuali tecniche di imputazione del fatto colposo in contesti complessi sono, nella prassi, talmente discrezionali, che i giudici sono arrivati a trattare fattispecie palesemente uguali in maniera diametralmente opposta.

Si allude ai due procedimenti relativi al disastro causato da un'alluvione e dalle susseguenti frane che, il 5 maggio del 1998, si abatterono sui comuni di Sarno e di Quindici. Nel primo procedimento, riguardante le morti registratesi nel comune di Sarno, veniva chiamato a rispondere per omicidio colposo plurimo il Sindaco, che venne dichiarato responsabile per omesso impedimento dell'evento. Viceversa, nel secondo procedimento avente ad oggetto i decessi avvenuti nel limitrofo comune di Quindici, venivano chiamati in giudizio un paio di assessori regionali, il presidente della provincia e alcuni dirigenti amministrativi, tutti assolti dalle accuse loro mosse.

Rispetto al medesimo fatto, dunque, non solo sono stati individuati garanti diversi, ma per di più si è giunti a esiti processuali differenti, malgrado in entrambi i casi l'imputazione riguardasse l'omesso impedimento colposo dell'evento morte causato dal medesimo fenomeno naturale²⁹³.

Insomma, la certezza che giustificerebbe alcune semplificazioni probatorie (e, in generale, gli ampi spazi di discrezionalità riconosciuti ai giudici) sembra aver prodotto l'effetto contrario a quello sperato, tant'è che ancora oggi, come dimostra soprattutto la prassi giudiziaria in tema di disastri colposi, vi è un'estrema difficoltà a individuare i soggetti tenuti ad adottare – in virtù di una posizione di garanzia – idonei sistemi di sicurezza. Una volta manifestatosi l'evento, perciò, diventa altrettanto arduo prevedere quale sarà la “categoria” di garanti chiamati

²⁹² Vd. F. CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 18, ad avviso del quale la dilatazione dei doveri di garanzia fomenta automaticamente il rimprovero colposo, «consentendo l'emersione (o si potrebbe dire anche la creazione *ex novo*) di regole di comportamento sempre nuove».

²⁹³ Tale ricostruzione e, soprattutto, tale parallelismo si basa sulle riflessioni svolte da P.A. SIRENA, *Intervento*, in DIP. PROTEZIONE CIVILE, FOND. CIMA (a cura di), *La protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle proposte di riforma legislativa*, Pisa, 2016, 22 ss.

a rispondere della presunta e a tratti coincidente violazione degli obblighi di garanzia e di diligenza²⁹⁴.

5.2. La cooperazione colposa e la sua portata ampiamente estensiva.

Nella complessità, la multidisciplinarietà delle attività ridisegna i contorni della responsabilità colposa, che risulta sempre più fondata sull'interazione di diversi soggetti. Le competenze individuali, in effetti, tendono a coordinarsi o, addirittura, a unirsi con quelle altrui, al fine di raggiungere un unico scopo socialmente utile.

Ciò richiede necessariamente la predisposizione di strutture organizzative tese a evitare che dallo stesso intreccio di condotte possano derivare nuovi e ulteriori rischi e, soprattutto, volte a semplificare (o comunque efficientare) l'attività da svolgere.

La necessaria divisione dei compiti si sviluppa essenzialmente attraverso tre modelli organizzativi²⁹⁵.

Il primo consiste nella gestione *orizzontale* e *sincronica* delle diverse mansioni professionali, che confluiscono in un lavoro di *équipe* o in *team*, dove la distribuzione "egualitaria" delle incombenze comporta, almeno di principio, la responsabilità di ciascuno nei limiti della "quota ripartita".

La seconda forma organizzativa, invece, si sostanzia nella gestione *verticale* o *gerarchica* delle mansioni, dove un soggetto sovraordinato distribuisce tra i propri subordinati i vari compiti, impartendo ordini o istruzioni e controllando che le persone selezionate svolgano con perizia le mansioni assegnate. In tal caso, la responsabilità del singolo sottoposto tende a sommarsi a quella di chi occupa il vertice della gerarchia, che può essere chiamato a rispondere per *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

Il terzo e ultimo modello, infine, riguarda tutte quelle particolari situazioni in cui l'attività è *multidisciplinare* e, per di più, risulta svolta in successione *diacronica*, nel senso che è soggettivamente frazionata sia nel tempo che nello spazio. In questa ipotesi, la connessione tra soggetti è soltanto funzionale, dal

²⁹⁴ Sulla difficoltà a individuare preventivamente i soggetti responsabili per omissioni colpose nell'esercizio di attività rischiose da cui derivi un disastro colposo, v. A. MADEO, *Attività rischiose socialmente utili e repressione dei disastri colposi da parte della giurisprudenza*, cit., 547 ss. (in part., pag. 573).

²⁹⁵ I tre modelli organizzativi di seguito sintetizzati richiamano quelli elencati da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 527 ss.

CAPITOLO SECONDO

momento che i soggetti perseguono uno scopo comune senza che sia necessario alcun reciproco contatto fisico.

In tutti e tre gli schemi di coordinamento delle competenze, «ciascuno è tenuto a rapportare prudentemente la propria condotta con quella degli altri soggetti coinvolti»²⁹⁶. Laddove ciò non avvenga, l'art. 113 c.p. diventa la norma di riferimento per individuare le eventuali responsabilità.

Tale norma, rubricata “Cooperazione nel delitto colposo”, prevede che, «nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso»²⁹⁷.

Prima di tutto, il concorso colposo va tenuto distinto dal concorso di cause colpose indipendenti.

Il primo, infatti, si differenzia dal secondo «per la necessaria reciproca consapevolezza dei cooperanti della convergenza dei rispettivi contributi all'incedere di una comune procedura in corso»²⁹⁸.

Entrambe le ipotesi si fondano sulla violazione di una regola cautelare. Tuttavia, nella cooperazione la regola consiste nel neutralizzare una condotta colposa altrui, mentre nella mera convergenza di azioni colpose indipendenti la norma di diligenza violata è immediatamente e direttamente orientata alla prevenzione dell'evento²⁹⁹.

A ciò si aggiunga che «la cooperazione colposa esercita una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di

²⁹⁶ Cass. pen., Sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, cit.

²⁹⁷ Tale norma, nel 1930, ha rappresentato una vera e propria novità, dal momento che, sotto la vigenza del Codice Zanardelli, in assenza di una specifica previsione normativa, la scienza penalistica aveva espresso molti dubbi circa la configurabilità di tale ipotesi concorsuale, considerata strutturalmente incompatibile con il carattere involontario della colpa. Vd. F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, in ID. (a cura di), *Opuscoli di diritto criminale*, I, 1870, 502.

²⁹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 28 novembre 2014, n. 49735, in *C.E.D.*, Rv. 261183-01, annotata da L. RISICATO, *Colpa e colpevolezza in un caso particolare di concorso in omicidio*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 463 ss.

²⁹⁹ Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 540 s.

Vd. anche N. NATALI, *Concorso di cause colpose e cooperazione nel delitto colposo*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1938, 701 ss., che, poco dopo l'entrata in vigore dell'art. 113 c.p., traccia la distinzione tra le due ipotesi concorsuali, attraverso una serie di esempi tratti anche dalla giurisprudenza del tempo.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte»³⁰⁰.

Al pari dell'art. 110 c.p., l'art. 113 c.p., quindi, non possiede solo una funzione di disciplina, ma – sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata – ha pure una funzione incriminatrice, sanzionando anche «condotte meramente agevolatrici e di modesta significatività, le quali, per assumere rilevanza penale, devono necessariamente coniugarsi con comportamenti in grado di integrare la tipica violazione della regola cautelare interessata»³⁰¹.

In passato, si riteneva che fosse sufficiente «la coscienza di accedere ad un'azione altrui» per poter incorrere in una responsabilità *ex art.* 113 c.p.³⁰², che – così ragionando – si trasformava in un'ipotesi (neppure troppo mascherata) di responsabilità oggettiva.

Proprio per (ri)portare la cooperazione colposa nell'alveo della legittimità e, in particolare, per rendere la disposizione compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale, la dottrina più recente³⁰³ ha voluto precisare che il compartecipe non solo deve potersi rappresentare l'altrui condotta colposa ma deve, anch'egli, tenere una condotta contraria a una regola cautelare.

Se la regola cautelare violata è la stessa non osservata dagli altri concorrenti o comunque ha ad oggetto la prevenzione dell'evento stesso, allora l'art. 113 c.p.

³⁰⁰ Cass. pen., Sez. IV, 26 marzo 2019, n. 25846, in *OneLegale*. Tale principio è pure richiamato da App. L'Aquila, 3 maggio 2024, n. 294, in *Giur. pen.* (web), 31 maggio 2024, sul c.d. disastro di Rigopiano (per la decisione di primo grado v. F. SANTARELLI, *Disastro di Rigopiano e prevedibilità dell'evento*, in *Arch. pen.* (web), 2024, 1, 1 ss.).

³⁰¹ Così, Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, in *C.E.D.*, Rv. 242566-01. Vd. le note di L. RISICATO, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 5, 578 ss. e C. CANTAGALLI, *Il riconoscimento della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. ed il concetto di "interazione prudente" quale fondamento e limite della colpa di cooperazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2219 ss. In senso conforme, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 36280, in *C.E.D.*, sul caso "Aldrovandi" (cfr. note di F. ZINCANI, *La cooperazione nel delitto colposo. La portata incriminatrice dell'art. 113 c.p. nei reati a forma libera*, in *Cass. pen.*, 2014, 1, 163 ss. e F. PIQUÈ, *La funzione estensiva della punibilità dell'art. 113 c.p. in relazione ai delitti causali puri*, in *Cass. pen.*, 2014, 3, 882 ss.).

Per un'attenta disamina delle forme di partecipazione atipica, cfr. L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, 143 ss.

Ad avviso di L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 843 s., la norma in realtà non avrebbe una vera e propria funzione incriminatrice, ma, al più, avrebbe natura integrativa, a struttura di clausola generale, senza tipizzare condotte altrimenti non punibili ma selezionando determinati obblighi giuridici, rivolti non tanto alla prevenzione dell'evento finale, quanto alla neutralizzazione di condotte altrui.

³⁰² Di questa opinione, G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 18.

³⁰³ A partire da F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 186 ss. in poi.

CAPITOLO SECONDO

svolge una mera funzione di disciplina, in quanto la condotta sarebbe stata ugualmente punita anche al di fuori delle ipotesi di concorso³⁰⁴.

Ma la regola cautelare può pure riguardare le modalità relazionali su cui si fonda la stessa interazione plurisoggettiva. In tal caso, l'art. 113 c.p. spesso esercita anche una funzione incriminatrice, in quanto, malgrado la tipizzazione di alcune dinamiche, è soprattutto il diretto partecipante a dover individuare in concreto le azioni più corrette, efficaci e adeguate alla natura collettiva dell'attività esercitata. Si pensi, per esempio, alle cautele da adottare per: coordinare i comportamenti dei singoli; favorire la convergenza delle diverse mansioni e specializzazioni; condividere le informazioni necessarie a prevenire i rischi; correggere le disfunzioni dell'organizzazione³⁰⁵.

A ben guardare, è proprio la violazione delle cc.dd. "regole relazionali" a caratterizzare la cooperazione colposa, che così si fonda su una peculiare forma di *culpa per relationem*³⁰⁶.

Ne deriva che le regole cautelari violate dal partecipante non necessariamente si mettono in connessione diretta con l'evento, poiché possono altresì porsi in collegamento con le stesse modalità di interazione plurisoggettiva.

Alla stregua di tali premesse, si può dunque affermare che la responsabilità concorsuale non può prescindere dalla violazione di una regola cautelare³⁰⁷.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, invece, si può prescindere dalla sussistenza di una posizione di garanzia in capo al partecipante, il quale, pertanto, è responsabile ai sensi dell'art. 113 c.p. anche quando, pur privo dell'obbligo giuridico di impedire la condotta colposa altrui, «contribuisca con la propria condotta cooperativa all'aggravamento del rischio, fornendo un contributo causale giuridicamente apprezzabile alla realizzazione dell'evento»³⁰⁸.

³⁰⁴ Come osserva L. RISICATO, voce *Cooperazione colposa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 326

³⁰⁵ Sui cc.dd. "obblighi relazionali", *amplius* L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, cit., 828 ss., il quale considera tali obblighi il vero *pedistallo normativo della fattispecie di cooperazione colposa*.

³⁰⁶ In questi termini, L. CORNACCHIA, voce *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, in *Dig. disc. pen.*, agg. XI, 2021, 186.

³⁰⁷ Vd. S. CORBETTA, sub *Art. 113*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, I, 2022, Milano, V^a ed., 2022, 1851.

³⁰⁸ Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2021, n. 46408, in *C.E.D.*, Rv. 282556-01, che ha confermato la responsabilità, ex artt. 113 e 589 c.p., di un dipendente di un'azienda per la raccolta dei rifiuti, che, postosi alla guida di un autocompattatore senza un'adeguata formazione e privo di patente di idoneità, aveva cagionato, con manovra in retromarcia, la morte di un soggetto posizionatosi dietro al mezzo, in tal modo concretizzando il rischio introdotto dai responsabili dell'azienda, ossia dai soggetti garanti della sicurezza, i quali, senza eseguire alcuna valutazione del rischio e, in particolare, senza curarsi di separare la circolazione di personale e mezzi all'interno

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Tale interpretazione suscita perplessità, in quanto l'irrilevanza di uno specifico dovere giuridico allarga a dismisura le maglie della responsabilità *ex art. 113 c.p.*, che così ragionando si potrebbe anche fondare sulla mera violazione di una regola cautelare relazionale, magari individuata sulla base di qualche inafferrabile agente modello.

Solo con riguardo a situazioni che *ex ante* possono farsi rientrare nella sfera di competenza (e di rischio) dell'agente, può sorgere l'obbligo giuridico di individuare e osservare le regole cautelari (pure quelle relazionali) e, quindi, può muoversi un rimprovero al compartecipe disattento. In difetto, appare palese la violazione del principio di colpevolezza e, più in generale, della personalità della responsabilità penale³⁰⁹.

Tali principî, tra l'altro, sembrano doppiamente obliterati, in quanto, oltre alla presenza di decisioni che prescindono dall'esistenza di una posizione di garanzia in capo a tutti i compartecipi, non mancano neppure pronunce (anche di legittimità), secondo cui «per aversi cooperazione nel delitto colposo, non è [altresì] necessaria la consapevolezza della natura colposa dell'altrui condotta, né la conoscenza dell'identità delle persone che cooperano, essendo sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione nello stesso reato, intesa come consapevolezza, da parte dell'agente, del fatto che altri soggetti – in virtù di un obbligo di legge, di esigenze organizzative correlate alla gestione del rischio, o anche solo in virtù di una contingenza oggettiva e pienamente condivisa – sono investiti di una determinata attività, con una conseguente interazione rilevante anche sul piano cautelare, nel senso che ciascuno è tenuto a rapportare prudentemente la propria condotta a quella degli altri soggetti coinvolti»³¹⁰.

Tra le tante ipotesi di compartecipazione, l'ambito in cui, nel corso del tempo, i principî sanciti dall'art. 27 Cost. hanno sofferto una maggiore compressione è senz'altro quello delle attività di *équipe*, dove la presenza di più soggetti è resa necessaria dal tipo di prestazione e di scopo che essi intendono realizzare.

dell'area dell'incidente, avevano reso disponibile un mezzo avente criticità e difetti di funzionamento, specie nell'esecuzione delle manovre di retromarcia.

Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 2013, n. 43083, in *C.E.D.*, Rv. 257197-01, con annotazioni di C. BRUSCO, *L'effetto estensivo della responsabilità penale nella cooperazione colposa*, 2014, 9, 2875 ss. e di D. PATRONE, *I presupposti per la configurabilità della cooperazione nei delitti colposi*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, 2505 ss.

³⁰⁹ Sulla necessità che il compartecipe sia anche “garante”, v. L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, cit., 823.

³¹⁰ *Sic*, Cass. pen., Sez. IV, 13 aprile 2016, n. 15324, in *C.E.D.*, Rv. 266665-01. Da ultimo, anche Cass. pen., Sez. IV, 26 marzo 2019, n. 25846, cit.

CAPITOLO SECONDO

Emblematiche, a questo riguardo, sono quasi tutte le tipologie di attività esercitate in ambiente sanitario³¹¹.

In quest'ultimo settore, infatti, non sono mancate pronunce secondo cui «nel caso di “équipes” chirurgiche e, più in generale, in quello in cui ci si trova di fronte ad ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, sia pure svolta non contestualmente, ogni sanitario, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio»³¹².

La colpa medica così assume una “piegatura bidirezionale” basata su una presunzione di inaffidabilità del comportamento degli altri membri dell'équipe, al quale ciascuno deve quindi essere sempre pronto a rimediare. Superfluo sottolineare che la “paura” di una così estesa responsabilità fomenta comportamenti difensivi da parte dei sanitari che intralciano il buon funzionamento del *team* e che, di conseguenza, anziché tutelare, pregiudicano la salute stessa del paziente³¹³.

Tuttavia, in tempi più recenti, la giurisprudenza appare più attenta al ruolo svolto dal singolo componente dell'équipe e più rispettosa del principio di

³¹¹ Sulla colpa d'équipe in ambito sanitario, *ex plurimis*, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 2, 399 ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013 e, più di recente, C. BUZIO, *Riflessioni in tema di attività medica svolta in équipe*, in *Riv. pen.*, 7-8, 2019, 662 ss., nonché P.F. POLI, *Attività medica in “équipe”: c'è spazio per il principio di affidamento?*, in *Giur. it.*, 2021, 5, 1204 ss.

³¹² Così, Cass. pen., Sez. IV, 25 maggio 2004, n. 24036, in *C.E.D.*, Rv. 2285577-01, che riflette quanto precedentemente enunciato da Cass. pen., Sez. IV, 25 febbraio 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 4, 469 ss., con nota di A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, *ivi*, 477 ss.

L'indirizzo giurisprudenziale in questione si caratterizza soprattutto per la “facile” dichiarazione di responsabilità del capo dell'équipe o, in ogni caso, dei dirigenti sanitari, la cui posizione di garanzia è ritenuta talmente estesa da trasformare la loro responsabilità colposa omissiva in un'indistinta responsabilità “da posizione”.

³¹³ Vd. L. CORNACCHIA, voce *Colpa d'équipe*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 46, 49 e 51, e, soprattutto, G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in P. BOCKELMANN, W. GALLAS (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961, 388 (come richiamato da M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio di)*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 3), ad avviso del quale il medico che si preoccupi di controllare tutte le eventuali inadempienze dei suoi collaboratori, anziché dedicarsi ai suoi compiti, sarà pure indenne da qualsivoglia addebito da colpa ma “difficilmente...sarà un buon medico”.

personalità della responsabilità penale, soprattutto attraverso l'impiego del principio di affidamento (seppure con alcuni limiti), come meglio si evidenzierà nel prossimo paragrafo³¹⁴.

L'attenzione a restringere la portata applicativa dell'art. 113 c.p. si registra anche con riferimento al c.d. concorso colposo nel delitto doloso, la cui configurabilità – da tempo censurata dalla dottrina³¹⁵ – nel 2018 viene esclusa dalla Suprema Corte “con un brusco *revirement*”³¹⁶, fondato sulla presa d'atto che lo schema in questione risulta privo di un'espressa previsione normativa non ravvisabile nell'art. 113 c.p.³¹⁷.

La portata applicativa dell'art. 113 c.p. rimane, comunque, ancora molto estesa, non solo perché la norma continua a convivere con il discusso concorso colposo nelle contravvenzioni³¹⁸, ma soprattutto perché, di fronte all'esigenza di semplificare la complessità, essa trova spesso fondamento in generali (e, non di rado, generiche) posizioni di garanzia e regole cautelari, il cui accertamento puntualmente si sovrappone mescolando il piano oggettivo con quello soggettivo, quasi sempre a scapito di quest'ultimo.

Di fronte a questo vero e proprio “cespuglio di rovi”³¹⁹, il principio di colpevolezza può ritrovare vigore solo attraverso una maggiore valorizzazione dell'elemento

³¹⁴ Cfr., per es., Cass. pen., Sez. IV, 9 dicembre 2019, n. 49774, in *C.E.D.*, Rv. 277422-01, secondo cui «in tema di colpa medica, in caso di lavoro in “*équipe*” e, più in generale, di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare aprioristicamente una responsabilità di gruppo, in particolare quando i ruoli ed i compiti di ciascun operatore sono nettamente distinti tra loro, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di invasione degli spazi di competenza altrui». Vd. anche la giurisprudenza citata da A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, cit., 7 s.

³¹⁵ Cfr. G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1, 83.

³¹⁶ P. ALDROVANDI, *Il concorso nel reato colposo*, in AA.VV. (diretto da), *Diritto penale*, I, Milano, 2021, 652.

³¹⁷ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 2018, n. 7032, in *C.E.D.*, Rv. 726624-01, con nota, *ex multis*, di C. CUPELLI, *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta “garantista della Cassazione”*, in *Giur. it.*, 2019, 8-9, 1920 ss. In senso conforme, Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2018, n. 57006, in *C.E.D.*, Rv. 274626-02.

³¹⁸ A favore dell'ammissibilità v. P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale*, Milano, 1999, 119 ss. In senso opposto, v. G. ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 3, 1038. A favore della piena configurabilità si pone invece la giurisprudenza: si veda, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 2014, n. 48016, in *C.E.D.*, Rv. 261165-01, secondo cui «la cooperazione nel reato colposo, benché espressamente prevista dall'art. 113 cod. pen. per i soli delitti colposi, è riferibile anche alle contravvenzioni della stessa natura, come si desume dall'art. 43, ultimo comma, cod. pen., per il quale la distinzione tra reato doloso e colposo, stabilita dalla legge per i delitti, si applica anche alle contravvenzioni ogni qualvolta da tale distinzione discendono effetti giuridici».

³¹⁹ Fortunata espressione della dottrina americana coniata nell'ambito degli studi sulla causalità (cfr. G.H. VON WRIGHT, *Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti*, in F. STELLA (a cura di), *I saperi del giudice*,

psichico, facendo per esempio prevalere il dovere di prudenza del soggetto che si trova *fattualmente più prossimo al rischio* ed escludendo la responsabilità degli altri compartecipi quando la gravità della colpa di uno di essi renda *inesigibile la cautela dovuta dagli altri*³²⁰.

L'adeguato apprezzamento dell'elemento soggettivo non solo consente di svolgere un giudizio più individualizzato, ma soprattutto assicura un maggiore rispetto di un altro importante principio, che – secondo attenta dottrina³²¹ – rappresenta, nell'ambito del reato colposo, il corollario più significativo della personalità della responsabilità penale.

Il riferimento è al tanto *vago* quanto *primario* principio di affidamento, che sovrintende tutte le relazioni intersoggettive e che incide sulla stessa costruzione della regola cautelare, «sulla sua ampiezza e sui suoi confini, con il risultato di impedire il rimprovero, allo scopo di “fluidificare” l'azione sociale, altrimenti paralizzata da un sistematico controllo reciproco e continuo»³²².

5.2.1. Il principio di affidamento quale (cedevole) limite al dovere di diligenza.

Il principio di affidamento, sorto in Germania nel periodo del nazionalsocialismo³²³, nel corso del tempo ha trovato sviluppo anche negli ordinamenti liberali contemporanei, dove «rappresenta un capitolo sempre più ineludibile della teoria del reato colposo»³²⁴.

la causalità ed il ragionevole dubbio, Milano, 2004, 71 ss.), che ben si attaglia anche al concorso colposo, dove la compenetrazione tra doveri di garanzia e di diligenza è massima, come, ad es., ben si evince da G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 2, 671 ss.

³²⁰ Si tratta di alcune delle ipotesi formulate da F. CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 23 s. al fine di legare l'accertamento delle responsabilità al dato fattuale. Sull'urgenza di mantenere alta l'attenzione sulla doppia funzione della colpa, cfr. A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 23 s.

³²¹ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, cit., 40

³²² F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, 23 s.

³²³ La paternità di tale principio si deve a H. GÜLDE, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrs*, in *JW*, 1938, 2785 ss., che lo teorizzò con riguardo all'ambito della circolazione stradale.

³²⁴ Così, M.L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoresponsabilità della “vittima”*, cit., 4. Si veda anche R. BLAIOTTA, E. BIRITTERI, sub *Art. 43*, cit., 519, che definiscono il principio di affidamento come «una vera e propria pietra angolare della tipicità colposa».

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

In particolare, tale principio funge da limite all'estensione dei doveri di diligenza del singolo quando il comportamento di questi si inserisce in un contesto dove convergono le condotte di altre persone.

In tal caso, infatti, al fine di evitare la paralisi delle tante attività che presuppongono un'interazione plurisoggettiva, l'ordinamento – attraverso il combinato disposto degli artt. 3, comma 1, 27 e 54, comma 1, della Costituzione³²⁵ – autorizza ciascun consociato a confidare che gli altri soggetti con cui entra in contatto osservino le regole relative al proprio dovere di diligenza³²⁶.

L'intreccio plurisoggettivo si fonda così su un meccanismo di fiducia reciproca che consente a ognuno di dedicarsi al meglio alla propria prestazione, rendendo più spedite ed efficaci le attività attraverso cui la società persegue il benessere e il progresso, sia individuale che collettivo.

Secondo autorevole dottrina³²⁷, il paradigma di riferimento del principio di affidamento sarebbe proprio il c.d. rischio consentito, in quanto senza il limite di tale principio i soggetti autori delle attività rischiose concorrenti «sarebbero indotti ad astenersi dalle loro attività, pur se autorizzate, o ad affrontare un rischio eccessivo (da eroi o da temerari)»³²⁸.

Se è vero che la soglia di rischio consentito è fissata dalle regole cautelari e che queste ultime hanno la funzione di contemperare interessi contrapposti³²⁹, è altrettanto vero che l'affidamento non può essere assoluto o incondizionato, ma può venire meno in presenza di circostanze concrete che lascino trasparire la possibilità che qualcuno dei soggetti interagenti non abbia osservato o non osserverà il proprio dovere di diligenza.

In questo caso, la prevedibilità ed evitabilità dell'altrui condotta doverosa compromettono la fiducia nel prossimo, facendo insorgere specifici obblighi

³²⁵ In assenza di un'espressa previsione normativa, ad avviso della dottrina il principio di affidamento trova solido fondamento costituzionale in tali norme. Vd. F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 544. Cfr. anche L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, cit., 825, nota 7, e M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio di)*, cit., 11 s.

³²⁶ Secondo E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, cit., 532, tale fiducia consente di ricondurre anche la c.d. colpa per assunzione nell'alveo applicativo del principio di affidamento.

³²⁷ Per la Germania, v. C. ROXIN, E. GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monaco, V^e ed., 2020, 1190; per l'Italia, F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, cit., *passim*.

³²⁸ In questi termini, F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune, dolo e colpa speciale*, cit., 425.

³²⁹ Cfr. *infra* § 3 e § 4.1.

CAPITOLO SECONDO

cautelari (detti relazionali), diretti a monitorare il comportamento scorretto o ad annullare/minimizzare gli effetti pregiudizievoli derivanti da quest'ultimo³³⁰.

L'affidamento non è dunque *cieco*, ma *fondato* su circostanze giustificatrici, come la tutela dello spazio di libertà del singolo³³¹; perciò, «trova logica applicazione in presenza di concreti presupposti che giustificano tale fiducia, e non in presenza, invece, di concreti indizi che lasciano prevedere un altrui comportamento scorretto»³³².

In molte delle ipotesi in cui tale principio trova un'espressa menzione nel corpo motivazionale delle sentenze, si scopre che i giudici o ne hanno fatto un «uso meramente declamatorio (...), mai o quasi mai in grado di costruire la *ratio decidendi*»³³³, oppure ne hanno escluso l'applicazione in concreto, riscontrando appunto un'eccezione alla regola generale fondata sulla fiducia reciproca.

Le eccezioni sembrano prevalere sulla regola soprattutto in tre settori, molto diversi tra loro: la circolazione stradale, la sicurezza sul lavoro e l'attività medico-chirurgica in *équipe*.

Nel primo e nel secondo ambito, l'interazione plurisoggettiva è sostanzialmente tra soggetto attivo e vittima, dove quest'ultima è sia *beneficiaria* delle regole cautelari, che l'automobilista o il datore di lavoro devono rispettare, sia *destinataria* di specifici doveri di diligenza, che la stessa vittima deve osservare per prevenire la verifica dell'evento per sé dannoso. In questo caso, perciò, il principio di affidamento si può sovrapporre a quello di auto-responsabilità.

Nel terzo, invece, affidamento e auto-responsabilità non rischiano di coincidere, dal momento che la vittima (*i.e.* il paziente) non è tenuta ad adempiere a specifici doveri di diligenza ma, anzi, è *terza* rispetto all'intreccio cooperativo che si viene a creare tra soggetti determinati (*i.e.* i medici), chiamati a rispettare specifiche

³³⁰ Sul punto si vedano L. CORNACCHIA, voce *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, cit., 178 e M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 160. Quest'ultimo definisce la concreta possibilità di prevedere ed evitare l'altrui condotta colposa come “conoscenze supplementari”, che – facendo venire meno la fiducia nel corretto comportamento del prossimo – determinano «l'insorgere nell'agente del dovere d'impiegare la diligenza necessaria onde neutralizzare le conseguenze dannose delle altrui inosservanze, pena una corresponsabilità, con coloro cui queste ultime sono ascrivibili, in ordine all'evento concretamente verificatosi».

³³¹ Sul principio di affidamento come esigenza di assicurare ai singoli una certa “libertà d'azione”, v. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 273.

³³² F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune, dolo e colpa speciale*, cit., 425.

³³³ Così, S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, cit., 592.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

regole cautelari all'interno di una struttura organizzativa dove la divisione dei ruoli è predeterminata³³⁴.

Rinviando al prossimo capitolo la trattazione del principio di auto-responsabilità e l'esame della sua applicazione nel settore stradale e lavorativo, in questa sede ci si può limitare a svolgere qualche breve riflessione su tali ambiti.

Per prima cosa, occorre notare che proprio nella materia della circolazione stradale si conta il maggior numero di pronunce di legittimità in cui i giudici si servono del principio di affidamento al fine di dichiarare o escludere la responsabilità colposa dell'automobilista³³⁵. Ciò non stupisce, in quanto, sul piano dogmatico, tale principio "è nato" proprio con una serie di riflessioni in materia stradale, osservando come il titolare di diritto di precedenza sia autorizzato a fare affidamento sul fatto che gli altri utenti della strada ne attenderanno il passaggio: solo così, infatti, il diritto di precedenza assumerebbe significato, consentendo al suo titolare di concentrarsi sugli ostacoli presenti lungo la strada "favorita"³³⁶.

Inoltre, la circolazione stradale non solo rappresenta il terreno della genesi del principio in parola, ma – ironia della sorte – costituisce anche il principale ambito in cui tale principio, nella prassi, cede il passo all'opposto obbligo di prevedere le imprudenze altrui³³⁷.

Questa "inversione" si è resa possibile in quanto i giudici spesso individuano nelle stesse regole cautelari previste dal c.d. Codice della Strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) ulteriori regole fondanti un *dovere di massima prudenza o di massima attenzione*, da cui è possibile ricavare anche l'obbligo di prevedere l'altrui condotta colposa³³⁸. È quanto accaduto con riferimento alle disposizioni: sullo

³³⁴ Sulla distinzione tra i tre ambiti si vedano A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 4; M.L. MATTHEUDAKIS, *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, in *Sist. pen.*, 2021, 1, 93 (nota a G.U.P. Bologna, 9 luglio 2020) e ID., *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima"*, cit., 4.

A ciò si aggiunga che, a differenza degli altri due, nel primo ambito la vittima non è determinata o determinabile.

³³⁵ Nel momento in cui si scrive, nella banca dati della Corte di cassazione (C.E.D.) risultano massimate una quarantina di pronunce aventi ad oggetto la (dis)applicazione del principio di affidamento in casi di sinistri stradali. Se ne contano poi centinaia che menzionano tale principio tra le *keywords* delle massime.

³³⁶ H. GÜLDE, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrs*, cit., 2790, richiamato da M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio)*, cit., 3.

³³⁷ Cfr. M. DUNI, *Limiti all'obbligo giuridico di prevedere le imprudenze altrui*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, 317 ss.

³³⁸ A tal proposito, v. A. CAPPELLINI, *Colpa e concausa della vittima: il G.U.P. di Roma sull'omicidio stradale di Corso di Francia*, in *Giur. it.*, 2021, 11, 2465, secondo cui in ambito stradale il principio di affidamento continuerà a soccombere finché si riconoscerà in capo a ciascun automobilista l'obbligo onnicomprensivo del *neminem laedere*.

CAPITOLO SECONDO

stesso diritto di precedenza³³⁹, sul cambiamento di corsia³⁴⁰, sui limiti di velocità³⁴¹, sul comportamento dei pedoni³⁴².

Nel contesto della salute e sicurezza sul luogo di lavoro, invece, il principio di affidamento ha un'applicazione limitata a causa del tipo di struttura organizzativa in cui si inserisce l'interazione plurisoggettiva.

Infatti, in tale ambito lo stesso meccanismo di divisione dei compiti (e delle responsabilità), sviluppandosi su base gerarchica, impone al soggetto sovraordinato (il datore di lavoro) di controllare sempre la correttezza dell'operato e, più in generale, dei comportamenti dei suoi sottoposti (*culpa in vigilando*). In tal caso, il soggetto apicale potrebbe evocare la normale fiducia nei confronti del lavoratore subordinato qualora quest'ultimo «sia sufficientemente esperto, relativamente alle incombenze in cui ha maturato la perizia necessaria e in cui ha pertanto spazi di autonomia»³⁴³, oppure qualora parte degli obblighi di garanzia siano stati devoluti a terzi attraverso la c.d. delega di funzioni³⁴⁴.

³³⁹ Si veda Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno 2011, n. 24121, in *C.E.D.*, Rv. 2507702-01, secondo cui «l'obbligo di ridurre la velocità all'approssimarsi di un incrocio e di impegnare con prudenza e a velocità moderata l'area del crocevia sussiste anche a carico di colui che circoli su strada che assegni il diritto di precedenza ovvero che, in presenza di un semaforo, abbia il segnale di via libera, perché il diritto di precedenza non esonera il conducente dall'obbligo di porre la *massima attenzione* ai pericoli che possano sorgere da comportamenti illeciti od imprudenti tenuti da altri utenti della strada i quali non gli accordino la dovuta precedenza».

³⁴⁰ Vd. Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2020, n. 32879, in *C.E.D.*, Rv. 280071-01, ad avviso della quale «la manovra di svolta a sinistra per immettersi sulla strada pubblica con provenienza da una strada privata determina una situazione di pericolo ed esige, quindi, la *massima prudenza* e l'adozione di tutte le possibili cautele, sicché il conducente che deve attuare tale manovra, non solo ha l'obbligo di avvicinarsi gradualmente all'asse della carreggiata, ma anche quello, imposto dalla comune prudenza, di accertare con ispezione diretta, o in qualsiasi altro modo, che non vi siano veicoli che giungano lateralmente e da tergo, ai quali va, eventualmente, lasciata la precedenza».

³⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 2017, n. 25552, in *C.E.D.*, Rv. 270176-01, in base alla quale «l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità, in relazione alle caratteristiche del veicolo ed alle condizioni ambientali, va inteso nel senso che il conducente deve essere in grado di padroneggiare il veicolo *in ogni situazione*, tenendo altresì conto di eventuali imprudenze altrui, purché ragionevolmente prevedibili».

³⁴² Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 2011, n. 47204, in *C.E.D.*, Rv. 277703-01, per cui «il conducente di un veicolo è tenuto ad osservare, in prossimità degli attraversamenti pedonali, la *massima prudenza* e a mantenere una velocità particolarmente moderata, tale da consentire l'esercizio del diritto di precedenza, spettante in ogni caso al pedone che attraversi la carreggiata nella zona delle strisce zebraate, essendo al riguardo ininfluyente che l'attraversamento avvenga sulle dette strisce o nelle vicinanze».

³⁴³ Sic, L. CORNACCHIA, voce *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, cit., 179.

³⁴⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, cit., 539 s. e M. MANTOVANI, *Affidamento* (voce), cit., 17 s.

Occorre comunque prendere atto del fatto che ad avviso di un più che consolidato orientamento giurisprudenziale «l'attribuzione della delega di funzioni non fa venir meno il dovere di controllo del delegante sul corretto espletamento delle funzioni conferite, sussistendo, tuttavia, la responsabilità di quest'ultimo solo qualora si ravvisino in concreto gli estremi della "*culpa in vigilando*"» (cfr. Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2020, n. 17174, in *C.E.D.*, Rv. 279013-01).

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Ma il vero *terreno d'elezione* del principio di affidamento è quello delle attività sanitarie, dove la fiducia reciproca è la regola che delimita la sfera di competenza dei plurimi soggetti chiamati a perseguire la salute del paziente.

Tuttavia, proprio l'importanza del bene giuridico in gioco fa sì che pure in questo settore i giudici privilegino le eccezioni anziché la regola generale, rappresentata appunto dal principio in parola³⁴⁵.

Questa tendenza si nota soprattutto in relazione alla posizione del capo dell'*équipe*, il quale, occupando il vertice dell'intreccio intersoggettivo, rispetto agli altri medici, sarebbe tenuto all'osservanza di un più ampio obbligo cautelare, inerente alla verifica e alla sorveglianza dell'operato altrui³⁴⁶: obbligo che secondo alcuni trasformerebbe la regola dell'affidamento nell'opposta presunzione di inaffidabilità del comportamento degli altri operatori sanitari del *team*³⁴⁷.

In particolare, «l'imponente concatenazione di posizioni di controllo sull'altrui operato rende, da un lato, ineffettivo l'eventuale trasferimento dell'obbligo di garanzia da un soggetto all'altro mentre, dall'altro, configura regole cautelari volte a impedire il fatto illecito altrui. Questa considerazione spiega il motivo per cui, specie nella giurisprudenza meno recente, si parli dell'affidamento in campo medico-chirurgico non come canone di delimitazione delle responsabilità individuali, ma nell'accezione – qui del tutto eterogenea rispetto al suo ambito di elezione – di “delega di funzioni”, dove tuttavia il delegante non sarebbe mai esente da responsabilità»³⁴⁸.

La configurazione quasi automatica dell'obbligo di riconoscere qualsiasi errore altrui (e di intervenire per porvi rimedio) rischia di trasformare la responsabilità del capo dell'*équipe* in una responsabilità “da posizione”, soprattutto allorquando

³⁴⁵ Sul piano terminologico, parla di “eccezioni alla regola”, per es., A. MASSARO, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza sull'operato altrui”: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, 3860 ss.

³⁴⁶ Cfr. L. CORNACCHIA, voce *Colpa d'équipe*, cit., 46. V. anche G. MARINUCCI, G. MARUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, 221.

Basti qui citare Cass. pen., Sez. IV, 28 luglio 2015, n. 33329, in *C.E.D.*, Rv. 264366-01, ad avviso della quale «il capo dell'*équipe* operatoria è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente in ragione della quale è tenuto a dirigere e a coordinare l'attività svolta dagli altri medici, sia pure specialisti in altre discipline, controllandone la correttezza e ponendo rimedio, ove necessario, ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali o comunque rientranti nella sua sfera di conoscenza e, come tali, siano emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio».

³⁴⁷ In tal senso, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, cit., 72. Sul tema della diffidenza, v. anche M.L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione della riforma” della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1240.

³⁴⁸ Così, L. RISICATO, *op. cit.*, 73, la quale conclude le sue puntuali osservazioni paventando il rischio che, così ragionando, il principio di affidamento si stia trasformando in «una sterile clausola di stile indicante una regola inapplicabile al caso concreto».

CAPITOLO SECONDO

il giudizio di prevedibilità riguardi prestazioni sanitarie condotte da medici specializzati in ambiti diversi da quelli di colui che è chiamato a guidare il *team*.

Allo stesso tempo, deve escludersi che possa invocare l'esonero da responsabilità anche il medico che si sia fidato acriticamente della scelta effettuata dal primario, avendo il dovere di valutarla e, se del caso, di contrastarla³⁴⁹, o, in subordine, di manifestare espressamente il proprio dissenso³⁵⁰.

Se ne desume che il principio di affidamento subisce una limitazione con riferimento all'attività di tutti i componenti dell'*équipe* medica, su cui pertanto grava non solo l'obbligo di diligenza concernente le specifiche mansioni affidate, ma anche l'obbligo di controllo sull'operato e sugli errori altrui³⁵¹.

Per completezza, occorre segnalare come recentemente la stessa giurisprudenza di vertice abbia meglio definito (e, cosa più importante, delimitato) tale obbligo di controllo.

Da non molto, infatti, i giudici di legittimità cominciano a riconoscere il dovere di prevedere l'altrui condotta colposa soltanto qualora gli errori siano «evidenti e non settoriali», nonché «in concreto prevedibili» e «rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio»³⁵².

Inizia così a maturare la consapevolezza che non si possa trasformare l'onere di vigilare sulla corretta attività altrui in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e, quindi, di invasione negli spazi di competenza di altri.

Tale postulato, tuttavia, non sembra ancora in grado di frenare l'espansione delle eccezioni al principio di affidamento, alimentata soprattutto dall'ingresso dell'*immарcescibile* agente modello nel giudizio di prevedibilità dell'altrui inosservanza colposa.

³⁴⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 27 settembre 2019, n. 39727, in *C.E.D.*, Rv. 277508: fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità dell'aiuto chirurgo – componente dell'*équipe* medica che aveva provveduto all'esecuzione di un parto cesareo nel corso del quale si erano manifestate evidenti situazioni critiche interne – per non avere dissentito dall'operato del primario e non averlo indirizzato alla immediata isterectomia, che avrebbe impedito il verificarsi della successiva emorragia, causa della morte della partorientente.

³⁵⁰ Si veda Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2015, n. 43828, in *C.E.D.*, Rv. 265260-01, che ha appunto precisato che «il componente dell'*équipe* chirurgica in posizione di secondo operatore che non condivide le scelte del primario adottate nel corso dell'intervento operatorio, ha l'obbligo, per esimersi da responsabilità, di manifestare espressamente il proprio dissenso». In precedenza, Cass. pen., sez. IV, 5 febbraio 2014, n. 5684, in *Riv. it. med. legale*, 2014, 2, 593 ss., con nota di A. SALERNO, *Responsabilità medica in équipe: cooperazione colposa, posizione di garanzia degli organi apicali e principio di auto-responsabilità dei singoli cooperanti*, ivi, 595 ss.

³⁵¹ V. Cass. pen., Sez. IV, 15 dicembre 2016, n. 53315, in *C.E.D.*, Rv. 269678-01.

³⁵² Su tutte, v. Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 2019, n. 30626, in *C.E.D.*, Rv. 276792-01.

Infatti, mentre il medico che commette un errore nell'esecuzione della sua delicata attività sanitaria solitamente viola una regola di perizia standardizzata, il collega che non riconosce l'errore del proprio compagno di lavoro, viceversa, viola una regola relazionale o situazionale non tipizzabile per natura. Questa circostanza costringe l'interprete ad accertare la responsabilità colposa per omesso impedimento dell'altrui imperizia tramite la ricerca di norme cautelari non scritte, individuabili facendo proprio ricorso alla figura *ideale* dell'agente modello, che – come già osservato – ha il potere di trasformare l'*imprevedibile* in *prevedibile*³⁵³.

È quanto accade per esempio nelle ipotesi di cooperazione multidisciplinare non contestuale, dove – in alcuni casi – la prevedibilità assume addirittura una prospettiva causale, laddove si ritenga che la responsabilità del primo operatore sanitario persista unitamente a quella del soggetto intervenuto successivamente, a meno che la condotta di quest'ultimo non abbia carattere di *eccezionalità* ed *imprevedibilità*³⁵⁴.

Alla luce di ciò, si può quindi sostenere che uno dei principali motivi per cui il principio di affidamento è costantemente sconfessato dalle sue eccezioni è rappresentato dal fatto che esso spesso viene invocato in sede di accertamento di elementi oggettivi del reato (quale è il nesso di causalità) o della colpa (quale è la prevedibilità).

Procedendo in questo modo, però, si tralascia di considerare la dimensione soggettiva della colpa, nel cui ambito, forse, il principio di affidamento può davvero trovare il suo *habitat naturale*, dal momento che, in fin dei conti, il suo riconoscimento consente proprio di confinare l'obbligo di diligenza del singolo sanitario entro i limiti compatibili con la necessaria natura *soggettivamente* personale della responsabilità penale, come sancito dall'art. 27 della Costituzione.

5.3. Oltre la responsabilità individuale. La colpa di organizzazione come colpa per fatto proprio o per fatto altrui?

Esaminato il rapporto tra colpa, reati omissivi impropri e cooperazione colposa, si può senz'altro concludere che la dimensione collettiva e parcellizzata di molte

³⁵³ Il principio di affidamento, in questo modo, risulterebbe completamente assorbito dalla prevedibilità dell'evento. Sulla superfluità del principio di affidamento, v. M.C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula negativa del giudizio di prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, 204 s.

³⁵⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 12 maggio 2021, n. 24895, in *C.E.D.*, Rv. 281487-01.

Sulla connotazione prevalentemente causale del principio di affidamento nella giurisprudenza di legittimità, *amplius* S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, cit., 592 s.

CAPITOLO SECONDO

delle attività rischiose non agevola l'accertamento delle responsabilità individuali, che spesso rischiano di trasformarsi in responsabilità per *fatto altrui*.

In effetti, soffermandoci più sulla sostanza e meno sulla forma, ci si accorge che, di fronte a un numero di condotte sempre più interdipendenti e frammentate, il potere di decisione del singolo è progressivamente soppiantato da quello del gruppo o dell'organizzazione in cui l'azione o l'omissione individuale si inserisce. In un siffatto contesto, l'eventuale verifica dell'evento infausto altro non è che una conseguenza della macro-azione o macro-omissione collettiva. Il *fatto altrui*, dunque, è il *fatto della realtà organizzativa di appartenenza*.

La distinzione tra la responsabilità individuale e quella collettiva risulta molto complicata qualora la struttura organizzativa di riferimento si regga su interazioni plurisoggettive di tipo orizzontale (ad es., *l'équipe* medico-chirurgica) o verticale (ad es., il rapporto datore di lavoro-dipendente all'interno di un'impresa di piccole o medie dimensioni). In questo caso, la dimensione individuale non prevale su quella collettiva, né accade il contrario. La decisione finale appare come la somma delle decisioni di un certo numero di persone, determinato e non esageratamente elevato. Rispetto a tali situazioni, perciò, il *fatto altrui* non è tanto il fatto *collettivo*, quanto piuttosto il fatto *comune*.

La distinzione risulta, invece, più agevole quando l'entità organizzativa di riferimento possiede una complessità tale – perché, per es., fondata su una molteplicità di apparati sovraindividuali, come nel caso di una multinazionale – per cui si possa ritenere che la decisione finale non provenga tanto dalla somma delle decisioni di più persone, ma semmai derivi dall'insieme di conoscenze, informazioni e strategie che solo il gruppo, nel suo inseparabile insieme, può possedere. In questo caso, quindi, il *fatto* è *davvero altrui*, tant'è che è possibile ravvisare una responsabilità *diretta dell'organizzazione, autonoma da quella individuale*.

Nel primo caso, allora vi è un'unica responsabilità collettiva, che assume la forma di una *responsabilità plurisoggettiva delle persone fisiche*; nel secondo, invece, la responsabilità individuale si distingue e si aggiunge a quella *autonoma e diretta dell'ente*³⁵⁵.

Nel nostro ordinamento, fino alla fine del secolo scorso, la responsabilità autonoma dell'ente dipendente da fatti di reato non era contemplata né contemplabile, in forza dell'insindacabile principio secondo cui *societas delinquere non potest*.

³⁵⁵ Su quest'ultima distinzione, v. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, in *St. iuris*, 2006, 12, 304.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Dopo una lunghissima resistenza, tale principio crolla con l'avvento del nuovo millennio, quando nel 2001, mediante l'adozione del decreto legislativo n. 231, il Governo delegato – uniformandosi alle legislazioni di quasi tutti i paesi occidentali sia di *Common Law* che di *Civil Law* – introduce la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.

Le persone giuridiche private e le associazioni prive di personalità giuridica³⁵⁶, nonché gli enti pubblici economici, nel cui interesse o vantaggio un soggetto in posizione apicale o subordinata abbia realizzato uno dei reati-presupposto indicati in un apposito elenco tassativo, commettono un illecito amministrativo punito con sanzioni pecuniarie e interdittive irrogate dal giudice penale competente per il reato-presupposto.

A partire dal giorno successivo all'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate sulla reale natura di questa responsabilità.

Definita espressamente come “amministrativa” (probabilmente per evitare possibili contrasti proprio con il principio in base al quale *societas delinquere non potest* e, quindi, con l'art. 27, comma 1, Cost.), la responsabilità degli enti oggi è pacificamente intesa come una responsabilità avente carattere punitivo, al di là dell'etichetta affissa dal legislatore. Secondo alcuni, si tratta di una responsabilità *sostanzialmente* penale³⁵⁷; secondo altri, si tratta, invece, di un *tertium genus* di responsabilità³⁵⁸.

Quest'ultimo è l'indirizzo interpretativo fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità, che dalla c.d. sentenza ThyssenKrupp³⁵⁹ in poi³⁶⁰, riconosce nella responsabilità degli enti un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, con evidenti ragioni di contiguità più con il primo che con il secondo, «a causa della connessione con la commissione di un reato (che ne costituisce il primo presupposto), della severità dell'apparato sanzionatorio, delle

³⁵⁶ Fatta eccezione per lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, ex art. 1, comma, 1, d.lgs. 231/2001.

³⁵⁷ Tra i primi a sostenere che la responsabilità degli enti abbia natura *sostanzialmente penale* si segnala C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845.

³⁵⁸ Si veda, per es., A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 241 s.

³⁵⁹ Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit. Vd. R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”*, in *Le Società*, 2015, 2, 219 ss.

³⁶⁰ Da ultimo, v. Cass. pen., Sez. un., 6 aprile 2023, n. 14840, in *C.E.D.*, Rv. 284273-02, che esclude la possibilità di estendere il meccanismo di estinzione del reato della messa alla prova anche agli enti, in quanto la responsabilità di questi ultimi è riconducibile ad un *tertium genus*, non trovando perciò applicazione il trattamento sanzionatorio *propriamente* penale. Vd. anche Cass. pen., 18 aprile 2023, n. 25764, in *Giur. pen.* (web), secondo cui «se i due illeciti [della persona fisica e dell'ente] hanno natura differente, allora può giustificarsi un regime derogatorio e differenziato con riferimento alla prescrizione».

CAPITOLO SECONDO

modalità processuali del suo accertamento», nonché delle garanzie di legalità speculari a quelle proprie del sistema penale.

Se la natura della responsabilità degli enti è penale o quasi penale, allora occorre domandarsi quale sia il rimprovero da muovere all'organizzazione affinché anche la sua responsabilità sia davvero personale. In altre parole, bisogna chiedersi: la responsabilità degli enti per fatti di reato è compatibile con il principio di colpevolezza?

A una prima osservazione la risposta sembra essere di segno negativo, non solo perché la responsabilità in parola è ontologicamente «segnata dalla carenza di “umanità”»³⁶¹ ma anche perché la responsabilità si regge proprio sulla commissione di un fatto altrui, cioè il reato-presupposto commesso da un soggetto apicale o subordinato.

Senonché, proprio il collegamento organico tra questi ultimi soggetti e l'ente genera un legame funzionale che fa sì che «l'ente non [sia] chiamato a rispondere di fatto altrui, bensì di fatto proprio»³⁶².

Tale connessione funzionale sussiste tutte le volte in cui la persona fisica abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Qualora, invece, l'autore del reato-presupposto abbia agito nell'interesse proprio o di terzi, viene meno lo schema dell'immedesimazione organica, con la conseguenza che l'illecito commesso non può più ritenersi come fatto proprio dell'ente³⁶³.

È l'art. 5 del d.lgs. 231/2001 a richiedere che il reato-presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Interesse e vantaggio non sono un'endiadi ma sono criteri di imputazione giuridicamente distinti, «giacché mentre il primo è criterio soggettivo, da valutare “*ex ante*”, e consistente nella proiezione finalistica volta a far consentire all'ente un profitto indipendentemente dall'effettiva realizzazione dello stesso, il secondo è criterio oggettivo, accertabile “*ex post*” e consistente nel concreto vantaggio derivato all'ente dal reato»³⁶⁴.

Il rimprovero nei confronti dell'ente, però, si fonda soprattutto sulla c.d. colpa d'organizzazione, vale a dire sulla mancata o inadeguata adozione di protocolli – chiamati “modelli di organizzazione e di gestione” (c.d. MOG) e ispirati ai

³⁶¹ C.E. PALIERO, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 67.

³⁶² Cfr., di nuovo, Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

³⁶³ V. Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 2015, n. 43689, in *C.E.D.*, Rv. 265378-01, secondo cui, in tal caso, l'eventuale vantaggio conseguito dall'ente non riporta in vigore il nesso funzionale, in quanto il vantaggio sarebbe comunque fortuito, non attribuibile alla volontà della persona giuridica.

³⁶⁴ Così, Cass. pen., Sez. IV, 9 agosto 2018, n. 38363, in *C.E.D.*, Rv. 274320-02

Compliance Programs statunitensi – che siano idonei a prevenire i reati della specie di quelli verificatisi.

L'ente ha l'obbligo giuridico di impedire che i soggetti al servizio dell'organizzazione commettano uno o più dei reati-presupposto indicati nell'elenco tassativo fissato dagli artt. 24 ss. del d.lgs. 231.

L'ente è pertanto titolare di una macro-posizione di garanzia, che non si traduce nel semplice obbligo di controllo o sorveglianza, ma nel dovere (pre-)cautelare di organizzarsi attraverso l'adozione di MOG idonei ad annullare o minimizzare il rischio-reato.

Il dovere di (auto)organizzazione ha natura progettuale, pianificatoria e pedagogica³⁶⁵. Esso consiste innanzitutto nella *predisposizione di una griglia capillare di garanti*, collocati nelle varie fasi del processo decisionale e produttivo. Poi prevede: la *mappatura delle aree dove è più radicato il rischio-reato*; l'*individuazione delle modalità operative* attraverso le quali gli illeciti sono commessi in modo più ricorrente; l'*individuazione dei soggetti più esposti al rischio-reato*.

Dopo aver identificato e valutato il rischio-reato, il protocollo deve passare all'*individuazione delle regole cautelari auto-normate volte a sradicare o ridurre il rischio-reato*. Tali regole comportamentali sono spesso munite di iper-descrittività³⁶⁶ e, per prevenire la loro stessa violazione, sono corredate: da *meccanismi di controllo sulla loro costante adeguatezza* (attraverso l'opera di monitoraggio svolta dagli Organismi di Vigilanza); *meccanismi che favoriscano la scoperta degli illeciti* (si pensi al c.d. *whistleblowing*) e *un sistema disciplinare* teso a sanzionare i comportamenti devianti³⁶⁷.

Alla luce di tale ricostruzione, il dovere di auto-organizzazione, unito a quello di auto-normazione delle regole cautelari dirette a prevenire uno specifico rischio-reato, può essere inteso come una macro-regola cautelare tesa a scongiurare la

³⁶⁵ Cfr. C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 170.

³⁶⁶ La positivizzazione di regole cautelari a contenuto tendenzialmente rigido permette di individuare una certa analogia fra la colpa d'organizzazione e il paradigma della colpa specifica, come notano C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Società*, 2011, 12s, 21 e C. PIERGALLINI, *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, cit., 541.

³⁶⁷ Nel testo sono stati riportati in corsivo i vari contenuti del dovere di auto-organizzazione individuati da C. PIERGALLINI, *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, cit., 527 s.

CAPITOLO SECONDO

realizzazione di reati-presupposto da parte dell'ente³⁶⁸. Proprio la violazione di siffatta regola fonda la c.d. colpa d'organizzazione.

La natura *autenticamente colposa* della responsabilità amministrativa dell'ente non si ravvisa tanto nella situazione in cui l'ente abbia completamente ommesso di adottare il MOG. In questa situazione, infatti, l'ente risponde «per non essersi preoccupato di qualsiasi rischio-reato»: scegliendo di non organizzarsi, l'ente viola integralmente il dovere di auto-organizzazione. Ne consegue che la commissione del reato-presupposto non rappresenta l'evento della macro-condotta colposa tenuta dalla persona giuridica, ma al più gioca il ruolo di causa obiettiva di punibilità³⁶⁹.

Qualora, viceversa, l'ente abbia adottato un MOG che risulti inadeguato, vuoi perché redatto *ab origine* in maniera incompleta o imperfetta, vuoi perché non adeguatamente aggiornato, la verifica del rischio-reato rappresenta davvero l'evento di una condotta tipicamente colposa, accertata dal giudice sulla base di criteri molto simili a quelli utilizzati per valutare la responsabilità delle persone fisiche³⁷⁰.

Nello specifico, «ai fini del giudizio di idoneità del modello di organizzazione e gestione adottato, il giudice è chiamato ad adottare il criterio epistemico-valutativo della c.d. “prognosi postuma”, proprio della imputazione della responsabilità per colpa: deve cioè idealmente collocarsi nel momento in cui l'illecito è stato commesso e verificare se il “comportamento alternativo lecito”, ossia l'osservanza del modello organizzativo virtuoso, per come esso è stato attuato in concreto, avrebbe eliminato o ridotto il pericolo di verifica di illeciti della stessa specie di quello verificatosi, non richiedendosi una valutazione della “*compliance*” alle regole cautelari di tipo globale»³⁷¹.

³⁶⁸ Cfr. C.E. PALIERO, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, cit., 78.

³⁶⁹ Cfr. C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, 209.

Pare comunque opportuno ricordare che nel sistema italiano l'adozione del MOG non costituisce un obbligo ma rappresenta una causa di esclusione della responsabilità, ove il modello, oltre a esistere, si riveli anche adeguato al rischio: cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, cit.

³⁷⁰ Si noti che l'inadeguatezza del MOG non integra da sola la responsabilità dell'ente, in quanto «non è elemento costitutivo della tipicità» ma costituisce «un *indizio* della colpa di organizzazione, che *deve* essere provata e, quindi, *ex adverso*, può essere confutata sulla base dell'“universo delle evidenze” emerse nel processo». Così, rispettivamente, Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413, in *Cass. pen.*, 2023, 10, 3342 ss. e la relativa annotazione di C.E. PALIERO, *Colpa penale e colpa di organizzazione: analogie, epifanie e dissolvenze*, ivi, 3349.

³⁷¹ Così, Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401, in *C.E.D.*, Rv. 283437-01, che scrive l'ultimo capitolo dell'annosa saga “Impregilo”. *Ex plurimis*, v. note di: F. CENTONZE, *Il crimine dell'“attore decisivo”, i limiti della compliance e la prova “certa” della colpa di organizzazione. Riflessione a margine della sentenza “Impregilo”*, in *Cass. pen.*, 2022, 12, 4383 ss.; E. FUSCO, C.E. PALIERO, *L'“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*,

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

Il rischio-reato deve pertanto cadere nel «cono proiettato dalla funzione preventiva della cautela o del protocollo eluso»³⁷². Occorre cioè che il reato-presupposto consumatosi corrisponda proprio a quel rischio-reato che il protocollo modello avrebbe adeguatamente fronteggiato.

La colpa di organizzazione, pertanto, al pari di quella individuale, si fonda non solo sull'inosservanza di una norma di diligenza, ma anche sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento³⁷³.

Il grado di colpevolezza dell'ente può comunque variare a seconda del "tipo" di autore del reato-presupposto.

Quando il reato risulta commesso da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (*ex art. 5, comma 1, lett. a), del d.lgs. 231*), la colpa organizzativa sembra smarrire la sua natura di colpa propriamente intesa, identificandosi/confondendosi invece con l'elemento psicologico del soggetto di vertice, che nella maggioranza dei casi consiste nel dolo e non nella colpa. «Il *dolo* dell'amministratore coinciderebbe, in definitiva, più che con la colpa organizzativa, con il "*dolo*", magari in forma "*eventuale*", dell'ente, visto che il reato risulterebbe espressivo della sua politica/cultura di impresa»³⁷⁴.

Se, invece, il reato-presupposto è stato commesso da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di un soggetto apicale (*ex art. 5, comma 1, lett. b) del d.lgs. 231*), allora la colpa organizzativa si traduce davvero in una responsabilità colposa, di tipo omissivo³⁷⁵, in quanto la commissione del reato si è resa possibile a

in *Sist. pen.*, 27 settembre 2022; C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *Sist. pen.*, 27 giugno 2022.

Da ultimo, vd. Cass. pen., Sez. V, 19 maggio 2023, n. 21640, in *C.E.D.*, Rv. 284675-01, con note di E. MEZZETTI, *L'accertamento della causalità in tema di colpa organizzativa quale (nuovo) criterio di imputazione della responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1343 ss. e R. SABIA, *Non c'è responsabilità (corporativa) senza colpa (di organizzazione). La Cassazione ribadisce la metodologia di accertamento delineata nel caso Impregilo bis*, in *Giur. it.*, 2024, 2, 413 ss.

³⁷² V. MONGILLO, *Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo*, cit., 960.

³⁷³ Sulla configurabilità del requisito dell'esigibilità nella c.d. colpa organizzativa, v. C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Società*, 2015, 1, 1291.

³⁷⁴ C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 215.

Si noti poi che, stando alla lettera dell'art. 6, quando il reato è commesso dai soggetti apicali, è l'ente che deve dimostrare l'adeguatezza del MOG. Per fugare qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale, la Corte di cassazione – attraverso un'interpretazione che va ben oltre la portata semantica dell'art. 6 – sostiene che spetti comunque all'accusa provare l'inadeguatezza, in quanto l'adozione del MOG «integra una presunzione legale di assenza di colpa di organizzazione» (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre, 2021, n. 32899, cit.).

³⁷⁵ Sulla prossimità dell'illecito dell'ente al tipo omissivo colposo improprio, cfr., *ex multis*, V. MONGILLO, *La responsabilità tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 134 ss. e 425 ss.

causa di un *omesso controllo*, provocato, come afferma lo stesso art. 7, comma 1, del d.lgs. 231, dall'*inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*.

Può infine accadere che il reato-presupposto sia commesso da soggetti ignoti³⁷⁶.

In questo caso, si potrebbe essere indotti a sostenere che la mancata individuazione dell'autore del reato costituisca da sola la prova regina della colpa dell'ente: il MOG è talmente inadeguato e l'ente risulta così disorganizzato, che non è neppure individuabile l'autore materiale della fattispecie incriminatrice.

Tuttavia, non si può ignorare che proprio la difficoltà, se non l'impossibilità, di imputare l'evento ad un soggetto individuabile è una delle caratteristiche delle attività esercitate nell'era della complessità, dove le condotte dei singoli sono reciprocamente dipendenti e frammentate nel tempo e nello spazio³⁷⁷. Proprio l'iper-complessità organizzativa fa assurgere la colpa organizzativa «a criterio “puro” di ascrizione di responsabilità dell'ente»³⁷⁸, depurandola da qualsiasi riferimento alla colpevolezza altrui.

5.3.1. La complicata convivenza tra colpa *dell'organizzazione* e colpa *nell'organizzazione*.

La colpa d'organizzazione, di regola, si lega al dolo dell'autore del reato presupposto.

Ciò non stupisce perché lo stesso Governo delegato, nel 2001, ha costruito il modello di responsabilità degli enti sulla volontà, da parte dei soggetti apicali o subordinati, di agire nell'interesse o a vantaggio dell'organizzazione. Tanto è vero

³⁷⁶ L'incerta identificazione dell'autore materiale del reato-presupposto risulterebbe comunque limitata a una determinata cerchia di soggetti individuabili appartenenti alla *societas*, come rileva A.F. TRIPODI, *Uomo, societas, machina*, in *Leg. pen. (web)*, 10 maggio 2023, 6, ad avviso del quale la punibilità dell'ente per un reato commesso da ignoti «risulta comunque significativo di una “spersonalizzazione” della responsabilità provocata dall'organizzazione collettiva».

³⁷⁷ Si pensi per esempio alla materia dei disastri, dove – in un arco di tempo che può essere anche molto lungo – una serie intricata di condotte dà origine a una serie altrettanto intricata e frammentata di eventi che, accumulandosi tra loro, causano il disastro, come rileva A. GARGANI, *Profili di responsabilità collettiva da reato colposo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 1-2, 63, secondo cui nell'ambito dei disastri ambientali risulta davvero difficile individuare le responsabilità individuali, in quanto appare praticamente impossibile stabilire oltre ogni ragionevole dubbio quale sia la condotta causale che ha determinato l'evento: infatti, in questo ambito spesso «nessuna condotta è causa sufficiente, nessuna condotta è causa necessaria».

³⁷⁸ C.E. PALIERO, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, cit., 82 s.

che, nei primi anni di vita del d.lgs. 231, il novero dei reati-presupposto includeva soltanto reati dolosi³⁷⁹.

Nel corso del tempo le sensibilità sono mutate e, perciò, nel 2007, il legislatore decide di inserire nella lista dei reati-presupposto l'art. 25-*septies*, estendendo per la prima volta la responsabilità dell'ente ai reati colposi, in particolare ai delitti di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. La tendenza a riconoscere rilevanza ai reati colposi risulta poi confermata nel 2011 e nel 2015, quando con l'art. 25-*undecies* la responsabilità organizzativa viene estesa a una serie di ipotesi, anche colpose, di delitti e contravvenzioni ambientali.

L'ingresso della colpa nell'organizzazione costringe l'interprete a un ripensamento di alcuni snodi cruciali della responsabilità corporativa.

Il primo problema riguarda la compatibilità tra la colpa dell'organizzazione e i criteri di imputazione della responsabilità all'ente³⁸⁰.

Se invero il soggetto apicale o subordinato deve commettere il reato-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, «l'immaginare che un fatto (illecito) non voluto dall'autore si possa dire commesso nell'interesse di qualcun altro appare una contraddizione in termini»³⁸¹.

Consapevole che l'interpretazione letterale dei criteri di imputazione avrebbe portato alla radicale caducazione delle previsioni legislative in materia di reati-presupposto colposi³⁸², la giurisprudenza ha trovato una soluzione esegetica fondata su un cambio di prospettiva.

A partire dalla sentenza ThyssenKrupp, infatti, i giudici cominciano a sostenere che «i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antiggiuridico», in quanto «è ben possibile che

³⁷⁹ È, dunque, «la stessa “storia” legislativa del Decreto [a] parla[re] di un modello originariamente pensato (...) al target dei soli reati dolosi»: così, C.E. PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano*, cit., 12.

³⁸⁰ Cfr. M. MANTOVANI, *La colpa dimidiata. Realtà e prospettive*, in *Sist. pen.*, 22 novembre 2023, 3, secondo cui l'inserimento dei reati colposi nel catalogo delle fattispecie-presupposto «si è rivelato portatore di un'inevitabile aporia rispetto ai criteri imputativi che, in base all'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001, (...) governano la genesi [della responsabilità dell'ente]».

³⁸¹ A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 2, 342.

³⁸² Infatti, «non essendo possibile con gli strumenti ordinari forniti dall'ermeneutica giuridica rendere adattabile l'art. 5 comma 1, d.lgs. con l'art. 25 *septies* dello stesso d.lgs. n. 231/2001, si è dovuto far leva, in sede esegetica, unicamente all'argomento apagogico», che consente di escludere una possibile interpretazione quando questa dia luogo ad una disposizione “assurda”, dovendo ritenere il legislatore sempre “razionale”. Sic, G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2013, 14 s.

CAPITOLO SECONDO

l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente. A maggior ragione vi è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente»³⁸³.

Tale orientamento ha avuto origine, si è sviluppato e continua a trovare conferma nelle pronunce sulla responsabilità degli enti dipendente dalla commissione di delitti di omicidio o lesioni colposi aggravati dalla violazione della disciplina antinfortunistica.

In questo settore, l'interesse dell'ente viene solitamente ravvisato tutte le volte che l'omessa o insufficiente predisposizione dei sistemi di sicurezza determini un risparmio di spesa, a prescindere dal suo effettivo raggiungimento³⁸⁴; mentre il requisito del vantaggio viene riconosciuto quando la mancata osservanza della normativa cautelare consente un aumento della produttività³⁸⁵, che può per esempio consistere nella riduzione dei tempi di lavoro³⁸⁶ o nella velocizzazione degli interventi manutentivi³⁸⁷.

Si ritiene poi che i criteri di imputazione sussistano anche «in relazione a una trasgressione isolata dovuta a un'iniziativa estemporanea dell'autore materiale del reato», giacché «la sistematicità della violazione non rileva quale elemento della fattispecie tipica dell'illecito dell'ente: l'art. 25-*septies* [infatti] non richiede la natura sistematica delle violazioni alla normativa antinfortunistica per la configurabilità della responsabilità dell'ente derivante dai reati colposi ivi contemplati». Sarebbe peraltro «eccentrico rispetto allo spirito della legge ritenere

³⁸³ Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

Secondo M. MANTOVANI, *La colpa dimidiata*, cit., 5, il cambio di prospettiva dall'evento alla condotta fa sì che «quest'ultimo non rechi più l'impronta di elemento costitutivo del fatto, ma viene degradato a mera condizione obiettiva di punibilità».

³⁸⁴ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 9 agosto 2018, n. 38363, in *C.E.D.*, Rv. 274320-01

³⁸⁵ Cfr., per es., Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 2016, n. 24697, in *C.E.D.*, Rv. 268066-01.

Vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 31210, in *C.E.D.*, che precisa: «l'interesse dell'ente «ricorre quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di far conseguire un'utilità alla persona giuridica; ciò accade, per esempio, quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito, non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa: pur non volendo (quale opzione dolosa) il verificarsi dell'infortunio in danno del lavoratore, l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente (ad esempio, far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione)».

³⁸⁶ Si veda, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 17 aprile 2019, n. 16598, in *C.E.D.*, Rv. 275570-01.

³⁸⁷ Vd. Cass. pen., Sez. IV, 8 luglio 2019, n. 29538, in *C.E.D.*, Rv. 276596-03.

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

irrilevanti tutte quelle condotte non espressive di una politica aziendale di sistematica violazione delle regole cautelari»³⁸⁸.

Quest'ultima lettura della responsabilità corporativa lascia intendere che anche la non preordinata e inconsapevole violazione della regola cautelare da parte del datore di lavoro assuma rilievo ai fini della colpa d'organizzazione, sebbene – a ben vedere – solo la colpa cosciente (o con previsione) dell'autore materiale della condotta colposa appaia compatibile con il concetto, valutabile *ex ante*, di “interesse”³⁸⁹. Ragione per cui attenta dottrina sostiene che, per verificare la sussistenza della responsabilità *doppiamente colposa* dell'ente, sia inevitabile utilizzare il criterio, valutabile *ex post*, del “vantaggio”³⁹⁰.

La seconda questione meritevole di attenzione riguarda la problematica distinzione tra colpa individuale e colpa organizzativa.

La difficoltà risiede principalmente nella corretta delimitazione tra le regole cautelari contenute nel MOG, rivolte all'ente, e le regole cautelari previste dalle apposite discipline sulla sicurezza del lavoro e sulla tutela dell'ambiente, indirizzate alle persone fisiche al servizio dell'ente.

Esclusa la loro sostanziale coincidenza³⁹¹, dovendo valorizzare il principio di personalità della responsabilità penale anche nei confronti delle *societates*, la dottrina individua l'autonomia strutturale della colpa organizzativa nella distinta area di rischio che l'ente è chiamato a governare³⁹². Mentre le regole cautelari in

³⁸⁸ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2020, n. 29584, in *C.E.D.* Di segno contrario, anche se in materia di reati colposi ambientali, Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2020, n. 3157, in *C.E.D.*, Rv. 278636-01, secondo cui la responsabilità dell'ente derivante dai reati colposi è configurabile «qualora sia stata sistematicamente violata la normativa cautelare con conseguente oggettivo interesse o vantaggio per l'ente».

³⁸⁹ Si vedano, *ex multis*, M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, 122 s. e G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici, comparatistici*, Pisa, 2012, 385.

T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 706 nota come nella prassi applicativa sia difficile riscontrare delle ipotesi di colpa cosciente in capo al datore di lavoro, «dato il consueto originare della colpa da condotte inconsapevolmente negligenti, imprudenti o imperite, ovvero da valutazioni inadeguate del rischio».

Anche nella giurisprudenza di merito si fa strada la tesi secondo cui la violazione delle norme antinfortunistiche deve essere sempre cosciente e volontaria: «in caso contrario non si potrebbe determinare il perseguimento di un interesse» da parte dell'ente di riferimento. Cfr. Trib. Bari, 9 giugno 2021, Sirti s.p.a., in *Sist. pen.*, 7 settembre 2021. Vd. anche la relativa nota di M. VIZZARDI, *Infortuni sul lavoro e d.lgs. 231/2001: il Tribunale di Bari esclude la responsabilità di una impresa per mancanza di “interesse o vantaggio” dell'ente nella commissione di un omicidio colposo*, *ivi*.

³⁹⁰ Cfr. G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, *cit.*, 36.

³⁹¹ La sostanziale coincidenza risulta sostenuta, in maniera isolata, da G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 281.

³⁹² Cfr. C.E. PALIERO, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, *cit.*, 86.

CAPITOLO SECONDO

senso stretto sono volte a prevenire uno specifico tipo di eventi, le regole (più *cautelative* che *cautelari*) previste dai piani di *compliance* sono dirette a prevenire uno specifico tipo di rischio-reato, inserendosi «in una prospettiva progettuale e strategico-sistemica di gestione ed analisi del rischio»³⁹³.

Solo attraverso questa distinzione si creano i presupposti per dividere il MOG dal Documento di Valutazione dei Rischi (DVR), previsto dall'art. 28 del d.lgs. 81/2008, che obbliga il datore di lavoro a valutare tutti i rischi a cui sono soggetti i lavoratori che operano nella sua impresa.

Il MOG e il DVR sono tra loro correlati, atteso che l'idoneità del primo è condizionato dall'adeguatezza del secondo. Tuttavia, è possibile distinguere i due piani, non solo perché, a differenza del MOG, il DVR è obbligatorio, ma anche perché il DVR fissa una serie di regole cautelari consolidate, sotto il profilo tecnico-scientifico, nonché riconosciute a livello normativo, mentre il MOG contiene regole di natura più organizzativa e soprattutto auto-riconosciute. Proprio il connotato etero-normato del DVR, diversamente da quello auto-normato del MOG, infine, fa sì che il DVR possa beneficiare di una presunzione di adeguatezza, data appunto dal fatto che è la stessa legge o qualche fonte di *soft law* a prevedere le regole cautelari ivi contenute³⁹⁴.

Se sul piano sostanziale la distinzione tra colpa individuale e colpa organizzativa risulta comunque difficoltosa a causa di una residuale ma inevitabile sovrapposizione di funzioni e strutture, la delimitazione tra le due forme di colpa si mostra sicuramente più netta sul versante processuale.

³⁹³ Sic, A. GARGANI, *Profili di responsabilità collettiva da reato colposo*, cit., 57. Dunque, rispetto alla colpa organizzativa «l'evento da prevenire tramite l'adempimento del dovere (pre-cautelare) di organizzazione non è più l'evento colposo (...) ma l'inosservanza delle regole cautelari idonee ad evitarlo»: M.A. MANNO, *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, 167.

Sulla dimensione progettuale delle regole cautelari contenute nei MOG e, più in generale, sulla distinzione tra la colpa organizzativa e la colpa individuale nel settore della sicurezza sul lavoro, cfr. V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A. FIORELLA, V. MONGILLO, A.M. STILE (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 19 ss.

³⁹⁴ Sulla distinzione tra DVR e MOG, *amplius*, A. GARGANI, *Profili di responsabilità collettiva da reato colposo*, cit., 57 ss.

Una presunzione di adeguatezza si può ravvisare anche nei confronti delle regole organizzative contenute nella parte del MOG dedicata alla gestione della salute e sicurezza sul lavoro. Infatti, l'art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008 prevede che, in sede di prima applicazione, «i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti».

LA COLPA E LE ATTIVITÀ A RISCHIO CONSENTITO

La responsabilità dell'ente è autonoma da quella della persona fisica innanzitutto perché essa sussiste anche quando l'autore materiale del reato-presupposto non è stato identificato, non è imputabile o il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia³⁹⁵; inoltre, perché, «per affermare la responsabilità dell'ente, non è necessario il definitivo e completo accertamento della responsabilità penale individuale, ma è sufficiente un mero accertamento incidentale, purché risultino integrati i presupposti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 5, 6, 7 e 8 del medesimo decreto»³⁹⁶.

L'autonomia, dunque, opera anche sul piano probatorio, agevolando soprattutto l'accertamento del nesso causale, atteso che «è decisamente più facile instaurare un nesso di derivazione del macro evento offensivo dalla colpa di organizzazione dell'ente, piuttosto che dalla condotta individuale incauta»³⁹⁷.

Il terzo e ultimo nodo problematico degno di menzione concerne il requisito di “elusione fraudolenta”.

L'art. 6, comma 1, lett. c), del d.lgs. 231 esonera l'ente dalla responsabilità tutte le volte che il reato-presupposto sia stato commesso da un soggetto apicale eludendo fraudolentemente il MOG.

L'elusione fraudolenta – «non necessariamente coincidente con gli artifici e raggiri» previsti per il delitto di truffa *ex art. 640 c.p.* – «richiede necessariamente una condotta ingannevole e subdola, di aggiramento e non di semplice “frontale” violazione delle prescrizioni adottate»³⁹⁸.

Già considerata come un “corpo estraneo” rispetto al modello di costruzione della responsabilità corporativa fondato sulla colpa organizzativa³⁹⁹, tale causa di esclusione della punibilità appare *in toto* inapplicabile qualora il reato-presupposto

³⁹⁵ In giurisprudenza l'autonomia della responsabilità amministrativa è stata evocata soprattutto in relazione all'estinzione del reato-presupposto per prescrizione. Vd. Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, in *C.E.D.*, Rv. 278963, secondo cui «l'imputato del reato presupposto dichiarato prescritto, ove pure rivesta in esso un ruolo apicale, non ha un interesse giuridicamente qualificato ad ottenere una valutazione nel merito del compendio probatorio, al fine di ottenere una pronuncia di proscioglimento che indirettamente produca effetti in favore dell'ente, poiché la responsabilità amministrativa grava su un soggetto diverso ed è retta dal principio di autonomia rispetto a quella penale». Da ultimo, v. anche Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 2023, n. 25764, in *C.E.D.*, Rv. 284915-02, che ha escluso che la disciplina della prescrizione dell'illecito dell'ente (derogatoria rispetto al regime previsto per le persone fisiche) contrasti con le garanzie convenzionali relative alla *matière pénale*, di cui all'art. 6 CEDU, «in considerazione dell'autonomia dell'illecito dell'ente rispetto al reato presupposto e della maggiore complessità del relativo accertamento».

³⁹⁶ Così, Cass. pen., Sez. IV, 9 agosto 2018, n. 38363, in *C.E.D.*, Rv. 274320-03.

³⁹⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020, 351.

³⁹⁸ In questo senso, Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677, in *C.E.D.*, Rv. 257987-01.

³⁹⁹ Sul punto si rinvia a E. FUSCO, C.E. PALIERO, *L'“happy end” di una saga giudiziaria*, cit., 18 ss.

CAPITOLO SECONDO

sia esso stesso colposo, dal momento che l'intrinseca connotazione decettiva dell'elusione presuppone un comportamento doloso del soggetto apicale.

Anche laddove si riuscisse, attraverso un'elaborata operazione ermeneutica, ad applicare la causa di non punibilità alle ipotesi in cui il reato presupposto sia colposo, non si potrebbe comunque trascurare come tutte le altre interpretazioni, fornite dalla giurisprudenza per non rendere ineffettiva la responsabilità organizzativa dipendente da reati colposi, si pongano davvero ai limiti del rispetto del principio di legalità.

Invero, soprattutto con riferimento alla prima questione trattata, vale a dire quella attinente ai criteri imputativi della colpa organizzativa fondati sull'interesse e sul vantaggio, appare assai problematico conciliare la condotta individuale involontaria con una razionalità di scopo e, in particolare, con un fine organizzativo rivolto al profitto economico, se non attraverso alterazioni del dato normativo che, in fin dei conti, depauperano i principî del diritto penale⁴⁰⁰.

Per tali ragioni, occorre tenere alta l'attenzione sulla responsabilità amministrativa degli enti, che – è bene ricordarlo – possiede pur sempre una natura *sostanzialmente* penale.

In fondo, l'autonomia tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa comporta sì delle differenziazioni su diversi piani, ma non intacca il piano del rispetto dei principî fondamentali, la cui flessibilizzazione, pertanto, non può che far sorgere le medesime perplessità scaturite dall'esame dei singoli elementi della colpa individuale.

Insomma, la responsabilità oggettiva, con le sue insidie e i suoi camuffamenti, rimane sempre in agguato.

⁴⁰⁰ Si vedano G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, cit., 16, 23 e V. TORRE, voce *Organizzazioni complesse e reati colposi*, cit., 900.

CAPITOLO TERZO

LA VITTIMA DEL RISCHIO

L'auto-responsabilità alla prova dei fatti

SOMMARIO: 1. Il ritorno alla centralità della vittima. – 2. La lenta affermazione del principio di auto-responsabilità e i tentativi di inquadramento nella teoria del reato. – 3. Uno sguardo alla casistica. – 3.1. L'auto-esposizione al rischio nell'esercizio di attività ludico-sportive. – 3.1.1. Montagna, rischio e responsabilità. – 3.2. Il lavoratore come partecipe consapevole della propria sicurezza. – 3.3. La condotta incauta della vittima della strada. – 4. L'auto-responsabilità in caso di concorso (apparente) di colpe: un'ipotesi ricostruttiva.

1. Il ritorno alla centralità della vittima.

Il fatto «che la vittima non possa incidere sulla sua sorte e su quella del reo o sull'indennizzo e sulla pena e neppure sulle modalità con cui conduce e si risolve il conflitto, è il punto cruciale del monopolio statale della violenza nella relazione tra il reo e la vittima»¹.

In effetti, una volta abbandonate le dinamiche vendicative delle prime civiltà, dove la vittima e suoi familiari, sostenuti dal gruppo di appartenenza, reagivano in via autonoma e privata all'offesa ricevuta, con l'avvento dell'idea di Stato i crimini hanno cessato di essere una mera ingiuria privata per diventare una trasgressione della legge e, quindi, un *insulto* a chi l'ha emanata², cioè alla sacra figura del Sovrano, e, da qualche tempo a questa parte, all'altrettanto sacro ma indistinto Popolo, come rappresentato dal Parlamento.

Dunque, il passaggio dal sistema della vendetta privata a quello della pena pubblica segna "l'uscita di scena" della vittima, che viene così rimpiazzata, sotto il profilo procedurale – e, in particolare, nell'azione giudiziaria, nelle indagini e nel giudizio vero e proprio – dagli *agenti della sovranità statale*, vale a dire dal pubblico ministero e dal giudice³.

¹ Così, il penalista, filosofo e sociologo del diritto, nonché giudice costituzionale tedesco W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. it., Bologna, 2012, 235.

² Si vedano A. GARAPON, D. SALAS, *La repubblica penale*, cit., 14.

³ *Ibidem*.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Sotto il profilo sostanziale, poi, gli interessi individuali della vittima risultano assorbiti per intero dal concetto di bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici, quale interesse tutelato dall'ordinamento in modo oggettivo, astratto e impersonale⁴.

Nel diritto penale classico, quindi, si registra una vera e propria *marginalizzazione* della vittima⁵, tant'è che la stessa parola "vittima" è tradizionalmente «estranea al glossario giuridico penale di fonte sia dottrinale che legislativa»⁶.

Tale vocabolo viene sostituito dalle locuzioni "soggetto passivo", "persona offesa" o "persona danneggiata": formule che ben esprimono la concezione del reato come fenomeno unilaterale posto in essere dall'agire di un solo soggetto ai danni di un altro che si limita a "patire" la situazione⁷.

Il protagonista del diritto penale classico, infatti, non è la vittima del reato, bensì il suo autore, a favore del quale l'ordinamento riconosce un universo di garanzie, frutto dell'esaltazione del pensiero illuminista e liberale.

In questo modo, le aspirazioni vendicative della vittima vengono silenziate mediante il loro assorbimento in quelle, decisamente più astratte, della generalità dei consociati, assumendo che la condanna e la pena riescano sia a restaurare l'ordine giuridico sia a riparare la lesione subita dalla vittima stessa⁸.

Tale assunto, tuttavia, oggi appare vacillare più che mai.

⁴ Cfr. C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica*, in *Criminalia*, 2021, 210 e M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 3. Amplius, A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altro?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1061 ss.

⁵ Secondo W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 223, si tratta di una vera e propria "neutralizzazione", senza la quale neppure esisterebbe lo Stato moderno, che, relegando all'irrelevanza il ruolo della vittima, è riuscito ad assumere il monopolio della violenza nell'amministrazione della giustizia.

⁶ M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 3.

⁷ Vd. S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1151. Sul concetto di "vittima", "soggetto passivo", "persona offesa" e "persona danneggiata" e sulle relative distinzioni, si rinvia a M. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 996 ss.

⁸ Cfr., *ex multis*, E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 12 s.

CAPITOLO TERZO

A partire dalla metà del '900⁹, a causa di una vera e propria *irruzione delle vittime* sulla scena pubblica¹⁰, il paradigma reo-centrico inizia a perdere la centralità che lo ha contraddistinto per molti secoli.

La riscoperta della vittima è innescata e alimentata da impulsi di diversa provenienza.

Un ruolo centrale è senz'altro svolto dai mezzi di comunicazione di massa (i cc.dd. *mass media*). Le loro *impetuose* (e a tratti *impietose*) rappresentazioni delle più disparate situazioni criminali innescano un processo di *identificazione induttiva* nella vittima da parte dello spettatore o utente medio, «così da corroborare quel “*clima della paura*”, espressivo del “*panico sociale*” che oggi tiene banco nelle rappresentazioni politico-sociali della devianza “da sviluppo” e da “globalizzazione”»¹¹.

Inevitabilmente, il *clima della paura* – generato, veicolato e amplificato dalle sensazionalistiche narrazioni dei *media* – invade lo spazio pubblico, dove le grida di dolore e le rivendicazioni delle vittime catturano l'attenzione del legislatore, sempre più stretto tra le ormai incontenibili domande di sicurezza e la costante ricerca del consenso.

L'emotività arriva così a orientare le scelte di politica criminale¹². Il bisogno di punizione, esaltato dalle pressioni provenienti dalla costellazione di associazioni rappresentative della variegata comunità delle vittime¹³, viene dunque intercettato dal legislatore, che trasforma il diritto penale liberale in un diritto à

⁹ Vd. T. PITCH, A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, cit., 117, secondo cui la centralità della vittima trova la sua genesi «nella tragedia disumanizzante della Shoah» e il «suo punto di emersione nel processo Eichmann celebrato a Gerusalemme nel 1961».

¹⁰ A. GARAPON, D. SALAS, *La repubblica penale*, cit., 13.

¹¹ Così, C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., 503, che aggiunge: «le rappresentazioni (non solo mediatiche!) del crimine diventano il crimine con cui ciascuno di noi si confronta quotidianamente, a prescindere dalle reali esperienze individuali».

¹² Come già evidenziato nel primo capitolo, non si può poi trascurare il fatto che «la vittima è il referente privilegiato di ogni politica criminale populistica – quando non “plebeistica” – soprattutto laddove essa diventi la bandiera di un apparente rinnovamento morale-politico» (così, G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *disCrimen*, 27 ottobre 2020).

¹³ T. PITCH, A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, cit., 118 denunciano «l'esistenza di un vero e proprio arcipelago di Associazioni di familiari delle “vittime di” eventi di ogni tipo, spesso incommensurabili: dell'immigrazione, ma anche della caccia; della mafia, ma anche delle sette religiose o del precariato. Un fenomeno associativo dove si trova di tutto e di più, finanche gruppi con identica finalità statutaria in *concorrenza* tra loro (come le tante Associazioni di familiari di vittime della strada) o *contrapposte* (come l'Associazione tra familiari di vittime delle Forze dell'Ordine e le molte associazioni di familiari di vittime del Dover)».

la page, simbolico, ideologico e, ormai, completamente slegato dalla funzione general-preventiva della pena¹⁴.

Tale tendenza porta all'ingresso nel sistema penale di leggi più o meno implicitamente *victim oriented*, che – al di là del merito – snaturano il diritto criminale, trasformandolo in una legislazione prettamente “casistica” e, per l'effetto, lacunosa¹⁵.

La graduale riconversione del reato «da violazione di norme dell'ordinamento penale a lesione di vittime concrete»¹⁶ risponde non solo a *inputs* interni, ma riflette anche lo spiccato interesse che da tempo le fonti sovranazionali mostrano di possedere nei confronti della persona offesa del reato¹⁷.

Si pensi, per esempio, a: la decisione quadro n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 in ordine alla posizione della vittima nel procedimento penale, con la previsione di specifiche misure a tutela della c.d. vittima vulnerabile¹⁸; la direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004, che contiene una serie di prescrizioni affinché ogni Stato membro garantisca un equo indennizzo alle vittime di reati intenzionalmente violenti che non riescano a ottenere il risarcimento del danno da parte dell'autore del reato, indipendentemente dallo Stato di residenza della vittima o dallo Stato di commissione del reato¹⁹; la direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011, in materia

¹⁴ Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 31, ad avviso del quale «l'uso e l'abuso del c.d. paradigma vittimario, frutto del diritto penale emozionale e compassionevole, ha fatto sì che lo stato di vittima sia diventato desiderabile nella realtà d'oggi. I diritti della vittima sono potenzialmente infiniti e il credito morale di cui la vittima gode rende sempre giusta la sua causa. Diventa così necessario dare una risposta giuridico-processuale alle vittime e con ciò si alimenta e si espande il bisogno di punire».

Vd. anche C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo*, cit., 216, secondo cui «un potentissimo strumento di pressione sulle scelte di politica criminale è incarnato anche dalla retorica delle minoranze» in cui si identificano le vittime.

¹⁵ Sul punto, si veda M. VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 12 s., il quale cita, come esempi di recenti interventi di riforma nati da specifici e singoli episodi di vittimizzazione a cui è seguita una ricca campagna mediatica, l'introduzione dell'art. 612-ter c.p. (che punisce il c.d. *revenge porn*) e la riforma della legittima difesa domiciliare ad opera della legge 26 aprile 2019, n. 36. Sull'onda dell'emotività amplificata dai mezzi di informazioni, di recente, si veda l'adozione del c.d. “decreto *rave party*” (d.l. 31 ottobre 2022, n. 162) e del c.d. “decreto Caivano” (d.l. 15 settembre 2023, n. 123).

¹⁶ Vd. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1764.

¹⁷ M. VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 12 parla di una vera e propria «fucina europea della politica criminale *victim oriented*». Vd. anche ID., *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2012.

¹⁸ Sulla tutela della vittima vulnerabile alla luce delle regole europee, tra gli altri, v. F. TRAPPELLA, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen.* (web), 3 dicembre 2019.

¹⁹ Il tardivo recepimento di tale direttiva da parte dell'Italia, avvenuto soltanto con la legge 7 luglio 2016, n. 122, ha fatto sorgere una serie di intricate questioni relative al diritto al risarcimento del danno per tardiva attuazione della direttiva, risolte definitivamente da Cass. civ., Sez. III, 24 novembre 2020, n. 26757, in *C.E.D.*

CAPITOLO TERZO

di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; la direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime a protezione dei diritti e dell'assistenza delle vittime di reato²⁰.

«Alla vittima attraverso gli strumenti di armonizzazione dell'Unione europea sono stati così riconosciuti veri e propri diritti soggettivi»²¹, la cui espansione è tra l'altro destinata a una costante crescita, grazie all'art. 82, par. 2, lett. c) del TFUE, che esplicitamente ricomprende “i diritti delle vittime della criminalità” tra le materie in cui il Parlamento europeo e il Consiglio possono emanare direttive.

L'attenzione europea verso le vittime si traduce soprattutto in politiche improntate alla promozione della *sicurezza*, quale bene strumentale alla tutela dei più disparati diritti²².

Proprio la ricerca della *sicurezza* contraddistingue la nostra epoca, al punto che la naturale domanda di *sicurezza dei diritti*, rivolta allo Stato dai cittadini intesi come parte di una collettività che intende vivere in ordine e armonia, si trasforma nella generale domanda volta al riconoscimento dell'onnicomprendivo *diritto alla sicurezza*, rivolta allo Stato da cittadini che si sentono non tanto parte di una comunità, quanto vittime (a volte semplicemente potenziali) di un pericolo percepito come particolarmente insidioso in un dato momento storico.

Di fronte a fatti lesivi di beni giuridici individuali, che provocano una ferita nella relazione tra autore e vittima, il diritto penale non può certo disinteressarsi completamente di quest'ultima riducendola a mera *spettatrice*, altrimenti lo Stato rinuncerebbe al suo ruolo di pacificatore sociale²³.

Ciò che invece appare discutibile è il fatto che alla vittima, quale titolare del diritto alla riparazione²⁴, possa o debba essere riconosciuto anche il diritto di orientare la risposta penale: diritto che rischia di far scivolare lo Stato sociale in

²⁰ Tale direttiva, di recente, è oggetto di una proposta di riforma presentata dal Consiglio per stabilizzare e rafforzare le norme minime previste dalla direttiva del 2012: cfr. la proposta di direttiva 2023/0250 (COD) del 24 maggio 2024.

²¹ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1769.

²² Qui basti citare l'intricato quadro normativo costruito negli anni dall'UE in materia di sicurezza alimentare, quale bene strumentale alla tutela della salute e degli interessi dei consumatori.

²³ Sull'*interesse primario della vittima* a che sia fatta giustizia nella vicenda che l'ha vista direttamente coinvolta, v. F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sist. pen.*, 8 marzo 2023, 6.

²⁴ Tale diritto oggi trova la sua massima esaltazione attraverso i meccanismi di giustizia riparativa introdotti nel processo penale dalla c.d. “riforma Cartabia” (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150). *Ex plurimis*, cfr. F. CINGARI, *La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 24 novembre 2023.

uno *Stato penale*²⁵, che perde di vista gli interessi comuni ponendosi al servizio esclusivo delle singole sofferenze private²⁶.

La *centralizzazione* della vittima dipende, quindi, dal perseguimento di politiche punitive rivolte alla massima sicurezza possibile e ispirate a un approccio fortemente paternalistico che, però, a ben guardare, appare direzionato solo nei confronti di alcune vittime.

Per i *media* e per la politica, invero, *c'è vittima e vittima*²⁷.

Non si spiegherebbe altrimenti l'oblio nel quale sono caduti alcuni disastri che, a causa della negligenza di qualcuno, hanno mietuto molti più morti di altri incidenti che, anche a distanza di tanti anni, continuano, al contrario, a essere rievocati e commemorati²⁸. Allo stesso modo, non si spiega altrimenti la faticosa introduzione di alcune fattispecie incriminatrici nonostante la posizione di debolezza chiaramente riconoscibile in capo alla vittima: su tutte, si pensi alla *storia* della tortura, che nel nostro ordinamento ha assunto rilevanza penale soltanto nel 2017, dopo un duraturo tentennamento da parte del legislatore, nonostante una serie di condanne da parte della Corte EDU²⁹ e l'evidente condizione di vulnerabilità della persona torturata³⁰.

²⁵ Si veda G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima*, cit., 9, secondo cui i diritti della persona offesa, «al[la] quale è affidato talora il compito di selezionatore secondario delle istanze punitive mediante querela, quale decisore sul bisogno di pena di un certo fatto», vanno tenuti distinti da quelli della vittima, «che rappresenta a tutti gli effetti un terzo polo di interessi, oltre al reo e alla giurisdizione pubblica, complessivamente considerata».

²⁶ Vd. A. GARAPON, D. SALAS, *La repubblica penale*, cit., 17, secondo i quali ormai «il processo storico si è invertito: non è più tanto la legge comune a essere ferita quanto il corpo straziato della vittima. Se prima si faceva di ogni danno privato un affare di Stato, ora lo Stato si giustifica mettendosi al servizio delle sofferenze private».

²⁷ T. PITCH, A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima*, cit., 121.

²⁸ Anche se risalente, si pensi al più grave incidente ferroviario per numero di vittime accaduto in Italia, il disastro di Balvano, dove, nella notte del 3 marzo 1944, su un treno rimasto bloccato in una galleria della provincia di Potenza, persero la vita circa 600 persone, morte per avvelenamento da monossido di carbonio a seguito di una terribile concatenazione di errori, ritardi e negligenze. La vicenda venne censurata dalle Forze Alleate, che all'epoca dei fatti già controllavano l'Italia meridionale, ma anche alla fine della Seconda Guerra Mondiale, salvo qualche commemorazione locale, tale vicenda cadde completamente nell'oblio. Per una puntuale ricostruzione dei fatti si rinvia al recente lavoro di G.L. BARNESCHI, *Il disastro dimenticato. Treno 8017 Balvano 1944*, Siena, 2024, secondo il quale «questo è il Titanic ferroviario, con la grande differenza che tutto il mondo conosce il Titanic, mentre in Italia questa vicenda è ancora totalmente sconosciuta».

²⁹ Il riferimento è a Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* (v. nota di F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015) e a Corte EDU, 22 giugno 2017, *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia* (v. nota di F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2017).

³⁰ Si veda M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 21, che definisce le vittime di tortura come delle vere proprie *vittime dimenticate*.

CAPITOLO TERZO

L'iper-protezione di alcune vittime si registra anche nel c.d. "diritto vivente", plasmato dal formante giurisprudenziale, che, talvolta, appare più attento a dare una «risposta alle grida di dolore e alle rivendicazioni delle vittime e dei loro famigliari, che all'accertamento di un'effettiva responsabilità penale dell'imputato»³¹.

In questo contesto, non bisogna allora sorprendersi se la vittima è giunta a godere di una tutela *incondizionata*³² e *a oltranza*³³, al punto che la giurisprudenza tende a negare quasi totalmente spazio applicativo all'auto-determinazione e all'auto-responsabilità della vittima stessa.

Il riferimento, in particolare, è alle vittime di incidenti occorsi nell'esercizio di attività ludico-sportive, sul luogo di lavoro o nell'ambito della circolazione stradale.

In tali settori, infatti, capita non di rado che la vittima abbandoni la veste di mero soggetto passivo del fatto illecito altrui, per ricoprire, invece, un ruolo più o meno attivo nella verifica degli effetti a lei stessa pregiudizievoli. Il comportamento della vittima, quindi, può arrivare a incidere direttamente sulla realizzazione dell'evento finale, che risulta così il prodotto di una *interrelazione complessa tra due soggetti*³⁴.

In tali ambiti, non è infrequente che sia la stessa vittima a esporsi (con una consapevolezza dolosa o, decisamente più spesso, colposa) ai rischi insiti nelle attività svolte.

Se la vittima mostra, entro certi limiti, di poter controllare il dominio degli avvenimenti, allora la sua condotta dovrebbe essere presa in considerazione direttamente sul piano dell'accertamento del reato, al fine di dare piena dignità al principio di personalità della responsabilità penale e di presunzione di innocenza, in cui si radica il garantismo moderno³⁵.

Eppure, in tali contesti, l'auto-esposizione al rischio, non di rado, si riflette soltanto sul piano della commisurazione della pena, dando per certo che il soggetto

³¹ Sic, D. FONDAROLI, *Diritto penale, vittimizzazione e protagonismo della vittima*, in *Riv. criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2014, 1, 76, che cita le reazioni violente dei familiari delle vittime a margine dei processi sul petrolchimico di Porto Marghera, sul crollo della scuola elementare di San Giuliano e sulla Commissione Grandi Rischi per il terremoto de L'Aquila.

³² C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo*, cit., 221.

³³ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1777.

³⁴ Vd. S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, cit., 1152.

³⁵ Si tratta di quei principi che, ad avviso di L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., 1784, verrebbero completamente demoliti dal definitivo riconoscimento del diritto soggettivo della vittima alla riparazione penale.

agente sia l'unico responsabile del fatto e, quindi, che la vittima abbia sempre bisogno sia di tutela che di pena³⁶.

Tanto premesso, appare dunque necessario soffermarsi proprio sul principio di auto-responsabilità, per capire quali sono le sue caratteristiche e quali sono le sue possibili funzioni all'interno della teoria del reato e, più in generale, all'interno di un diritto penale sempre più polarizzato sulla tutela assoluta della vittima.

2. La lenta affermazione del principio di auto-responsabilità e i tentativi di inquadramento nella teoria del reato.

«Se qualcuno, nel giocare a palla con altri, abbia dato a questa un colpo troppo forte, facendola ricadere sulle mani di un barbiere, e lo schiavo che il barbiere stava radendo ha subito dal rasoio un taglio alla gola, Mela scrive che quello fra loro che sia in colpa sarà responsabile in base all'azione della *lex Aquilia*. Proculo sostiene la colpa del barbiere; e certo se egli si è messo a radere in un luogo dove si giocava o dove il transito era frequente, è il caso di fargliene una colpa; anche se non è neppure scorretto affermare che chi si affida a un barbiere che ha posizionato la sedia in luogo pericoloso, debba imputare a sé stesso il male che ne può derivare»³⁷.

Come si evince da questo frammento tratto dal Digesto, l'auto-responsabilità nelle attività rischiose divideva i giureconsulti già in epoca romana. Ulpiano, infatti, riferisce di un vero e proprio contrasto interpretativo tra Mela e Proculo. Il primo, attraverso una lettura vittimo-centrica della fattispecie, neppure prende in considerazione la possibilità che la vittima si sia esposta colposamente al rischio; il secondo, invece, non esclude tale possibilità, arrivando a sostenere che nessuno può lamentarsi di un male che egli stesso poteva evitare con la dovuta diligenza.

Proculo non menziona direttamente l'auto-responsabilità come categoria o principio in grado di escludere la responsabilità del calciatore e/o del barbiere, ma dalle sue affermazioni si può senz'altro riconoscere, seppur implicitamente, l'importanza che l'autonoma e consapevole auto-esposizione della vittima può avere in sede di accertamento dell'illecito.

L'auto-responsabilità non trova un'espressa menzione neppure nella pronuncia che, ad avviso della dottrina, per la prima volta nel diritto penale moderno, ha dato degno risalto al comportamento della vittima come possibile fattore di esclusione o delimitazione della responsabilità dell'autore materiale del fatto.

³⁶ Sul bisogno di pena e di tutela della vittima auto-esposta al pericolo, v. di nuovo S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, cit., 1172.

³⁷ Così, D.9.2.11 – Ulp. 18 *ad edictum*.

CAPITOLO TERZO

Si allude al caso “*Memel-Fall*” del 1923 di un barcaiolo tedesco che, inizialmente rifiutatosi di traghettare due viaggiatori sull’opposta sponda del fiume *Memel*, particolarmente agitato a causa delle pessime condizioni meteorologiche, dopo le insistenti richieste dei due, accettava alla fine di trasportarli. La barca si capovolgeva e i due passeggeri morivano annegati. Il traghettatore, chiamato a giudizio, contrariamente alle aspettative, veniva assolto dal *Reichsgericht*, in quanto le vittime erano consapevoli dei rischi a cui andavano incontro e il barcaiolo, informando i viaggiatori dei pericoli, aveva assolto alle cautele da lui esigibili³⁸.

Restando sempre nella Germania degli anni ’20 del secolo scorso, l’auto-responsabilità trova un’implicita considerazione anche nel caso “*Motorrad-Fall*”, in cui la vittima decideva di salire su una moto guidata da un amico, nonostante fosse a conoscenza che questi era sprovvisto di patente e che l’impianto frenante non funzionava. Il guidatore veniva condannato per omicidio colposo, dal momento che, nel caso di specie, non veniva riscontrato il rispetto delle norme cautelari a cui l’imputato si sarebbe comunque dovuto attenere³⁹.

A partire da tali pronunce, il dibattito penalistico tedesco e austriaco inizia, con una certa attenzione, a prendere in esame il principio di auto-responsabilità (*Eigenverantwortlichkeitsprinzip*), che, a partire dagli anni ’70, risulta essere pienamente riconosciuto quale causa di esclusione della responsabilità del terzo⁴⁰. Anche se con sfumature diverse, in Germania e in Austria la vittima non viene pertanto più considerata come una figura neutrale e passiva, ma come «un soggetto attivo e codeterminante, che in quanto tale può essere considerato responsabile del torto penale realizzato»⁴¹.

Il sistema italiano, invece, appare decisamente più prudente.

L’auto-responsabilità risulta pacificamente accettata in ambito civile, dove il legislatore ha riconosciuto espressamente tale principio con l’introduzione dell’art.

³⁸ Cfr. Reichsgericht, 3.1.1923, AZ IV 529/22 (*Memel-Fall*), in *openJur*, 2010, 3239.

³⁹ Cfr. RCJW 1925, 2250, citato da S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008, 24.

⁴⁰ Vd. S. SCHWITZER, *L’autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis?*, cit., 6 e M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull’autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.* (web), 9 dicembre 2020, 8 ss. Più diffusamente, si vedano U. MURMANN, *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile della vittima in Germania*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden Baden-Torino, 2020, 61 ss. e K. SCHWAIGHOFER, *L’autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 79 ss.

⁴¹ Sic, M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 9. Vd. anche ID., *L’autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, in *Arch. pen.* (web), 9 aprile 2020, 6 s.

1227 c.c., rubricato “Concorso del fatto colposo del creditore” e dell’art. 2056 c.c., che estende l’applicabilità della prima disposizione anche nell’area della responsabilità extracontrattuale⁴².

Lo stesso non si può affatto affermare in ambito penale, dove l’auto-responsabilità non solo difetta di un espresso riscontro legislativo, ma è perdipiù costretta a confrontarsi con una giurisprudenza ancora molto prudente (o addirittura scettica) e una dottrina ormai aperta al suo riconoscimento ma divisa sul suo inquadramento all’interno della teoria del reato.

La ritrosia verso l’auto-responsabilità è davvero risalente.

Per quanto riguarda l’avversione da parte della giurisprudenza nei confronti di tale principio, tra le tante pronunce in cui i giudici nazionali in passato hanno con fermezza escluso rilevanza alla consapevole auto-esposizione della vittima, si può citare il c.d. “caso Bozzini”, deciso nel 1910 dalla Corte di cassazione.

Un operaio aveva ricevuto l’incarico di verniciare un traliccio dell’alta tensione. Per agevolare il lavoro, aveva staccato il cerchio di pungiglioni di ferro che si trovava alla base del traliccio per motivi di sicurezza. Allontanatosi momentaneamente, l’operaio dimenticava di rimontare il cerchio e, durante la sua assenza, due giovani, benché a più riprese avvertiti da un casellante del pericolo a cui andavano incontro, salivano sul traliccio sfidandosi a chi fosse arrivato in cima nel minor tempo. Sennonché, fulminati dalla corrente, l’uno moriva sul colpo, l’altro restava perennemente deformato e debilitato. Condannato sia in primo che in secondo grado, l’operaio si era rivolto alla Corte di cassazione denunciando che il fatto fosse esclusivamente da ascrivere alle condotte delle due vittime per aver consapevolmente affrontato un pericolo conosciuto. La Suprema Corte respingeva il gravame, ravvisando sì una responsabilità delle vittime, che però non era in grado di escludere quella dell’operaio, in quanto quest’ultimo aveva comunque violato le prescrizioni regolamentari che gli imponevano di mettere in sicurezza il traliccio prima di allontanarsi. Il fatto veniva, dunque, interpretato come il prodotto di due condotte colpose, nessuna delle quali idonea ad escludere la rilevanza dell’altra⁴³.

La Corte di cassazione, a un secolo di distanza dal “caso Bozzini”, continua a mostrare una certa riluttanza nei confronti dell’auto-responsabilità. Ancora nel 2009, per esempio, la Suprema Corte arriva ad affermare che «il principio di autoresponsabilità [...] non può mai porsi come causa sopravvenuta idonea a

⁴² *Ex plurimis*, cfr. S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., 452 ss.; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973 e, più di recente, V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, Milano, 2020.

⁴³ Cfr. Cass. 5 settembre 1910, ric. *Bozzini* (La legge anno II col. 51), come citata da G. LETO, *Il reato colposo*, cit., 187 ss.

CAPITOLO TERZO

produrre l'evento e tale cioè da escludere il nesso di causalità, essendo, se mai, causa preesistente»⁴⁴.

Quanto alla dottrina, in passato il tema è stato, dapprima, trattato nell'ambito della c.d. *compensazione delle colpe*: vi era chi riteneva la configurabilità dell'istituto⁴⁵ e chi, invece, riteneva che «il principio che un delitto con un altro si deva compensare, sarebbe come l'applicazione di una specie di taglione privato»⁴⁶.

La scienza penalistica, poi, ha cominciato a considerare il comportamento della vittima alla stregua di un fattore idoneo a interrompere il nesso di causalità, con lo scopo, soprattutto agli albori del dibattito, di criticare certe pronunce giudicate già all'epoca particolarmente severe⁴⁷.

Oggi, tutti gli studiosi riconoscono l'importanza dell'auto-responsabilità ma, in assenza di espresse disposizioni legislative, continuano a interrogarsi sulla sua

⁴⁴ Così, Cass. pen., Sez. IV, 30 giugno 2009, n. 26663, in *OneLegale*, che confermava la condanna per omicidio colposo a carico del gestore di una piscina che aveva concesso a un sub esperto, deceduto per asfissia da annegamento, l'uso di una vasca non destinata alle immersioni in apnea. In particolare, malgrado la richiesta di usare quella vasca provenisse dallo stesso sub e nonostante questi fosse un appassionato ed esperto di sport subacquei, il gestore della piscina è stato dichiarato responsabile per non aver evitato il fatto astenendosi dalla concessione della vasca o, almeno, garantendo assistenza durante tutta la durata dell'immersione.

⁴⁵ Si veda F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto criminale. Parte generale*, I, Lucca, X^a ed., 1881, § 1100.

⁴⁶ In questi termini, A. STOPPATO, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 1898, 272.

⁴⁷ Il riferimento è al c.d. "caso Le Piane", che prende il nome dal tenente colonnello che, viaggiando con la famiglia da Roma a Capua, in prossimità di quest'ultima città, visto precipitare dal treno suo figlio a causa dell'improvvisa apertura dello sportello dello scompartimento dove si trovava con l'intera famiglia, spinto dall'irresistibile affetto paterno, si lanciava dal treno, incontrando la morte, mentre il giovane riportava solo alcune ferite. Chiamato a giudizio il "frenatore", al quale incombeva l'obbligo di accertarsi che tutti gli sportelli fossero chiusi prima della partenza del treno, i giudici di merito condannavano questi a titolo di colpa non solo per le lesioni riportate dal giovane, ma anche per la morte del padre. La Corte di cassazione confermava la doppia responsabilità del "frenatore", osservando che la colpa di quest'ultimo si trovava in relazione anche con la morte del colonnello, come causa mediata, ma sempre causa di un evento che non rappresentava una "semplice occasione" (cfr. Cass. pen., 2 maggio 1891, come citata da G. LETO, *Il reato colposo*, cit., 191 s.). Contro tale decisione insorgeva, per esempio, B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, I, Torino, 1894, 475, il quale rilevava come la tesi accolta dai giudici di legittimità avrebbe condotto a una responsabilità così ampia da abbracciare tutti i potenziali comportamenti della vittima, anche quelli più lontani e inaspettati (cosa ne sarebbe stato «se un altro, e poi un terzo, e poi un quarto, si fossero precipitati dal treno per l'istesso scopo pietoso, e se fossero tutti morti»? «che ne sarebbe stato, se le mogli e i figli di questi infelici, conoscendo la morte crudele dei loro cari, si fossero suicidati»? Il "frenatore" avrebbe dovuto rispondere di tutte queste morti?).

Sul comportamento auto-responsabile della vittima come fattore di esclusione del nesso causale nella dottrina del passato, si rinvia alla ricostruzione di O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 99 ss.

collocazione dogmatica: domanda a cui sono state date risposte *in vario modo e da varie angolazioni*⁴⁸.

Se infatti è unanime la visione dell'auto-responsabilità come concetto non assoluto che discende dalla libertà di auto-determinazione dell'individuo⁴⁹ e che impone l'assunzione di una piena responsabilità per le conseguenze che derivano dal proprio autonomo agire, lo stesso non si può dire in ordine ai tentativi di inquadramento di tale concetto all'interno della teoria del reato, rispetto al quale lo scenario appare decisamente frammentato.

Un primo indirizzo intende l'auto-responsabilità come causa di esclusione della posizione di garanzia, in quanto la scelta della vittima di esporsi consapevolmente al rischio esclude la sua condizione di vulnerabilità, sulla quale si fonda l'esistenza stessa dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, con la conseguenza che la tipicità del fatto viene meno tutte le volte che la vittima è capace di proteggersi da sé stessa e, nonostante ciò, decide di correre lo stesso il rischio⁵⁰.

Tale orientamento ha subito una rielaborazione da parte di chi ravvisa in capo alla stessa vittima la titolarità di un peculiare obbligo di garanzia, che consiste non tanto nel dovere di autoprotezione quanto nel dovere di gestire la propria sfera di azione (o *incombenza*) *in vista della non usurpazione della sfera di libertà altrui*. La vittima che, con dolo o colpa, non osservi quest'obbligo rende atipica (e, quindi, penalmente irrilevante) l'eventuale condotta del terzo che sia entrato in relazione con l'*altrui* sfera di competenza⁵¹.

Restando sul piano della tipicità del fatto, una volta superata la visione "antoliseiana" secondo cui il comportamento della vittima interrompe il nesso

⁴⁸ L. CARRARO, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone: rigidità giurisprudenziale e prospettazioni dogmatiche*, in *Arch. pen.* (web), 18 maggio 2023, 22.

⁴⁹ Sul legame tra autodeterminazione e autoresponsabilità, v. M. RONCO, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 259 ss.

⁵⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 195 s.

Sulla diversa estensione del principio di auto-responsabilità a seconda della concezione "forte" o "debole" delle posizioni di garanzia, v. R. BARTOLI, *Responsabilità penale per colpa in montagna. Problematiche dogmatiche*, in *Sist. pen.*, 18 gennaio 2024, 5 ss.

⁵¹ Si allude a quanto sostenuto da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 474.

A questa soluzione sembra aderire anche M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 15, nota 57, ad avviso della quale: «l'esclusione della responsabilità penale del terzo per assenza di tipicità del fatto è giustificabile per il fatto che, trattandosi nella maggior parte dei casi di ipotesi di responsabilità per omissione, il venir meno della qualificabilità dell'autore come garante in presenza di un'accertata non vulnerabilità della vittima permette di escludere la qualificazione del "non fare" come "omissione"». *Amplius*, ID., *L'autoresponsabilità e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016, 92 ss.

CAPITOLO TERZO

causale ma solo se esso rappresenta un'eventualità eccezionale⁵², si fa strada un secondo indirizzo che propone una lettura radicale del contributo *contra se* della vittima.

Il riferimento è alla posizione di chi fonda l'esclusione della tipicità direttamente sul principio di responsabilità per fatto proprio. Infatti, in assenza di uno specifico obbligo di protezione o di controllo che imponga al terzo di preoccuparsi dell'altrui condotta autolesiva, «l'eventuale punizione del terzo si paleserebbe ingiusta e illegittima, non già perché essa andrebbe ad interferire con la libertà di autodeterminazione della "vittima", bensì perché si sarebbe al cospetto di una sanzione per un fatto che non è "suo proprio" del terzo (e quindi, tantomeno, colpevole), bensì "suo proprio" del soggetto lesa»⁵³.

Passando al piano dell'antigiuridicità, occorre invece rilevare come le riflessioni si siano essenzialmente concentrate sulla possibilità di estendere l'area applicativa della scriminante del consenso dell'avente diritto, prevista dall'art. 50 c.p., alla situazione in cui la vittima si esponga al pericolo ingenerato da altri. Se per alcuni tale causa di giustificazione può trovare applicazione anche qualora il bene giuridico sia indisponibile⁵⁴, per altri, invece, la condotta autolesiva esclude l'antigiuridicità del fatto solo nell'ipotesi in cui il bene sia totalmente o

⁵² Si veda F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, 274 s.

Tale concezione viene progressivamente accantonata dalla dottrina italiana a causa dell'eccessiva indeterminatezza del concetto stesso di "eccezionalità".

La tesi secondo cui il comportamento della vittima va declinato nell'ambito del rapporto di causalità trova plurimi riscontri nella giurisprudenza degli ordinamenti di *Common Law*. Al riguardo, un vero e proprio *leading case* è rappresentato dal caso *Roberts* del 1971, in cui la vittima era una ragazza che, all'uscita di una festa, aveva deciso di farsi accompagnare a casa da un ragazzo che non conosceva ma che era anch'egli presente alla festa. Questi, durante il viaggio, faceva pressanti *avances* alla ragazza, provando pure a toglierle il cappotto e facendole capire che in caso di un ulteriore rifiuto sarebbe passato alla forza. A quel punto, la ragazza, terribilmente impaurita, aveva deciso di lanciarsi dall'auto in corsa, riportando una serie di ferite. La *House of Lords* confermava la condanna del guidatore coniano la regola secondo cui solo una reazione ragionevolmente imprevedibile della vittima può interrompere il nesso di causalità. Cfr. A. MADEO, *Lezioni di diritto penale comparato*, Napoli, 2022, 49 anche per le successive integrazioni a tale principio di diritto.

⁵³ Così, G. CIVELLO, *Contributo allo studio dell'auto-responsabilità quale corollario del principio di imputazione*, cit., 516. Vd. anche ID., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, 2016, 120, secondo cui «solo riconducendo il fatto di reato ad un atto umano di cui il soggetto (...) possa dirsi "origine" (ἀρχή), causa efficiente e finale (αἰτία) e "padrone" (κύριος), è possibile dare fondamento e giustificazione alla pena; viceversa, ove il fatto sfugga ad un tale dominio di forze (al contempo materiali, cognitive e volitive), esso non può essere in alcun modo *in-putato* al soggetto come fatto *suo proprio*». Più diffusamente, ID., *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, *passim*.

⁵⁴ Cfr. R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 243 s., secondo cui il consenso si può configurare anche nelle ipotesi omicidio colposo, «a condizione che l'atto di disposizione del bene giuridico protetto sia conforme a consuetudine».

parzialmente disponibile e, cosa più importante, la vittima abbia acconsentito sia all'altrui condotta pericolosa che allo stesso evento offensivo⁵⁵.

L'ultimo indirizzo, invece, colloca l'auto-responsabilità nell'ambito dell'elemento soggettivo e, in particolare, all'interno della teoria della colpa.

Appurato che nella maggior parte dei casi l'evento è causato dalla combinazione di due condotte colpose, quella del soggetto attivo e quella della vittima, parte della dottrina è arrivata a sostenere che il comportamento di quest'ultima restringa la misura oggettiva della colpa. In particolare, si afferma che «il contributo della vittima alla realizzazione del fatto determina in linea di massima un assottigliamento dei margini di prevedibilità e di evitabilità dell'evento dannoso (alla stregua dell'agente modello), ed incide pertanto sulla fisionomia della regola oggettiva da rispettare. Non appena ci si concentri sui profili di doverosità della cautela, diventa difficile immaginare che l'ordinamento intenda accollare al soggetto attivo la salvaguardia di interessi per la cui protezione il titolare mostra invece una totale incuria: la precauzione finirà allora dove comincia la possibilità di salvaguardia da parte del diretto interessato»⁵⁶.

Secondo tale impostazione, dunque, l'auto-responsabilità (intesa non tanto come principio, quanto come *canone interpretativo discendente da massime di esperienza*⁵⁷) modifica, restringendoli, i confini della regola cautelare rivolta al soggetto agente, la cui azione od omissione, sebbene lesiva, diventa così priva di rilevanza penale perché non più qualificabile come negligente, imprudente o imperita⁵⁸.

Sono dunque molteplici le ricostruzioni offerte dalla dottrina, che ad oggi non è riuscita a dare un'univoca collocazione sistematica dell'auto-responsabilità all'interno della teoria del reato.

⁵⁵ Di questo avviso, S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, cit., 1163, 1176, la quale non esclude che il consenso della vittima possa essere inteso come causa di esclusione della tipicità. *Amplius*, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., *passim*.

⁵⁶ Così, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 473. La sua posizione risulta sostanzialmente confermata anche in ID., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. pen.* (web), 13 maggio 2019, 1 ss.

⁵⁷ Così, O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, cit., 10.

⁵⁸ Vd. di nuovo O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 473.

Cfr. anche F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 52, secondo cui «per il penalista [l'auto-responsabilità] è funzionale soprattutto a ridurre – per quanto possibile – la deriva (...) “autopoietica” della responsabilità colposa, poiché impedisce che tutti gli attori di una procedura o di un'organizzazione siano costretti alla cura ossessiva dell'altrui attività (se non in presenza di un inequivoco dovere legale e un esigibile potere impeditivo)».

CAPITOLO TERZO

Le difficoltà riguardano per lo più il corretto inquadramento di tutte quelle ipotesi in cui vi sia un terzo a concorrere nel fatto. In tale caso la questione da risolvere è *facile a dirsi, difficile a farsi*: chi deve sopportare il rischio della realizzazione del pericolo? Il terzo o la vittima?

La soluzione dipende senz'altro dalla validità del consenso prestato dalla persona offesa e dal tipo di interazione che, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, si viene a creare con il terzo.

Il consenso è valido se la vittima è stata informata ed è consapevole dei rischi che stava per correre, pur non avendo mai voluto o comunque accettato la realizzazione dell'evento. La consapevolezza, dunque, deve ricadere sulla situazione di pericolo e non necessariamente su tutte le sue possibili conseguenze⁵⁹. Il consenso consapevole, poi, è in grado di escludere la responsabilità del terzo coinvolto solo se questi non sia titolare di una specifica posizione di garanzia.

Quanto alle varie tipologie di relazioni vittima-terzo, sulla scorta delle riflessioni teoriche effettuate dalla scienza penalistica tedesca, si può distinguere, quanto al profilo oggettivo, tra l'auto-esposizione al pericolo creato dalla stessa vittima (o auto-esposizione vera e propria) e l'auto-esposizione al pericolo ingenerato da altri (o consenso al pericolo altrui)⁶⁰.

Nel primo caso, è la vittima stessa a tenere il comportamento rischioso per il proprio bene e ad avere il dominio sul fatto (per esempio, la vittima si inietta una dose letale di eroina, per la quale il terzo aveva procurato la siringa). Il terzo si limita ad agevolare o comunque a rendere possibile il comportamento pericoloso della vittima. È la vittima, dunque, e non il terzo, a produrre materialmente l'offesa ai propri beni giuridici. In tale ipotesi, la responsabilità del terzo può essere esclusa tutte le volte che non sia titolare di uno specifico e precostituito obbligo di protezione nei confronti della vittima.

Nel secondo caso, invece, è il terzo che, con il consenso della vittima, svolge materialmente l'attività pericolosa ed è quindi sempre il terzo ad avere il dominio sul fatto (ad esempio, la vittima sale su una macchina guidata da una persona in evidente stato di ebbrezza). La vittima si limita ad aderire consapevolmente all'altrui condotta pericolosa. In tale ipotesi, la responsabilità del terzo può essere

⁵⁹ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 7, osserva che «oggetto del consenso, difatti, non è l'evento ma la condotta pericolosa; altrimenti si sarebbe in presenza di un consenso a una lesione (art. 50 c.p.)».

⁶⁰ Tale distinzione e le descrizioni che seguono si fondano sulle ricostruzioni di M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 9 ss. e S. SCHWITZER, *L'autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis?*, cit., 8 ss.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

esclusa se la vittima avrebbe potuto concretamente adoperarsi a propria difesa, intervenendo sul decorso causale del fatto ed evitando così la lesione dei suoi beni⁶¹.

Oltre a queste due forme di auto-esposizione al rischio, se ne può individuare una terza in cui sia la vittima che il terzo si espongono insieme al pericolo. Entrambi compiono la condotta pericolosa e, perciò, nessuno ha il dominio esclusivo sul fatto. In tale ipotesi, la responsabilità del terzo è esclusa se questi non è titolare di una posizione di protezione (neppure per volontaria assunzione) e se la vittima ha la piena consapevolezza del rischio che sta correndo⁶².

Quanto al profilo soggettivo, si possono ipotizzare le seguenti situazioni⁶³.

La prima consiste nel caso in cui il terzo non sia in grado di riconoscere la condotta *contra se* della vittima e non si trovi in colpa nello svolgimento della sua azione. Si pensi all'ipotesi in cui il passeggero si slacci improvvisamente la cintura e si getti dall'auto in corsa senza che il guidatore riesca a evitare il gesto pur conducendo il mezzo con grande attenzione. In questo caso, l'evento non può essere imputato al terzo, in quanto la sua condotta si svolge entro i limiti del rischio consentito nel rispetto delle regole cautelari a lui rivolte.

La seconda riguarda l'ipotesi in cui il terzo non riconosca il comportamento pericoloso della vittima ma si trovi in una situazione di colpa rispetto alla propria condotta. Tenendo fermo l'esempio precedente, è il caso in cui il guidatore viaggi a una velocità eccessiva. In questa situazione, l'evento è imputabile al terzo se rientra tra i rischi che la regola cautelare da lui violata intendeva prevenire.

La terza, infine, è la situazione in cui il terzo sia a conoscenza della natura pericolosa della condotta della vittima. È il caso del guidatore che, accortosi delle intenzioni del passeggero, inviti quest'ultimo a tenere allacciata la cintura di sicurezza. In questa ipotesi, la conoscenza del comportamento *contra se* della

⁶¹ Un'altra possibile ipotesi di esclusione della responsabilità del terzo viene individuata nel caso in cui «(1) la vittima abbia la stessa visione d'insieme del rischio come il terzo, che (2) la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico protetto sia derivata propriamente dalla realizzazione del rischio accettato (e non sia pertanto riconducibile ad altre cause, come per es. a errori commessi da uno dei soggetti coinvolti) e che (3) vittima e soggetto terzo assumano la stessa responsabilità con riferimento alla condotta pericolosa. Ricorrendo tali condizioni, una eventuale responsabilità penale del terzo potrebbe essere esclusa per mancanza di tipicità del fatto, in particolare del nesso di rischio»: *sic*, S. SCHWITZER, *L'autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis?*, cit., 14 s.

⁶² Questa terza ipotesi include di fatto tutte quelle situazioni non riconducibili alle prime due ed è stata presa in considerazione per la prima volta dalla Suprema Corte austriaca in un caso in cui due giovani, entrambi sul medesimo slittino, scelsero di affrontare una pista molto ripida e soprattutto fuori dalla loro portata. I due persero il controllo dello slittino e andarono a sbattere contro una barriera. A seguito dell'impatto, uno dei due morì, mentre l'altro venne chiamato a rispondere di omicidio di colposo del compagno. Cfr. OGH 12 giugno 2003, 15 Os 68/03, come citata da S. SCHWITZER, *L'autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis?*, cit., 15 ss.

⁶³ Le situazioni descritte di seguito corrispondono a quelle ipotizzate da S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, cit., 1183.

CAPITOLO TERZO

vittima amplia lo *standard* di diligenza in capo al terzo, facendo sorgere un obbligo di prudenza maggiorato in proporzione all'aumento del rischio determinato dal fatto della vittima. Il guidatore, quindi, deve o arrestare il mezzo o viaggiare a una velocità tale da escludere o ridurre la possibilità di verifica dell'evento.

Questi sono solo alcuni dei tanti tentativi di classificazione e spiegazione dell'auto-responsabilità della vittima: se si volessero raccogliere tutti, probabilmente si dovrebbe andare avanti all'infinito.

La varietà delle soluzioni proposte dalla dottrina è elevata perché elevate sono le modalità in cui il comportamento pericoloso della vittima può in concreto manifestarsi.

Sono molteplici e composite, dal punto di vista sia oggettivo che soggettivo, non solo le possibili condotte che la vittima e il terzo possono tenere in concreto, ma anche gli ambiti in cui può emergere l'auto-responsabilità della persona offesa.

Nella società contemporanea, le attività umane sono in costante espansione, sovente specializzate e tecniche, dinamiche e relazionali, e, come osservato diverse volte, sempre più rischiose.

Dunque, al di là delle ricostruzioni dogmatiche, che certamente aiutano a orientare l'interprete nel difficile lavoro di sussunzione del fatto sotto le categorie classiche del reato, è giunto il momento di concentrare l'attenzione proprio su alcune delle attività umane che, più di altre, rappresentano il terreno di elezione dell'auto-responsabilità della vittima.

Invero, solo attraverso la casistica si possono meglio comprendere le ragioni che stanno alla base delle diverse classificazioni teoriche e, soprattutto, si possono meglio valutare le ipotesi in cui la vittima risulti davvero meritevole di tutela penale.

3. Uno sguardo alla casistica.

Nei prossimi paragrafi, il tema dell'auto-responsabilità della vittima verrà affrontato da un punto di vista pratico, tramite l'esame di una serie di casi in cui la giurisprudenza ha preso (o avrebbe potuto prendere) in considerazione il comportamento pericoloso della vittima per escludere o mitigare la responsabilità del (presunto) soggetto attivo.

In particolare, l'esame si soffermerà su tre ambiti: quello delle attività ludico-sportive, quello della sicurezza sul lavoro e quello della circolazione stradale.

Ai fini della presente ricerca, questi tre settori si caratterizzano per l'intrinseca rischiosità (ma al contempo liceità e utilità o pseudo-utilità) delle attività svolte, per la necessaria interazione tra più soggetti e per la quotidianità delle azioni che si inseriscono in tali settori.

La combinazione di tali caratteristiche aumenta quindi la probabilità che la stessa vittima abbia tenuto un comportamento *di per sé* e, soprattutto, *per sé* pericoloso.

Questi, poi, sono ambiti in cui l'auto-responsabilità, dopo essersi confrontata con tutti gli elementi della teoria del reato, ha di recente allacciato un rapporto privilegiato con l'elemento della colpa, che in futuro forse consentirà al principio in questione di trovare una definitiva e univoca collocazione sistematica.

Per queste ragioni, dunque, occorre esaminare la seguente casistica.

3.1. L'auto-esposizione al rischio nell'esercizio di attività ludico-sportive.

La pratica sportiva⁶⁴ genera numerosi benefici non soltanto sul piano psicofisico, ma rappresenta un importante strumento per la realizzazione dell'individuo, per lo sviluppo delle relazioni sociali e, da ultimo, anche per la crescita dell'economia del Paese⁶⁵.

L'ordinamento, dunque, non può che tutelare lo sport, promuovendolo e includendolo tra gli interessi primari sia dell'individuo che dell'intera società.

Fino a non molto tempo fa, lo sport trovava implicita tutela: nell'art. 2 Cost., quale fattore di realizzazione della personalità umana; nell'art. 13, comma 1, quale esercizio di libertà; nell'art. 18 Cost., quale occasione per associarsi con chi condivide l'interesse per la disciplina sportiva; e nell'art. 32 Cost., quale mezzo per raggiungere il benessere psicofisico.

A partire dal 2023⁶⁶, il valore dell'attività sportiva viene espressamente riconosciuto dall'art. 33, comma 7, Cost., ai sensi del quale «la Repubblica riconosce

⁶⁴ «Si intende per “sport” qualsiasi forma di attività fisica che, attraverso una partecipazione organizzata o non, abbia per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli»: così l'art. 2, par. I, della Carta europea dello Sport, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1992.

⁶⁵ A quest'ultimo riguardo, basti pensare nel 2022, solo in Italia, il PIL dello sport viene quantificato in circa 22 miliardi di euro, con un contributo al PIL nazionale dell'1,3 %. L'industria sportiva “dà lavoro” a circa 400mila persone, grazie alla presenza di oltre 15mila imprese, circa 82mila enti no-profit. Cfr. https://www.ilsole24ore.com/art/lo-sport-italiano-vale-22-miliardi-l-13percento-pil-e-occupa-400mila-addetti-AFr3STXC#?refresh_ce=1

⁶⁶ Con la legge cost. 26 settembre 2023, n. 1.

CAPITOLO TERZO

il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme»⁶⁷.

Il diritto allo sport, quindi, rientra a pieno titolo tra i diritti fondamentali della persona.

Esso, però, non prevale su qualsiasi altro interesse concorrente. Come rilevato dalla Corte costituzionale, invero, «nessun diritto è tiranno»⁶⁸. Il diritto allo sport, pertanto, al pari di tutti gli altri di rango costituzionale, è suscettibile di bilanciamento con la tutela di quelli contrapposti.

Il principale interesse confliggente con il libero esercizio dell'attività sportiva è, senza ombra di dubbio, quello della salute sancito dall'art. 32 Cost.: diritto che perciò protegge e, allo stesso tempo, limita il diritto allo sport.

Il bilanciamento si rende necessario poiché tutte le discipline sportive, seppur con diverse gradazioni, comportano un ineliminabile livello di rischio per l'integrità fisica e, a volte, per la stessa vita dei partecipanti (e non solo).

Il punto di equilibrio tra la tutela dello sport e la tutela dell'integrità fisica viene raggiunto attraverso la previsione e l'accettazione di specifiche "regole del gioco" che, prefiggendosi l'obiettivo di ridurre i rischi più comuni delle singole discipline, fissano la soglia del rischio sportivo consentito.

Tale soglia risulta molto alta quando l'attività sportiva è "a violenza diretta e necessaria", cioè quando «l'azione del partecipante, per gli stessi scopi del giuoco, *cade sull'altrui persona fisica*»⁶⁹.

Si pensi al pugilato, al *karate*, al *judo* e alla lotta in tutte le sue forme. In questi sport la violenza è insita nella competizione ed è chiaramente rappresentata dalle parti. Nel pugilato, per esempio, gli atleti acconsentono al pregiudizio alla propria integrità personale, in quanto lo scopo di questo sport è proprio quello di colpire

⁶⁷ Sul recente ingresso dello sport in Costituzione, si vedano, *ex multis*, E. BATTELLI, *Il riconoscimento del valore educativo e sociale dell'attività sportiva in Costituzione*, in *Osserv. AIC*, 2024, 2, 26 ss.; L. FERRARA, *Lo sport in Costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, 2, 431 ss.; G. MARAZZITA, *Il riconoscimento del valore costituzionale dell'attività sportiva*, in *federalismi.it*, 10 gennaio 2024.

⁶⁸ *Sic.*, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 in *www.cortecostituzionale.it* sul c.d. caso ILVA e, in particolare, sul delicato rapporto tra diritto all'iniziativa economica, da una parte, e diritto alla salute, dall'altra.

⁶⁹ Così, W. VALSECCHI, *L'omicidio e la lesione personale nei giuochi sportivi a forma di combattimento*, in *Riv. pen.*, 1930, I, 526.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

l'avversario più volte possibile per metterlo al tappeto e, quindi, vincere l'incontro⁷⁰.

L'area del rischio consentito è più limitata quando l'attività sportiva è "a violenza eventuale", ossia quando la violenza non rientra tra gli scopi dell'attività perché l'azione dei partecipanti, benché preveda il contatto fisico, deve cadere non sulla persona ma su una cosa, quasi sempre una palla.

Si pensi al calcio, alla pallanuoto, al *rugby*, alla pallacanestro o all'*hockey*. Nell'esercizio di queste discipline, il gioco, anche se rivolto verso una cosa, non esclude la possibilità di scontri fisici tra avversari: «è quindi del tutto pacifico che nella pratica degli sport a "violenza eventuale" ben possono prodursi effetti anche lesivi dell'incolumità degli atleti, essendo il c.d. rischio sportivo fisiologicamente coesistente alla partecipazione alla gara stessa (in cui rivestono un ruolo rilevante sia la prestanza fisica che le capacità di soverchiare l'avversario, ai fini del mantenimento più a lungo possibile del possesso del pallone fino a giungere alla meta, come ad esempio accade nel gioco del calcio)»⁷¹.

Esistono, infine, attività sportive che non prevedono l'uso di alcuna forma di violenza né tantomeno di contatto fisico.

In questa categoria vi rientrano, per esempio, il nuoto, l'atletica leggera, il canottaggio, la ginnastica. In questi casi, la soglia di rischio consentito è molto bassa, dal momento che è fissata non tanto dalle specifiche regole del gioco, ma dalle comuni regole di diligenza caratteristiche dell'ordinaria vita di relazione⁷².

All'interno della medesima categoria, vi ricadono anche sport che, pur non prevedendo alcun tipo di violenza, risultano intrinsecamente pericolosi sia per gli stessi partecipanti che per i terzi. La pericolosità può derivare dal tipo di mezzo utilizzato o dalle modalità con cui lo si utilizza, oppure dall'ambiente in cui si svolge l'attività. È, per esempio, il caso delle gare di automobilismo e motociclismo, sia su circuito (Formula Uno e Moto GP) che su strada (*rally*), o di molte delle discipline invernali.

In queste ipotesi, la soglia di rischio consentito torna ad essere alta, atteso che i partecipanti fanno di correre svariati pericoli per la propria incolumità.

⁷⁰ Cfr. R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 250, nota 9, che cita Trib. Roma, 31 dicembre 1948, secondo cui «l'attività agonistica dei pugili in un incontro pugilistico non ha limiti purché si osservino le regole del gioco e non risulti concreta imprudenza per la continuazione dell'incontro, per evidente manifesta incapacità a resistere dell'avversario».

⁷¹ Così, Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 7768, in *OneLegale*.

⁷² Cfr. F. ALBEGGIANI, voce *Sport (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 554 e S. BONINI, voce *Colpa sportiva*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 267.

CAPITOLO TERZO

Durante l'esercizio di tali sport, l'integrità fisica e la stessa vita possono essere messe a repentaglio da un errore della stessa vittima oppure di un altro concorrente.

Nel primo caso, il margine di rischio consentito risulta superato solo se il soggetto che riveste una posizione di garanzia (quali l'organizzatore della gara o il gestore della struttura dove si svolge l'attività pericolosa) sia colposamente venuto meno agli obblighi di cui risulta titolare (quali il dovere di segnalare i rischi o di predisporre adeguati sistemi di sicurezza). Il garante, perciò, risponde dell'evento quando non ha impedito che la vittima commettesse l'errore o non ha eliminato o ridotto gli effetti dannosi derivanti dall'errore medesimo.

Nel secondo caso, invece, l'offesa cagionata dal concorrente assume rilevanza penale solo se questi compia colposamente una manovra vietata dalle "regole del gioco"⁷³. Se, di contro, il concorrente ha cagionato un'offesa inevitabile, allora la sua condotta rientra nell'area del rischio consentito: il pensiero corre all'ipotesi, purtroppo verificatasi diverse volte nel corso delle gare di motociclismo, in cui la vittima, perso il controllo del mezzo, cade a terra e i piloti che la seguono, a causa della velocità e della vicinanza, non abbiano modo per evitarla⁷⁴.

È perciò evidente che molte delle lesioni cagionate durante la pratica sportiva non possiedono alcuna rilevanza penale: «se così non fosse, si assisterebbe ad una probabile paralisi di attività dall'indiscussa utilità sociale e ad un vastissimo numero di processi riguardanti gli infortuni causati nel corso delle gare sportive»⁷⁵.

Secondo Tullio Delogu, allievo di Arturo Rocco e professore molto attento alla ricerca storica, nella stessa *coscienza sociale* è radicata la convinzione che il diritto a disporre della propria persona per un gioco sportivo sia una consuetudine pacificamente ammessa dai consociati. Diversamente, «i campioni invece del plauso avrebbero la riprovazione sociale, e quella folla immane che tutti abbiamo visto non si riverserebbe nei campi sportivi». Nel corso del tempo, il convincimento della giuridicità di tale consuetudine è progressivamente passato dalla società allo Stato. «Basta pensare al complesso sistema in cui le manifestazioni sportive sono

⁷³ Cfr. G. PONTEPRINO, "Violenza sportiva" e responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del "rischio consentito" ad un più rigoroso riscontro della "colpa", in *Leg. pen. (web)*, 8 novembre, 2023, 3.

⁷⁴ È quanto accaduto, per esempio, durante il Gran Premio della Malesia del 2011, in cui il pilota Marco Simoncelli, caduto a terra dopo aver perso il controllo della sua moto, venne investito dai piloti che lo seguivano e che non ebbero alcuna possibilità di evitarlo, cagionandogli così la morte per i traumi riportati alla testa, al collo e al torace.

⁷⁵ Così, G. PONTEPRINO, "Violenza sportiva" e responsabilità penale, cit., 3 s.

inquadrate, alle gare, alle olimpiadi, ai brevetti sportivi, ai giornali per convincersene»⁷⁶.

A tale tesi ha aderito, fino al 2022, la giurisprudenza di legittimità, che – dopo aver abbandonato la soluzione secondo cui la scelta della vittima di esporsi al rischio sportivo si inquadra nel paradigma del consenso dell'avente diritto, *ex art. 50 c.p.*⁷⁷ – ha qualificato l'esercizio dell'attività sportiva come «una causa di giustificazione atipica o meglio non codificata che trova la sua ragione di essere nel fatto che la competizione sportiva è non solo ammessa, ed anzi incoraggiata per gli effetti positivi che svolge sulle condizioni fisiche della popolazione, dalla legge e dallo Stato, ma è anzi ritenuta dalla *coscienza sociale* [corsivo aggiunto] come una attività assai positiva per l'armonico sviluppo della intera comunità. Ciò significa che viene a mancare nel comportamento dello sportivo, che, pur rispettoso delle regole del gioco, cagioni un evento lesivo ad un avversario, quella anti giuridicità che legittima la pretesa punitiva dello Stato e la inflizione di una sanzione»⁷⁸.

⁷⁶ Sic, T. DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 2, 1308 s., che giunge alle affermazioni riportate nel testo partendo dal presupposto che «solo applicando il diritto nella carta e non nella vita, si può pensare che un giocatore, che si sia comportato correttamente, possa essere poi chiamato a rispondere delle eventuali lesioni prodotte durante la gara. E questo perché ognuno sente che non può esserlo, perché sa che i suoi avi, i suoi nonni, hanno praticato i giochi sportivi, e che i suoi figli, i suoi nipoti sempre li praticheranno». Nasce così la convinzione che l'irrilevanza penale delle lesioni provocate nell'esercizio dello sport trovi origine nella *coscienza sociale*, quale «risultante della maniera di sentire, di pensare dei più, di volere della maggioranza dei componenti la comunità».

Per una ricostruzione dei motivi storici, giuridici ed anche etici che già in passato rendevano vivace il dibattito sulla configurabilità del delitto sportivo, v. A. SIMONE, *Il delitto sportivo tra etica e diritto. Il contributo di Aldo Pannain*, in *Arch. pen.* (web), 13 agosto 2021, 1 ss.

⁷⁷ Di questo avviso, per esempio, Cass. pen., Sez. V, 30 aprile 1992, n. 9627, in *C.E.D.*, Rv. 192262-01.

In dottrina, l'applicazione dell'art. 50 c.p. viene, tra gli altri, sostenuta da R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 245 ss. e da P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, II^a ed., 1982, 222, secondo il quale nel campo dell'attività sportiva l'art. 50 c.p. si applica in deroga all'art. 5 c.c., che altrimenti renderebbe inefficace il consenso dell'avente diritto, in quanto la norma civile prevede che «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica».

Altra dottrina, invece, ritiene che il fondamento della liceità della violenza sportiva sia da individuare in un'altra scriminante codificata: l'esercizio di un diritto, *ex art. 51 c.p.* In questo senso, su tutti, v. F. MANTOVANI, voce *Esercizio di un diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 648 e G. DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 2, 603.

F. ALBEGGIANI, voce *Sport (diritto penale)*, cit., 550, infine, ravvisa la possibilità di applicare alternativamente gli artt. 50 e 51 c.p. Il primo troverebbe applicazione quando la condotta dell'avversario, sebbene posta in violazione delle “regole del gioco”, sia prevedibile e non sproporzionata. Il secondo, invece, opererebbe quando l'evento lesivo dipende da un'azione conforme alle “regole del gioco”. Di questo avviso anche L.M. FLAMINI, voce *Violenza sportiva*, in *Dig. disc. pen.*, agg. 2005, II, 1793.

⁷⁸ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1951, in *OneLegale*.

Tale impostazione sembra trovare ispirazione nel pensiero di C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 144, ad avviso del quale negli sport “a violenza necessaria”

CAPITOLO TERZO

I giudici hanno poi rilevato che «la giustificazione di questa impostazione si fonda proprio sul rischio consentito: chi partecipa ad una competizione sportiva – che prevede come normale il contatto fisico tra i contendenti – sa, e accetta, che questo contatto possa avvenire anche in forme violente e anche contravvenendo alle regole del gioco. Acconsente dunque ai rischi che provengono sia dal contatto fisico normale sia da quello che deriva dalla violazione delle regole disciplinari»⁷⁹.

Tale orientamento, apparentemente granitico e destinato a durare a lungo⁸⁰, oggi risulta superato da un indirizzo interpretativo più rispettoso del principio di legalità e, in particolare, del principio di determinatezza.

Consapevole del difetto di precisione delle scriminanti tacite e del rischio che il ricorso all'analogia, seppur *in bonam partem*, aumenti sensibilmente il tasso di imprevedibilità delle decisioni con il pericolo di derive eticizzanti⁸¹, nel 2022 la Corte di cassazione decide di spostare la sua attenzione dal piano dell'antigiuridicità a quello della colpevolezza⁸².

La Corte, innanzitutto, rileva «come la nozione di “rischio consentito” è destinata a delineare in termini eccessivamente discrezionali i confini fra attività lecita e illecita, lasciando in definitiva al giudicante il compito di individuare le caratteristiche “normali” o “ideali” del modello di riferimento, consentendogli di costruire su basi non oggettive ma soggettive – peraltro condizionabili dalle

potrebbe operare «una scriminante *sui generis*, non codificata, che esorbita dalla logica del consenso».

⁷⁹ Cass. pen., Sez. IV, 1° giugno 2010, n. 20595, in *OneLegale*.

⁸⁰ Molte, infatti, sono le pronunce dove si è affermato che «in nome della rilevanza sociale generalmente riconosciuta all'attività sportiva, che l'elemento dell'antigiuridicità insito nei fatti tipici penalmente sanzionati commessi nello svolgimento di essa (quali: percosse, lesioni od anche omicidio) resti escluso (con il conseguente venir meno della punibilità) in conseguenza del riconoscimento, in applicazione dell'analogia *in bonam partem*, di una causa di giustificazione non codificata, che trova titolo nel c.d. rischio consentito»: così, Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 7768, cit. Vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9559, in *OneLegale*; Cass. pen., Sez. V, 7 giugno 2016, n. 23654, in *OneLegale*; Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 2018, n. 21120, in *OneLegale*; Cass. pen., Sez. V, 12 maggio 2020, n. 14685, in *OneLegale*.

⁸¹ In dottrina, per tali e altre ragioni, esclude il riconoscimento delle cause di giustificazione non codificate, tra gli altri, F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione. Necessità e limiti*, Torino, 2018, 450 ss., il quale, con riferimento alle attività sportive, osserva che «non vi è necessità di ricorrere ad una scriminante atipica per liceizzare una attività socialmente apprezzata, i cui confini di accettazione collettiva sono segnati da regole di condotta, il cui eventuale travalicamento comporta una responsabilità penale (naturalmente in dipendenza dell'elemento soggettivo che accompagna il soggetto agente)» (p. 449).

⁸² Il riferimento è a due pronunce decise nell'autunno del 2021 e pubblicate nei primi mesi del 2022: Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2022, n. 3284, in *C.E.D.*, con nota di E. FLORIO, *La Cassazione alle prese con le lesioni in ambito sportivo: l'eclissi della scriminante del rischio consentito?*, in *Sist. pen.*, 15 marzo 2022, e Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2022, n. 8609, in *C.E.D.*, con nota di F. CONSULICH, *L'analogia dai mille volti*, cit., 2758 ss.

Tali pronunce hanno avuto dei riflessi anche in ambito civile: cfr. G. TRAVAN, *Sport e responsabilità dell'atleta: una questione di antigiuridicità o di colpevolezza?*, in *Giur. it.*, 2022, 7, 1572 ss.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

conseguenze più o meno gravi dell'evento dannoso – il modello di comportamento diligente su cui parametrare il giudizio di responsabilità».

I giudici, quindi, ritengono «superfluo e privo di utilità pratica richiamare la teoria della scriminante non codificata, ponendosi invece il problema di stabilire se il fatto dannoso commesso durante una specifica competizione sportiva sia conseguenza di un'azione dolosa o colposa penalmente rilevante, in quanto commessa con consapevole volontà lesiva (dolo) ovvero in violazione di una regola cautelare scritta (colpa specifica) o non scritta che avrebbe dovuto essere osservata dal soggetto agente, in relazione alle caratteristiche e peculiarità della pratica sportiva esercitata in quel momento»⁸³.

L'esposizione al rischio sportivo da parte della vittima, pertanto, esclude la rilevanza penale dell'altrui condotta pericolosa, qualora quest'ultima non travalichi gli *standards* cautelari fissati sia dalle specifiche “regole del gioco” sia dalle generiche cautele di diligenza e prudenza. Se ne ricava che la verifica della colpa sportiva non può prescindere dagli ordinari criteri stabiliti dall'art. 43 c.p.

Una volta condotto il tema dell'auto-responsabilità sul piano della colpevolezza e, quindi, dell'elemento soggettivo, occorre subito chiedersi se il rispetto delle “regole del gioco” sia sufficiente a escludere la responsabilità penale dell'autore del comportamento lesivo.

La risposta a tale interrogativo dipende dalla natura stessa delle “regole del gioco”.

Se la regola sportiva non possiede natura cautelare (perché, ad esempio, ha una mera funzione di disciplina), allora la responsabilità può sempre fondarsi sulla colpa generica.

Se, viceversa, la condotta risulta conforme a regole sportive di matrice cautelare⁸⁴, la dottrina tende ad escludere che «la liceità della condotta dell'atleta nelle competizioni ufficiali richieda il rispetto delle norme generali di prudenza anche quando ciò non sia espressamente previsto dalle regole del gioco perché

⁸³ Così, Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2022, n. 8609, cit., che aggiunge: «in tale prospettiva, non serve ragionare in termini di scriminante, atteso che l'attività sportiva costituisce di per sé un'attività lecita, rispetto alla quale i partecipanti accettano di correre determinati rischi, sempre che la loro integrità fisica non sia da altri deliberatamente lesa o danneggiata colposamente a seguito della violazione di predeterminate regole cautelari». Del medesimo avviso anche Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2022, n. 3284, cit., secondo cui: «l'impostazione che fonda il limite fra illecito sportivo ed illecito penale sull'operatività della scriminante del rischio consentito non appare pienamente soddisfacente, perché essa implica che l'attività sportiva costituisca una causa di giustificazione, laddove, invece essa è attività lecita e regolata dalla normazione di ciascun settore disciplinare, anche con riferimento al livello agonistico più o meno elevato».

⁸⁴ Secondo V. VALENTINI, *Egemonia e fisionomia della colpa penale in ambito sportivo*, in *Arch. pen.* (web), 9 luglio 2024, 5, le regole federali sono “piene zeppe” di prescrizioni preventive.

CAPITOLO TERZO

altrimenti si introdurrebbero dei requisiti di regolarità ulteriori rispetto alla norma sportiva e dunque si verrebbe a negare, di fatto, il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo»⁸⁵.

Un recente indirizzo giurisprudenziale, invece, interpreta il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo⁸⁶ in un modo diverso, ritenendo che «nell'accettazione del regolamento sta la liceità sportiva, che tuttavia non copre integralmente la liceità penale, che impone, al di là della regola [sportiva], il limite della prudenza, della perizia, della diligenza, cioè della regolazione dell'azione finalizzata a non nuocere». Ad avviso dei giudici di legittimità, invero, vi è una differenza «tra illecito sportivo, il cui rilievo spetta all'arbitro, e quello penale, di competenza del giudice il quale deve rifarsi ai criteri ordinari della colpa, fissati dall'art. 43 cod. pen.»: l'interprete, dunque, deve «verificare se l'azione, che rientri nel lecito sportivo, in quanto non violante alcuna regola, sia posta in essere nei limiti della prudenza, in modo da non cagionare, per l'eccesso nella gestione del gesto atletico o per l'eccessività ed inutilità al fine sportivo del contrasto opposto, un danno prevedibile all'altrui integrità fisica»⁸⁷.

In breve, secondo tale lettura, vi è responsabilità penale anche quando l'azione sportiva, pur non violando alcuna “regola del gioco” idonea a integrare la colpa specifica, sia posta in violazione di ulteriori cautele non scritte che definiscono la colpa generica.

Già si è provveduto a segnalare come, così ragionando, la colpa generica rischi di trasformarsi in una *colpa globale* o *generale*, in grado di punire attraverso la non-umana figura dell'agente modello qualsiasi inosservanza di norme cautelari astrattamente collegabile all'evento⁸⁸. Nel settore sportivo, poi, una tale impostazione condurrebbe a esiti davvero irrealistici. L'osservanza di ulteriori *standards* di cautela, per esempio, imporrebbe al pugile, che per regolamento, se vuole vincere l'incontro, deve prendere a pugni l'avversario, di affrontare il rivale con cautela⁸⁹.

⁸⁵ Sic, L.M. FLAMINI, voce *Violenza sportiva*, cit., 1794.

⁸⁶ Tale principio è enunciato dall'art. 1 del d.l. 220/2003 (convertito con modificazioni dalla l. 280/2003), ai sensi del quale: «1. La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. 2. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

⁸⁷ Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2022, n. 3284, cit.

⁸⁸ *Supra* Capitolo III, § 4.1.2.

⁸⁹ Esempio di E. FLORIO, *La Cassazione alle prese con le lesioni in ambito sportivo*, cit. Critico anche G. PONTEPRINO, “*Violenza sportiva*” e *responsabilità penale*, cit., 26, secondo cui la possibile configurabilità della colpa penale anche in assenza di un illecito sportivo risulta “paradossale” e “irrealistica”.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

In dottrina, si è dunque proposto di interpretare tale orientamento nel senso che le cautele non scritte assumono rilevanza solo nel caso in cui rendano la condotta contraria anche alle “regole del gioco”, che non di rado richiamano le stesse nozioni di diligenza e prudenza⁹⁰.

A quest’ultima lettura appare aderire una recente pronuncia della Corte di cassazione, ad avviso della quale, se è vero che la verifica della colpevolezza non si esaurisce nell’accertamento della violazione di una specifica prescrizione del regolamento sportivo, è altrettanto vero che tale verifica «deve estendersi alla individuazione di una regola cautelare che assuma rilievo ai fini penali, idonea a definire il comportamento doveroso secondo standard di prudenza e di diligenza che non esorbitino dalle regole del gioco e non si pongano in contrasto con il naturale sviluppo della pratica sportiva, confliggendo al contempo con i principi di correttezza e di lealtà che sovrintendono la competizione»⁹¹.

Si può perciò affermare che non può esserci responsabilità penale senza illecito sportivo.

Al contempo, può esserci responsabilità sportiva senza che vi sia anche un illecito penale. Ciò accade ogniqualvolta l’illecito sportivo resti nell’ambito della c.d. lealtà sportiva, «principio alla cui osservanza da parte di tutti i partecipanti è affidata l’adesione all’evenienza di subire danni altrimenti non accettati»⁹².

È proprio in queste ipotesi che la consapevole auto-esposizione al rischio da parte della vittima fa venire meno la rilevanza penale del comportamento dell’autore materiale del fatto lesivo.

⁹⁰ Cfr. E. FLORIO, *La Cassazione alle prese con le lesioni in ambito sportivo*, cit., con particolare riferimento agli sport “a violenza eventuale”, quale è il calcio.

⁹¹ Così, Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2022, n. 37178, in *Giur. pen.* (web), con nota di E. FLORIO, *Rischio sportivo e rischio penale nuovamente all’esame della Cassazione*, ivi, 17 ottobre 2022, secondo il quale la pronuncia in parola effettua un ragionevole “passo indietro” rispetto a Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2022, n. 3284, cit. Vedi anche le note di P. SEMERARO, *Le lesioni colpose nell’ambito delle competizioni sportive*, in *Cass. pen.*, 2023, 2, 496 ss. e di G. CELANI in *Riv. it. med. leg.*, 2023, 1, 136 ss.

⁹² In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2022, n. 8609, cit.

La lealtà sportiva, perciò, «funge da vero e proprio spartiacque tra comportamento conforme e azione suscettibile di qualificazione penalistica», secondo F. CONSULICH, *L’analogia dai mille volti*, cit., 2774, il quale comunque dubita che «la responsabilità penale possa dipendere da un concetto così ambiguo» tanto quanto il concetto di agente modello (che la stessa pronuncia ritiene foriero di troppe incertezze nell’applicazione giudiziale). Secondo G. CELANI, cit., 144, la “lealtà sportiva” è sì una formula “dai contorni sbiaditi” e “inafferrabile”, che però grazie alla sua importazione nell’alveo concettuale della colpa nella sua duplice dimensione, è «in grado di recuperare concretezza attraverso una migliore valorizzazione degli indici che caratterizzano il contesto fattuale in cui si si inserisce la condotta».

Sulla lealtà sportiva negli sport a violenza necessaria, cfr. G. AGRIFOGLIO, *Dagli sport a violenza necessaria agli sport ad aggressione regolata*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 104 ss.

CAPITOLO TERZO

Ne discende, di contro, che integrano un illecito penale tutte quelle azioni che non sono riconducibili al gioco, «o perché intenzionalmente dirette a procurare danno alla persona oppure perché, siccome in contrasto con il principio di lealtà sportiva, sono estranee all'ambito di applicazione delle regole del gioco – che quel principio presuppongono – e sono quindi disciplinate dalle ordinarie regole di diligenza, delle quali costituiscono violazione»⁹³.

Nel contesto sportivo, pertanto, è fondamentale l'accertamento dell'elemento soggettivo, anche se non è sempre agevole distinguere tra un'azione volontaria, una colposa e una fortuita.

Si pensi, ad esempio, al calcio e, in particolare, ai falli di gioco.

La Corte di cassazione ritiene che il fallo sia doloso o colposo e, quindi, penalmente rilevante: «a) quando si constati assenza di collegamento funzionale tra l'evento lesivo e la competizione sportiva; b) quando la violenza esercitata risulti sproporzionata in relazione alle concrete caratteristiche del gioco e alla natura e rilevanza dello stesso; c) quando la finalità lesiva costituisce prevalente spinta all'azione, anche ove non consti, in tal caso, alcuna violazione delle regole dell'attività»⁹⁴.

Gli indici utili all'interprete per distinguere tra un fallo doloso e uno colposo possono essere diversi: la regione del corpo colpita; il momento in cui si realizza la condotta lesiva; la lontananza dell'evento lesivo dall'azione di gioco⁹⁵.

Emblematica, al riguardo, una pronuncia sul calcio storico fiorentino, che – secondo la stessa Corte di cassazione – rappresenta una tra le attività sportive più violente tra quelle praticabili nel nostro ordinamento, in quanto nell'esercizio di tale disciplina è sostanzialmente consentito tutto: calci, pugni e mosse di arti marziali. La Corte, nel caso portato alla sua attenzione, ha ravvisato l'elemento soggettivo del dolo in capo a un giocatore che, al di fuori dell'azione di gioco, aveva sferrato, in maniera del tutto gratuita, un paio di calci alla testa di un avversario che già si trovava a terra⁹⁶.

⁹³ Si veda, di nuovo, Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2022, n. 8609, cit.

⁹⁴ Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 16 marzo 2023, n. 11225, in *C.E.D.*: nel caso di specie la Corte ha confermato la condanna per lesioni dolose nei confronti di calciatore che, a gioco fermo, aveva colpito con una violenta testata un giocatore della squadra avversaria.

⁹⁵ Cfr. S. BONINI, voce *Colpa sportiva*, cit., 272 ss. e G. PONTEPRINO, “*Violenza sportiva*” e *responsabilità penale*, cit., 25.

⁹⁶ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2020, n. 17354, in *C.E.D.*

Un altro caso in cui i giudici di legittimità hanno confermato la condanna per lesioni personali dolose è quello deciso da Cass. pen., Sez. V, 28 marzo 2017, n. 33275, con nota di G. FUNGHI, C. IOVINO, *L'area d'azione del rischio consentito nello svolgimento di un'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, 394. Nel caso di specie, un calciatore, a gioco fermo, aveva colpito l'avversario con una violenta ginocchiata al costato.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Quando, invece, vi è la volontà di commettere fallo ma la violazione delle “regole del gioco” avvenga nel corso di un’ordinaria situazione di gioco, «il fatto avrà natura colposa, in quanto la violazione consapevole è finalizzata non ad arrecare pregiudizi fisici all’avversario, ma al conseguimento in forma illecita, e dunque antisportiva, di un determinato obiettivo agonistico»⁹⁷. In tal caso, quindi, il calciatore potrà essere chiamato a rispondere di lesioni colpose.

Di contro, il fallo è ritenuto penalmente irrilevante qualora sia l’esito dello «sviluppo fisiologico di un’azione che, nella concitazione o trance agonistica (ansia del risultato), può portare alla non voluta elusione» delle norme del regolamento sportivo⁹⁸.

L’esempio del calcio consente anche di riflettere sulla possibilità che l’area di rischio consentito muti in base al livello in cui si svolge la disciplina sportiva.

Diverse pronunce di legittimità, invero, lasciano trasparire l’idea per cui il consenso prestato dalla vittima a subire un’offesa alla propria integrità da parte dell’avversario varia a seconda del livello agonistico o amatoriale dell’incontro sportivo. «Un conto è trattarsi di una competizione decisiva per le sorti dell’annata agonistica (si pensi a partite di calcio determinanti per la promozione di categoria o per la vincita dello scudetto di serie A, o, al contrario, importanti per scongiurare la retrocessione), (...) [tutt’altro conto è invece] una competizione priva di un tale connotato (dalla gara amichevole, all’allenamento, fino a giungere a partite da dopolavoro)»⁹⁹. Nel primo caso, la soglia di rischio consentito è più alta perché si presume che gli atleti siano disposti a correre maggiori pericoli pur di strappare la vittoria agli avversari. Nel secondo caso, viceversa, si presume che i giocatori siano meno propensi a correre pericoli per la propria integrità, considerate le caratteristiche degli stessi calciatori e, soprattutto, la minor rilevanza dell’incontro.

La medesima azione offensiva può pertanto risultare proporzionata nel calcio professionistico e sproporzionata in quello amatoriale. Se ne ricava che l’auto-responsabilità della vittima non esclude la colpa del soggetto agente tutte le volte

La Corte ha poi riconosciuto la responsabilità per lesioni personali dolose (per di più aggravate dai futili motivi) in capo a un calciatore che aveva colpito con un pugno un giocatore della squadra avversaria dopo che quest’ultimo lo aveva spintonato, ritenendo la reazione del primo completamente sproporzionata: cfr. Cass. pen., Sez. V, 6 novembre 2019, n. 45138, in *C.E.D.*

⁹⁷ Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2005, n. 19473, in *C.E.D.*

⁹⁸ Vd. di nuovo Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2005, n. 19473, cit., richiamata da diverse pronunce successive, tra cui: Cass. pen., Sez. V, 11 marzo 2013, n. 11260 in *OneLegale*, e Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2020, n. 17354, cit.

Secondo L.M. FLAMINI, voce *Violenza sportiva*, cit., 1790 e 1794, il fallo involontario potrebbe essere ricondotto direttamente al caso fortuito di cui all’art. 45 c.p., applicabile – ad avviso dell’autrice – anche alle circostanze che rendono impossibile l’osservanza del dovere di diligenza richiesto dalla situazione concreta.

⁹⁹ Così, Cass. pen., Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9559, cit.

CAPITOLO TERZO

che «la violenza esercitata risulti sproporzionata in relazione alle concrete caratteristiche del gioco e alla natura e rilevanza dello stesso»¹⁰⁰.

Tale principio ha trovato, per esempio, applicazione nell'ipotesi di gioco pericoloso, consistito in uno sgambetto, commesso durante una partita di calcio tra compagni di scuola: la Corte di cassazione non ha escluso la responsabilità colposa dell'autore dell'azione irregolare, «in quanto estranea alle caratteristiche della partita amichevole o amatoriale, nella quale il rischio di subire lesioni gravi, con effetti permanenti, come (...) [nel caso di specie], non solo non è preventivato, ma anche non può essere accettato»¹⁰¹.

L'esame della giurisprudenza, infine, consente di affermare che l'atleta non è il solo chiamato a confrontarsi con l'auto-responsabilità dell'avversario. Infatti,

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Sic*, Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 2008, n. 44306, in *C.E.D.*, con nota di R. CAUTERUCCIA, *Attività sportiva e rischio consentito: il caso della condotta illecita durante una partita calcistica amichevole*, in *Riv. pen.*, 2009, 5, 585 ss.

Passando a un altro sport, il *karate*, la Corte di cassazione ha ritenuto integrato il delitto di lesioni colpose da parte dell'atleta esperto (cintura nera) che, durante un allenamento-esibizione, aveva colpito con un calcio circolare un altro atleta (cintura bianca), procurandogli un trauma facciale con fratture multiple. Il Collegio ha ravvisato una violazione delle cautele generali di diligenza e prudenza, in quanto «funzione tipica dell'allenamento-esibizione è essenzialmente, nella disciplina del *karate*, il reciproco studio dei colpi e della tecnica sportiva per un complessivo miglioramento e coordinamento dei movimenti propri della disciplina stessa; per contro, la competizione agonistica è caratterizzata dalla specifica finalità di dominare l'avversario utilizzando ogni movimento e colpo regolarmente idonei a renderlo inerte». Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 1999, n. 2765, come citata da S. BONINI, voce *Colpa sportiva*, cit., 280.

Un ragionamento analogo si riscontra anche in una risalente pronuncia della Corte di cassazione, chiamata nel 1938 a decidere della responsabilità di un giovane che, insieme ad alcuni amici, aveva deciso di tirare di scherma con canne di bambù. Durante un "assalto", il giovane aveva colpito il suo "avversario" a un occhio, cagionandogli la perdita quasi totale del *visus*. La Corte confermava la condanna del giovane per lesioni gravissime in quanto «l'esposizione al pericolo, ancorché volontaria, deve intendersi limitata all'eventualità di offese che possano derivare dall'andamento normale e leale del giuoco, non potendo certo consentirsi la lesione prodotta dall'altrui imprudenza o dalla violazione di regole di condotta del giuoco. (...) [Ne discende la colpa del giovane che] si diè con impeto ad attaccare l'avversario impreparato, senza usare quelle precauzioni normali suggerite dalla pericolosità dell'oggetto, e non contenendo l'attacco nei limiti di una innocua competizione di scherma». Cfr. Cass. pen., Sez. II, 14 dicembre 1938, *Marchetti*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, 178 ss., con nota di E. ONDEI, *Osservazioni sul consenso nei giuochi leciti*, ivi, 178 ss.

Nella giurisprudenza civile, degno di nota è un caso che, sebbene molto simile a quello del *karate*, ha condotto a un esito diverso. La Cassazione civile, infatti, ha escluso il diritto al risarcimento del danno invocato da un soggetto che, chiamato a fare da "sagoma umana" durante una prova di esame di *Ju Jitsu*, aveva ricevuto da un atleta un calcio al volto che gli aveva procurato una deviazione del setto nasale. La Corte ha escluso la responsabilità aquiliana dell'atleta in quanto i danni da esso arrecati rientravano nell'alea normale del rischio a cui la vittima si era consapevolmente esposta. Cfr. Cass. civ., Sez. VI, 19 novembre 2021, n. 35602, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 545 ss., con nota di M.L. SCOGNAMIGLIO, *L'accettazione del rischio nello svolgimento dell'attività sportiva*, ivi, 548 ss.

Sulla distinzione tra competizioni ufficiali e non ufficiali, in dottrina, v. L.M. FLAMINI, voce *Violenza sportiva*, cit., 1788 s. e G. PONTEPRINO, "*Violenza sportiva*" e responsabilità penale, cit., 32 s.

anche l'allenatore, l'organizzatore della competizione e il gestore dell'impianto sportivo possono essere chiamati a rispondere dell'altrui esposizione al rischio¹⁰².

È, ad esempio, quanto accaduto all'allenatore della nazionale italiana di *taekwondo*, ritenuto responsabile di lesione colposa per aver omesso di far indossare a un atleta il caschetto di protezione, con la conseguenza che questi, scivolato a terra durante un allenamento "faccia a faccia", aveva riportato un'emorragia cerebrale da cui era derivato un indebolimento permanente dell'udito. La Corte ha osservato che dalla stessa natura pericolosa del *taekwondo* discende che «la posizione di garanzia di cui l'allenatore è investito implichi la sicura imposizione di porre in atto quanto è possibile per impedire il verificarsi di eventi lesivi per coloro che praticano detto sport»¹⁰³.

Tale pronuncia appare particolarmente severa, considerato che l'atleta non era un dilettante, bensì un professionista che si stava allenando in vista dei campionati europei di *taekwondo*. Insomma, si trattava di un soggetto che senz'altro era ben consapevole dei rischi a cui andava incontro non indossando il casco protettivo. Appare inoltre discutibile l'idea secondo cui l'allenatore abbia sempre e comunque un dovere di protezione anche nei confronti dell'atleta agonista adulto o comunque di età matura, atteso che quest'ultimo è ben informato e consapevole dei rischi dello sport che pratica quotidianamente e individua nell'allenatore non tanto una figura capace di proteggerlo dai rischi circondanti quanto un soggetto in grado di trasmettergli le conoscenze tecniche necessarie per affrontare al meglio le competizioni sportive.

Diverso, invece, il caso in cui l'istruttore alleni dei bambini o dei ragazzi. In tal caso, egli ha senz'altro una posizione di garanzia, considerato che l'inesperienza e, in generale, la vulnerabilità dei giovani atleti esclude la possibilità che questi si siano esposti al rischio con consapevolezza. Appare, pertanto, immune da censure la pronuncia della Corte di cassazione che ha ritenuto un allenatore responsabile della morte di un ragazzo per aver consentito l'inizio dell'allenamento senza aver effettuato vigilanza sullo stato dei luoghi e, nello specifico, per non aver verificato

¹⁰² Anche l'arbitro potrebbe essere chiamato a rispondere della condotta pericolosa dei giocatori. Per un caso in cui la giurisprudenza ha preso in considerazione la responsabilità dell'arbitro, si veda Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9160, in *C.E.D.*, Rv. 272534-01, secondo cui l'arbitro ha una posizione di garanzia in ordine all'incolumità fisica dei calciatori di fronte a rischi connessi a eventi atmosferici o a ragioni di ordine pubblico che possano ostacolare o impedire lo svolgimento del gioco: il Collegio ha perciò escluso la responsabilità dell'arbitro per le lesioni patite da un calciatore a causa di un avvallamento del terreno di gioco nascosto da una pozzanghera di acqua piovana.

¹⁰³ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 18 luglio 2014, n. 31734, in *OneLegale*, ad avviso della quale «né il fatto che tali specifiche cautele non fossero espressamente contemplate dal regolamento federale vale ad escludere la responsabilità (...), ove le condizioni in cui l'allenamento si svolgeva aggravino i rischi per la salute e l'incolumità degli atleti». Si veda anche il relativo commento di G. CIVELLO, *La posizione di garanzia dell'allenatore sportivo: fra obblighi di protezione e autoresponsabilità*, in *Arch. pen. (web)*, 2014, 3, 1 ss.

CAPITOLO TERZO

che le porte del campo da calcio dove si svolgeva l'allenamento fossero ancorate al suolo, cosicché una di queste, caduta addosso al ragazzo, ne cagionava la morte¹⁰⁴.

Anche gli organizzatori di gare o di competizioni possono essere chiamati a rispondere per gli incidenti occorsi ai danni dei partecipanti all'attività sportiva.

Emblematica, al riguardo, una decisione che ha confermato la responsabilità dell'organizzatore di un *rally*, in un caso in cui un pilota, dopo aver affrontato una curva a più di 100 km/h, era deceduto urtando contro una quercia posta a circa un metro dal margine della careggiata e non adeguatamente segnalata e delimitata. Ad avviso della Corte di cassazione, l'organizzatore aveva «l'obbligo giuridico di porre in essere tutte le cautele possibili onde evitare incidenti di gara, non potendo, in difetto, invocare il carattere intrinsecamente pericoloso della predetta attività, che soltanto con riguardo alle condotte dei partecipanti può dirsi non ispirata al comune concetto di prudenza»¹⁰⁵.

Una tale impostazione rischia di essere il prodromo dell'irrilevanza dell'auto-responsabilità, soprattutto se l'interprete continua a omettere di individuare e distinguere le aree di rischio che il soggetto agente e la vittima sono chiamati rispettivamente a governare¹⁰⁶.

Nel caso di specie, la decisione di condannare l'organizzatore per omesso impedimento dell'evento morte del pilota appare opinabile, in quanto quest'ultimo: 1) aveva consapevolmente deciso di partecipare a uno sport di per sé pericoloso; 2) aveva affrontato la curva antecedente allo schianto a una velocità talmente elevata che «l'automobile si era piegata attorno all'albero»; 3) aveva tenuto una condotta così imprudente da far sorgere il dubbio persino in capo alla Procura generale presso la Corte di Appello di Firenze che le eventuali protezioni sullo specifico punto del percorso probabilmente non sarebbero state idonee ad impedire il tragico epilogo. Nonostante ciò, l'organizzatore è stato chiamato a rispondere perché era «prevedibile e concretamente prevenibile, nel contesto del *rally* automobilistico da svolgersi in strade chiuse al traffico (...), l'errore del pilota». Tale ragionamento non appare affatto inoppugnabile, poiché, se così fosse, qualsiasi organizzatore di *rally*, prima della gara, per paura di qualche indagine o condanna a suo carico, dovrebbe abbattere tutti gli alberi presenti lungo il percorso o, comunque, recintare

¹⁰⁴ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. IV, 18 maggio 2006, n. 16998, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5, 1249, con nota di S. MANTOVANI, *In tema di lesioni colpose nello sport*, ivi, 1251 ss. Occorre precisare che nel caso di specie vi fu una condotta colposa anche del ragazzo, che si era messo a dondolare aggrappandosi con le braccia alla traversa. Secondo i giudici, tale condotta non ha fatto venire meno la posizione di garanzia in capo all'allenatore, attesa l'inconsapevolezza del giovane.

¹⁰⁵ Così, Cass. pen., Sez. IV, 31 maggio 2017, n. 27304, in *C.E.D.*, Rv. 270187-01. Similmente, sempre in tema di *rally*, v. anche Cass. pen., Sez. IV, 15 settembre 2008, n. 35326, in *C.E.D.*, Rv. 241982-01.

¹⁰⁶ Di tale avviso, S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, cit., 595.

l'intero tracciato, stravolgendo l'essenza stessa del *rally*, che – in assenza di ostacoli naturali – si trasformerebbe di fatto in una corsa su circuito chiuso¹⁰⁷.

Infine, con riguardo alla responsabilità dei gestori di impianti sportivi, meritevole di menzione è una recente pronuncia che sembra (finalmente) distinguere i rischi a carico del garante da quelli a carico della vittima¹⁰⁸.

La Corte, invero, ha escluso la responsabilità del gestore di un circuito motociclistico nel quale aveva perso la vita un pilota dopo che questi, anziché impostare la curva, aveva proseguito con andamento rettilineo a velocità sostenuta, arrampicandosi su un terrapieno che, trasformatosi in una sorta di trampolino di lancio, aveva permesso al veicolo di scavalcare sia la “zona neutra” posta a confine della pista sia la recinzione dell'intero circuito. Il pilota andava così a impattare contro un muro della limitrofa ferrovia, perdendo la vita a seguito della rottura dell'aorta in politrauma.

Il gestore della pista non è stato dichiarato responsabile perché aveva vigilato sulla corretta osservanza dei criteri di salvaguardia dell'incolumità degli atleti stabiliti dalle norme elaborate dalle stesse associazioni sportive a cui anche la stessa vittima era tesserata. La pista era risultata conforme alle indicazioni regolamentari ed era stata omologata per le gare sportive dalle competenti federazioni sportive. Insomma, il Collegio ha ritenuto che il gestore avesse rispettato i generali parametri di diligenza e perizia, aggiungendo che in concreto non fosse «esigibile alcun onere cautelare ulteriore» né «un ulteriore comportamento alternativo lecito».

Quest'ultima pronuncia, attraverso il richiamo alla (non) esigibilità di ulteriori condotte doverose, sembra quindi basare il suo giudizio anche sulla valorizzazione della misura soggettiva della colpa¹⁰⁹.

In effetti, solo l'attenzione verso la c.d. “colpevolezza colposa” consente di dare il giusto rilievo al ruolo che la condotta della vittima ha avuto nella verifica dell'evento¹¹⁰.

Il settore sportivo può dare l'impressione di essere un ambito dell'agire con poche e comuni caratteristiche. La realtà dei fatti, però, mostra il contrario. Le discipline sportive sono molteplici ed eterogenee tra loro, il grado della loro

¹⁰⁷ Diverso il caso in cui la Corte ha «affermato la responsabilità degli organizzatori di una attività di aviolancio per il decesso di una allieva, avendo omesso di adottare adeguate cautele nonostante la presenza di un forte vento e la inesperienza della vittima che doveva effettuare il suo primo lancio»: cfr. Cass. pen., Sez. IV, 22 agosto 2016, n. 35263, in *C.E.D.*, Rv. 267551-01.

¹⁰⁸ Si allude a Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2023, n. 1425, in *C.E.D.*, Rv. 285632-01.

¹⁰⁹ Più diffusamente, *supra* Capitolo II, § 4.4.

¹¹⁰ Di tale avviso, per es., S. BONINI, voce *Colpa sportiva*, cit., 277 e G. PONTEPRINO, “*Violenza sportiva*” e *responsabilità penale*, cit., 35 s.

pericolosità è variabile e, dato non trascurabile, la tipologia delle condotte lesive risulta decisamente assortita, sia sul lato attivo che su quello passivo.

In un simile contesto, solo il riferimento alla misura soggettiva della colpa, mediante il giusto apprezzamento delle peculiarità del caso concreto, appare davvero idoneo a evitare che l'autore di una condotta pericolosa, a cui la vittima si è consapevolmente esposta, incappi in una responsabilità "da posizione"¹¹¹. Solo così, cioè, il principio di personalità della responsabilità penale trova piena dignità. Solo così l'auto-responsabilità della vittima non cade nella completa irrilevanza.

3.1.1. Montagna, rischio e responsabilità.

La pratica di attività sportive e ricreative in ambito montano è sempre più frequente: occupa ormai tutte le stagioni dell'anno e coinvolge qualsiasi tipo di persona, da quella esperta a quella principiante.

La montagna rappresenta dunque un vero e proprio tesoro, in termini non solo naturali e paesaggistici ma anche turistici ed economici¹¹².

Aumenta così la frequentazione delle vette, ma pure il numero di incidenti¹¹³. Alcuni di questi si verificano nello svolgimento di attività talmente estreme e in solitudine che l'auto-responsabilità della vittima esclude quasi automaticamente profili di responsabilità altrui. Altri, per vero la maggioranza, si verificano invece in contesti caratterizzati dalla interazione di più soggetti, rispetto ai quali, di frequente, risulta arduo segnare i confini tra le rispettive sfere di gestione del rischio e, quindi, di responsabilità.

¹¹¹ Nel testo ci si riferisce all'ipotesi di auto-esposizione al pericolo ingenerato da altri (o consenso al pericolo altrui) ma il ragionamento vale anche per l'ipotesi di auto-esposizione al pericolo creato dalla stessa vittima (o auto-esposizione vera e propria).

Si noti poi che, in ambito sportivo, la vittima potrebbe anche essere un soggetto diverso dall'atleta. Si pensi, per esempio, al collaboratore che, nell'esecuzione della propria prestazione lavorativa, si espone all'altrui attività pericolosa (il meccanico che si occupa del *pit stop* nelle gare automobilistiche) o allo spettatore che assista a una competizione pericolosa (il tifoso che segua a bordo strada una gara di *rally*). Per un approfondimento, si rinvia a U. RUFFOLO, *Attività sportiva estrema e responsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 2019, 34 s., quanto all'auto-responsabilità nell'ambito di attività lavorative legate all'esercizio di sport, e a R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 264 ss., quanto all'auto-responsabilità dello spettatore di gare sportive.

¹¹² Basti pensare che, secondo gli ultimi dati diffusi dal Ministero del Turismo, solo i comprensori sciistici hanno generato, nella stagione invernale 2023-2024, 22 miliardi di euro.

¹¹³ Solo nel 2023, sulle montagne italiane si sono registrati: 5.720 feriti leggeri; 1.579 feriti gravi; 323 feriti con funzioni vitali compromesse e 491 morti. Gli incidenti hanno coinvolto indistintamente tutte le fasce di età e hanno interessato una grande varietà di attività: dall'escursionismo al sci alpino e nordico, dalla *mountain bike* alle ferrate, fino alla ricerca dei funghi. Cfr. il "Report delle attività di soccorso 2023" diffuso dal Corpo nazionale del soccorso alpino e speleologico, in *www.cnsas.it*.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

In tema di responsabilità penale per incidenti in montagna, l'intreccio tra cause sia umane che naturali pone questioni rilevanti sotto tanti punti di vista: dalla natura attiva od omissiva della condotta penalmente rilevante al contenuto delle posizioni di garanzia, dall'accertamento del nesso causale a quello dell'elemento soggettivo, dalla cooperazione colposa al concorso di fattori colposi indipendenti, dalla delega di funzioni al principio di affidamento. Insomma, «lo svolgimento di attività sportive (invernali o estive) in montagna rappresenta una vera e propria miniera d'oro per i penalisti»¹¹⁴.

Tra i tanti temi che possono venire in rilievo vi è senz'altro l'auto-responsabilità della vittima. Infatti, tutti coloro che decidono di praticare un'attività in montagna accettano di correre dei rischi, più o meno elevati, pur di trascorrere un po' di tempo nella natura e, così, realizzare i propri interessi.

Il tema della consapevolezza del rischio, quindi, diventa centrale. La conoscenza del meteo, delle condizioni ambientali circostanti e dei luoghi, l'attrezzatura e le informazioni a disposizione, l'età, le capacità e le abilità personali, l'esperienza e la preparazione tecnica, sono tutti fattori che incidono sul grado di consapevolezza della vittima¹¹⁵.

Più il livello di consapevolezza è basso, più la vittima è vulnerabile ai rischi a cui si espone. La vulnerabilità fa sorgere specifici obblighi di protezione e di controllo in capo a soggetti più preparati a gestire il rischio. Proprio su tali soggetti grava una serie di doveri di garanzia e di diligenza che possono ridurre di molto la sfera di auto-responsabilità della vittima.

Nell'ambito delle più praticate attività ludico-sportive si può ravvisare una posizione di garanzia in capo al maestro di sci, al gestore di impianti sciistici e alla guida alpina (o, più in generale, all'accompagnatore escursionistico).

Sulla responsabilità di tali soggetti, invero, si è focalizzata quasi tutta la giurisprudenza di legittimità intervenuta in tema di incidenti in montagna¹¹⁶.

Partendo dalla responsabilità del maestro di sci, degne di menzione sono due pronunce su episodi molto simili tra loro.

In entrambi i casi, il maestro di sci aveva condotto i propri allievi fuori dalle piste battute, in zone nelle quali era previsto il pericolo di valanghe. Nel corso della discesa, si staccava dall'alto del monte una massa di neve che investiva e uccideva

¹¹⁴ Sic, K. SUMMERER, *Incidenti in montagna e responsabilità penale: spunti di riflessione*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 425.

¹¹⁵ Vd., di nuovo, K. SUMMERER, *Incidenti in montagna e responsabilità penale*, cit., 433.

¹¹⁶ Decisamente più ricca e variegata appare, invece, la casistica affrontata dalla giurisprudenza di merito.

CAPITOLO TERZO

alcuni componenti della “classe” di sciatori. In entrambe le ipotesi, veniva dichiarata la responsabilità del maestro, in quanto «gli insegnanti (...) sono tenuti a vigilare sull'incolumità dei loro allievi nel periodo in cui si esercitano sotto la loro guida. Tale obbligo trova il suo fondamento, in primo luogo, nell'uso e nella prassi consolidata che deve ritenersi tacitamente richiamata ogni qualvolta si stipula un contratto, anche verbale, di insegnamento tra una scuola o un maestro ed un allievo. Al di fuori del contratto, l'obbligo trova fondamento anche nell'art. 2043 cod. civ. che impone di non provocare danni ingiusti»¹¹⁷.

Vero è che chi decide di iscriversi a un corso di sci certamente non intende esporre sé stesso al rischio di essere travolto da una slavina, perché il proprio maestro, durante la lezione, lo ha portato a sciare “fuori pista”. Vero anche, però, che l'allievo è consapevole che, nel corso della lezione, si esporrà al rischio di cadere e di procurare a sé o ad altri delle lesioni.

È infatti ovvio che, «per quanta cautela sia profusa dal maestro di sci, è pur sempre possibile che l'allievo cada, per l'intrinseca natura dell'attività che la scuola è richiesta di svolgere e perché costituisce dato di comune esperienza che non è dato imparare a sciare senza incappare mai in cadute»¹¹⁸. Sarebbe quindi erroneo assumere che, per il solo fatto della caduta, il maestro venga chiamato a rispondere delle lesioni riportate dall'allievo.

In tale caso, perciò, l'auto-esposizione al rischio da parte dei partecipanti alla scuola di sci esclude la responsabilità del maestro tutte le volte che questi abbia adempiuto all'obbligo di garantire la sicurezza degli allievi, per quanto possibile ed esigibile in concreto¹¹⁹.

Passando alla responsabilità del gestore dell'impianto sciistico, la prima cosa da segnalare è che egli, a differenza del maestro di sci, non ha alcun contatto diretto con la vittima.

Ciò significa che il gestore ha un obbligo di garanzia più generale, a protezione di un numero indeterminato di persone.

¹¹⁷ Così, Cass. pen., Sez. IV, 18/09/1991, n. 9665, in *C.E.D.*, Rv. 191201-01. Vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 30 giugno 2008, n. 26116, in *C.E.D.*, Rv. 240845-01.

¹¹⁸ In questo senso, Cass. civ., Sez. III, 3 febbraio 2011, n. 2559, in *C.E.D.*, con nota di P.F. DAGASSO, *La responsabilità del maestro di sci tra onere della prova e contatto sociale*, in *Dir. fisc. assicurazione*, 2013, 1, 73 ss. Sull'auto-responsabilità dell'allievo per caduta autonoma nella giurisprudenza civile, cfr. anche F. BISANTI, *La responsabilità della scuola e del maestro di sci per caduta autonoma di un'allieva tra obblighi di vigilanza e autoassunzione del rischio: una pronuncia di merito*, in *Riv. dir. sport.*, 2015, 501 ss.

¹¹⁹ Vd. L. MUSAMARRA, *La gestione della sicurezza negli sport invernali*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 391, ad avviso della quale «lo standard di diligenza richiesto al maestro di sci dipende dalle circostanze del caso concreto, variando di intensità e contenuti».

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Il suo dovere impeditivo, quanto alle fonti, «origina dal contratto concluso con lo sciatore, che utilizza l'impianto e le piste dallo stesso servite, e non dalla presunta intrinseca pericolosità dell'attività svolta, atteso che pericolosa è in realtà la pratica sportiva dello sci»¹²⁰.

Da qualche tempo a questa parte, la posizione di garanzia del gestore trova fondamento anche direttamente nella legge: dapprima nella legge 24 dicembre 2003, n. 363 (in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo), ora nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40 (recante misure in materia di sicurezza delle discipline sportive invernali)¹²¹.

Quanto al contenuto della posizione di garanzia, invece, il dovere del gestore si traduce, sostanzialmente, nell'obbligo di mettere in sicurezza l'area di sua competenza, tramite l'installazione di adeguate recinzioni e la segnalazione delle situazioni di pericolo¹²².

In particolare, sul gestore incombe «l'obbligo di recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o, in alternativa, rimuovere possibili fonti di rischio, ma solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore, apparendo inesigibile pretendere che tutta la pista sia recintata o che tutti i pericoli siano rimossi»¹²³.

Vero, dunque, che il gestore non è tenuto a recintare tutta la pista; ma vero anche che tale figura ha un obbligo di protezione che non si limita a comprendere

¹²⁰ Così, Cass. pen., Sez. IV, 9 novembre 2015, n. 44796, in *C.E.D.*, Rv. 255029-01. Nello stesso senso, anche Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39619, in *C.E.D.*, Rv. 237834-01.

¹²¹ Per un primo commento sulle novità introdotte dal d.lgs. 40/2021, si rinvia a R. CRUCIOLI, *Il d.lgs. n. 40/2021. Luci ed ombre. Profili penali*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 1 ss. Per un ampio approfondimento, cfr. AA.VV., *La nuova legislazione sulla sicurezza nelle discipline sportive invernali (D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40)*, a cura di E. BALLARDINI, G. CESARI, Milano, 2022.

¹²² *Ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 3 maggio 2019, n. 18333, in *C.E.D.*, Rv. 275801-02.

Il gestore ha l'obbligo di garantire la sicurezza di tutti gli utenti della pista, inclusi gli atleti. Sull'argomento, v. Cass. pen., Sez. F., 7 ottobre 2020, n. 27923, in *C.E.D.*, Rv. 279634-01, che ha affermato che «il gestore della pista da sci conserva una posizione di garanzia, con riguardo alla predisposizione di protezioni e misure di sicurezza, anche qualora la pista sia utilizzata per la pratica agonistica, consistente sia in allenamenti che in gare, in quanto tale obbligo è complementare a quello degli organizzatori della gara, essendo entrambi tenuti a valutare l'idoneità delle protezioni perimetrali al fine di garantire la sicurezza degli atleti».

Non solo la giurisprudenza, ma anche la stessa legge individua l'obbligo di garanzia in un generale obbligo di sicurezza. Si allude all'art. 11 del d.lgs. 40/2021, che prevede che i gestori «assicurino agli utenti la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza, provvedendo alla messa in sicurezza delle piste. I gestori proteggono gli utenti da ostacoli presenti lungo le piste mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli stessi e segnalazioni della situazione di pericolo atipico».

Sulle modalità di attuazione dell'obbligo di protezione (e sul rapporto tra le regole previste dalla legge nazionale e quelle eventualmente previste dalla legge regionale), v. Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2018, n. 30927, in *OneLegale*.

¹²³ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 24 marzo 2017, n. 14606, in *C.E.D.*, Rv. 269851.

CAPITOLO TERZO

i pericoli interni al tracciato, ma si estende anche a quelli esterni, laddove la situazione dei luoghi e le caratteristiche del percorso rendano “altamente probabile” una fuoriuscita dalla pista¹²⁴.

Un conto è l’uscita dalla pista causata dalla mancata predisposizione di presidi atti a contenere la pericolosità della pista stessa e dell’ambiente ad essa circostante: in tal caso, appare corretto riconoscere in capo al gestore l’obbligo giuridico di adottare le cautele idonee a tutelare lo sciatore anche dai pericoli esterni al tracciato.

Un altro conto, invece, è il “fuori pista” praticato volutamente o colposamente dalla vittima: in tal caso, la responsabilità del gestore cede il passo all’auto-responsabilità dello sciatore¹²⁵.

Invero, «al di fuori dell’ambito della pista, il gestore non ha alcun potere di dominio sulle possibili fonti di pericolo per i terzi, né alcun potere di organizzazione, intervento e vigilanza su di esse, con la conseguenza che egli non ha alcun obbligo di attivarsi per impedire il verificarsi di eventi lesivi nei confronti di soggetti terzi. Non è configurabile, quindi, in capo al gestore dell’area sciabile, alcun obbligo di protezione nei confronti degli sciatori che abbiano abbandonato la pista battuta, volontariamente, o anche erroneamente e inconsapevolmente, ad esempio per eccessiva velocità o per disattenzione, e si siano trovati “fuori pista”. Il terreno innevato che si trova fuori della pista da sci, infatti, è estraneo al

¹²⁴ Di tale avviso: Cass. pen., Sez. fer., 13 agosto 2015, n. 37267, in *Danno e resp.*, 2016, 139; Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 15711, in *C.E.D.*, Rv. 263152; Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2010, n. 10822, in *C.E.D.*, Rv. 246744; e Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2004, n. 27861, in *C.E.D.*, Rv. 229073.

In dottrina, cfr. S. CRIMI, voce *Diritto penale dello sport*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 2016, 350, il quale ritiene che «la protezione dello sciatore cessi ai bordi della pista, specie quando questa sia sufficientemente larga da consentire un percorso in sicurezza, non potendo certo ritenersi che tutto il percorso debba essere contornato da reti di protezioni».

¹²⁵ In caso di “fuori pista” consapevole, lo sciatore non solo risponde dell’evento lesivo *contra se* ma potrebbe essere chiamato a rispondere anche delle offese arrecate a terzi a causa della propria condotta imprudente, come nel caso in cui la sua discesa provochi il distacco di una valanga che travolge altri sciatori presenti in zona.

Sulla responsabilità dello sciatore per valanga colposa *ex artt.* 426 e 449 c.p., si vedano: A. GARGANI, *Attività sportive in montagna tra pericoli naturali, gestione del rischio e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2023, 1-2, 83 ss.; S. ROSSI, C. BUSATO, *Sinistri in fuori pista e responsabilità penale*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 194 ss. e S. ROSSI, *Antropizzazione delle aree montane, valanghe e diritto penale*, in *www.dirittodeglisportdelturismo.jus.unitn.it*, 31 gennaio 2017. Vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 2 aprile 2019, n. 14263, in *C.E.D.*, Rv. 275364-01, che «ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva riconosciuto la responsabilità di due sciatori che, usciti dalla pista battuta in violazione di uno specifico divieto previsto da un regolamento regionale, avevano provocato tre valanghe di “cospicua portata”, ritenendo irrilevante che il versante in cui si era prodotta la valanga non fosse antropizzato, non potendosi escludere la possibilità di danni ad altre persone che avessero impegnato il pendio fuori pista sciando o passeggiando».

controllo del gestore della stessa, con la conseguenza che questi non è garante dei beni giuridici esposti ad eventuali pericoli che quel terreno possa presentare»¹²⁶.

L'accertamento della responsabilità del gestore, però, si complica quando il “fuori pista” avviene nelle aree contigue ai percorsi tracciati. Chi pratica sci sa che all'interno di qualsiasi comprensorio esiste una serie di passaggi interni alla vegetazione (i c.d. “boschetti”) che fungono da collegamento tra le varie piste del comprensorio. Una domanda sorge spontanea: la responsabilità del gestore della pista si estende anche ai rischi presenti lungo questi varchi naturali, di solito molto frequentati anche dai maestri di sci con i loro allievi?

La Corte di cassazione ha affermato che il gestore ha l'obbligo di informare lo sciatore – con *adeguate, incisive e specifiche* segnalazioni – dei pericoli a cui va incontro qualora decida di lasciare la pista battuta. Tale obbligo sorge tutte le volte che la conformazione dei luoghi lasci intendere che il “fuori pista” costituisca una variante della pista medesima.

I giudici, al riguardo, aggiungono che l'omessa o l'inadeguata segnalazione dei pericoli di tali “terre di mezzo” «ha valore assorbente rispetto al comportamento della vittima, la cui condotta può, infatti, assumere rilevanza ai fini penalistici solo dopo che da parte dei soggetti obbligati siano state osservate le prescrizioni di loro competenza. In altri termini, la responsabilità del destinatario della posizione di garanzia non può essere esclusa, per causa sopravvenuta, una volta riscontrato l'inadempimento dell'obbligo, allorché il comportamento della vittima, che pure abbia dato occasione all'evento, sia da ricondurre, comunque, alla mancanza o insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di siffatto comportamento»¹²⁷.

Un'ultima considerazione in ordine alla posizione di garanzia del gestore riguarda la situazione in cui quest'ultimo individui, con un'apposita delega di funzioni, un responsabile della sicurezza delle piste.

Secondo la giurisprudenza formatasi sulla questione, l'iniziale valutazione dei rischi rappresenta un adempimento doveroso e non delegabile, in quanto «tale

¹²⁶ Così, Cass. pen., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32489, in *OneLegale*.

La Corte di cassazione ancora non parla espressamente di “auto-responsabilità” dello sciatore che va “fuori pista”. La giurisprudenza di merito, invece, ha iniziato a riconoscere in maniera esplicita tale principio. Il riferimento è, per es., a Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019, n. 636, in *Osserv. Sport invernali – con.it*, secondo cui «quando lo sciatore va fuori pista ovvero fuori dall'area sciabile attrezzata, scia a proprio rischio e pericolo e deve pertanto affrontare la discesa con le dovute cautele e precauzioni (c.d. principio di auto-responsabilizzazione dello sciatore fuori pista)».

¹²⁷ Si veda Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39619, in *C.E.D.*

Secondo A. GARGANI, *Attività sportive in montagna tra pericoli naturali, gestione del rischio e responsabilità penale*, cit., 78, l'art. 26, comma 4, d.lgs. 40/2021 si riferisce implicitamente anche a questi tracciati.

CAPITOLO TERZO

valutazione rappresenta un *prius* logico rispetto alla possibilità di conferire a un soggetto terzo la responsabilità in tema di sicurezza della pista»¹²⁸. Sicché, il gestore risponde, a titolo di colpa, dell'evento lesivo provocato da una situazione di pericolo che non aveva valutato prima della messa in esercizio della pista e del conferimento della delega di funzioni.

Inoltre, il gestore, anche una volta trasferiti gli obblighi preventivi in capo al delegato alla sicurezza, rimane titolare di una posizione di garanzia che sostanzialmente si concretizza nel dovere di vigilanza sull'attività del delegato, con il conseguente obbligo di esercitare poteri sostitutivi a fronte della colposa inerzia di quest'ultimo¹²⁹.

Analogamente alla responsabilità del maestro di sci e del gestore degli impianti, anche quella ascrivibile in capo alla guida alpina o all'accompagnatore si fonda sulla presenza di una posizione di garanzia.

Su tali figure gravano penetranti doveri di protezione verso i soggetti guidati o accompagnati.

In particolare, «il requisito fondamentale per determinare la sussistenza di profili di responsabilità è costituito dalla “presa in carico” effettiva del soggetto accompagnato: infatti, è necessario che vi sia l'accordo tra le parti sull'affidamento (che potrà essere tacito o espresso, scritto o verbale), cui segue, per contro, un dovere di subordinazione dell'accompagnato nei confronti dell'accompagnatore. Il potere direttivo ed il correlato dovere di soggezione divengono così elementi essenziali del rapporto»¹³⁰.

Gli obblighi della guida variano a seconda dell'esperienza dei soggetti accompagnati, della tipologia di luoghi attraversati, delle condizioni climatiche e della fase dell'escursione.

¹²⁸ Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2019, n. 50427, in *C.E.D.*, con note, tra gli altri, di: M. BORGABELLO, *La Cassazione sugli obblighi del gestore di impianti sciistici: la valutazione dei rischi non è delegabile*, in *Giur. pen. (web)*, 17 marzo 2020; D. NOTARO, *Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive*, in *disCrimen*, 27 aprile 2020; G. RAPELLA, *Incidente mortale su una pista da slittino: la Cassazione sulla responsabilità del gestore in caso di delega di funzioni*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2020; V. TORRE, *La disciplina della valutazione del rischio in materia di sicurezza del lavoro costituisce un paradigma regolativo per tutte le attività rischiose?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 6, 803 ss.

¹²⁹ Sul punto, cfr., di nuovo, Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2019, n. 50427, cit., che espressamente applica i principî, sia normativi che giurisprudenziali, tipici dell'ambito degli infortuni sul lavoro, agli infortuni sulle piste da sci (o, come nel caso di specie, sulle piste da slittino).

¹³⁰ In questi termini, S. ROSSI, *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna. Alla ricerca di nuovi equilibri in tema di obblighi precauzionali e gestione del rischio*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2013, 7.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Innanzitutto, tale figura ha il dovere preventivo di verificare che ci siano le condizioni ambientali idonee ad affrontare in sicurezza il percorso. Se tali condizioni non sussistono, ha l'obbligo di sospendere la gita o di cambiare tracciato¹³¹.

La guida ha, poi, l'obbligo di preparare, informare, proteggere e controllare i partecipanti alla spedizione, i quali a loro volta hanno il dovere di rispettare le istruzioni ricevute: se qualcuno viola le prescrizioni impartite, la guida ha il potere-dovere di escluderlo o, se ciò non è possibile, l'“insubordinato” assume su di sé le conseguenze negative del suo comportamento¹³².

Quando l'escursione si svolge sulla base di un contratto stipulato tra la guida e i partecipanti-clienti, si può senz'altro affermare che la prima ha una posizione di garanzia a favore dei secondi.

Diverso, invece, il caso in cui l'escursione coinvolga un gruppo di amici, tutti più o meno con la stessa passione e, soprattutto, esperienza. In questa ipotesi, ogni componente del gruppo fa affidamento sulle proprie capacità ma, al tempo stesso, confida in una protezione e controllo reciproci. Può capitare che, durante la spedizione, qualcuno assuma di fatto il ruolo di guida, come *primus inter pares*. È quanto accaduto a un gruppo di amici molto esperti che aveva deciso di intraprendere insieme un'escursione sciistica in alta montagna. Il più anziano era partito per primo e gli altri lo avevano seguito. Nel corso di una discesa, uno di loro, sciando su neve fresca non tracciata, provocava una valanga che travolgeva un gruppo di altri scialpinisti. Veniva tratto a giudizio non solo il responsabile materiale della valanga ma anche l'amico più anziano che, secondo l'accusa, assumendosi volontariamente il ruolo di guida di fatto, avrebbe avuto una posizione di garanzia nei confronti del compagno imprudente. Il G.U.P. presso il Tribunale di Sondrio ha però assolto la guida di fatto, in quanto chi aveva causato

¹³¹ Cfr. App. Torino, 27 ottobre 2022, n. 6613, in *Osserv. Sport invernali – con.it*, con nota di R. CRUCIOLI, *La perimetrazione della posizione di garanzia e la gestione dei rischi*. Eliski, ghiacciai e valanghe nelle decisioni del Tribunale di Aosta e della Corte di Appello di Torino, *ivi*. Nel caso di specie, la guida decideva di portare il gruppo su un tracciato che era interdetto per il rischio elevato di valanghe. Secondo i giudici, la guida avrebbe dovuto tenere la condotta alternativa lecita consistente nel percorrere altri tracciati, non interdetti. Un caso simile è stato affrontato da App. Torino, 14 febbraio 2023, come riportato da C. RUGA RIVA, *La responsabilità degli accompagnatori in montagna: anatomia di un caso (scialpinisti travolti da una valanga durante un corso CAI)*, in *Leg. pen. (web)*, 16 ottobre 2023, 1 ss.

¹³² S. ROSSI, *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna*, *cit.*, 8 riferisce di un caso in cui il Tribunale di Bolzano aveva assolto il capo gita perché il partecipante si era esposto consapevolmente all'evento morte, avendo contravvenuto alle disposizioni degli organizzatori che gli avevano vietato di deviare dal percorso prestabilito.

CAPITOLO TERZO

la slavina era un abile e valido sciatore, perfettamente capace di proteggere sé stesso e di prevedere i rischi della sua azione¹³³.

Anche la Corte di cassazione si è pronunciata sul tema, affermando che la volontaria assunzione di responsabilità da parte della guida di fatto deve essere ben nota e presente agli altri componenti del gruppo, che si convincono ad affrontare il rischio facendo affidamento sulla protezione e sul controllo di chi ha deciso di mettersi a capo della spedizione¹³⁴.

Così delineato il quadro della responsabilità penale in montagna, è possibile notare come in questo ambito l'attenzione nei confronti dell'auto-responsabilità della vittima sia superiore rispetto a tutte le altre attività ludico-sportive.

Non solo. Dalla casistica esaminata si percepisce nitidamente come il riconoscimento dell'auto-responsabilità dipenda dalla consapevolezza della vittima e dalla configurabilità dell'altrui dovere di garanzia¹³⁵.

Proprio sulla consapevolezza punta il già citato d.lgs. 40/2021, che – al Capo III – fissa una serie di regole di condotta a cui gli utenti delle aree sciabili devono attenersi.

Il legislatore, in particolare, pur non citando espressamente il concetto di auto-responsabilità, incentiva un vero e proprio *mutamento culturale*¹³⁶, incentrato sul ruolo “attivo” dello sciatore/vittima, che, ad esempio, ha l'obbligo di: indossare il

¹³³ Cfr. G.U.P. Sondrio, 10 marzo 2005, in *Giur. merito*, 2007, 3, 742 ss., con nota di L. GIZZI, *Brevi considerazioni in ordine all'assunzione volontaria di posizione di garanzia*, ivi. Per gli sviluppi processuali di tale vicenda cfr. S. ROSSI, *La riforma delle discipline sportive invernali e le principali norme di comportamento: il progressivo riconoscimento del principio di auto-responsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 12, nota 4.

¹³⁴ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. IV, 4 luglio 2007, n. 25527, in *C.E.D.*, Rv. 236852, «nella quale è stata ritenuta la responsabilità per omicidio colposo in capo a un soggetto che, assunto l'incarico di controllare il rientro notturno di alcuni slittini in un rifugio di montagna, seguendoli con una motoslitta, aveva trascurato di seguire uno di essi che aveva imboccato, a causa della neve ghiacciata e della ripidità della pista, un percorso errato, andandosi così a schiantare contro un albero».

¹³⁵ Per citare una pronuncia diversa da quelle già menzionate, si veda Cass. pen., Sez. IV, 4 settembre 2014, n. 36920, in *OneLegale*, che ha escluso la responsabilità del proprietario di un terreno dove erano presenti una serie di profonde e nascoste depressioni che egli aveva l'obbligo di recintare e segnalare in maniera idonea. Il proprietario non provvedeva a neutralizzare i rischi che tali buche potevano derivare ai terzi. Nonostante ciò, il proprietario-garante non veniva riconosciuto responsabile della morte di una persona ribaltatasi con la propria motoslitta a causa delle depressioni. La Corte ha imputato l'evento unicamente alla condotta spericolata della vittima, la quale, ben consapevole dello stato dei luoghi, aveva volontariamente deciso di affrontare le buche a tutta velocità con l'intento di saltarle per diletto. La Corte ha quindi fatto applicazione del principio di libera auto-determinazione della vittima, in forza del quale non si possono «imputare ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire».

¹³⁶ S. ROSSI, *La riforma delle discipline sportive invernali e le principali norme di comportamento*, cit., 29.

casco, se minorenne (art. 17); conoscere e rispettare le disposizioni previste per l'uso delle piste (art. 18, c. 1); tenere una condotta adeguata alle proprie capacità, caratteristiche della pista, condizioni ambientali e attrezzature utilizzate (art. 18, c. 2, 3 e 4); evitare pericoli per gli altri utenti (artt. 19-22); praticare le piste aventi un grado di difficoltà rapportato alle proprie capacità fisiche e tecniche (art. 27); non sciare in stato di ebbrezza (art. 31).

C'è, quindi, da aspettarsi un aumento delle ipotesi in cui la mancata osservanza, da parte della vittima, dei doveri a lei indirizzati esclude o comunque restringe la sfera di responsabilità di chi tradizionalmente ha un obbligo di garanzia nei confronti degli utenti della montagna.

La violazione, dolosa o colposa, di tali regole, infatti, consente all'interprete di considerare l'incidente come la conseguenza di una scelta assunta, in piena coscienza e volontà (*suitas*), dalla stessa vittima, la quale – esponendosi consapevolmente al rischio – accetta gli effetti pregiudizievoli della propria condotta.

3.2. Il lavoratore come partecipe consapevole della propria sicurezza.

La disciplina normativa in materia di sicurezza in montagna, a ben vedere, non è la sola a delineare una responsabilizzazione della vittima. Invero, anche le norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, da tempo, dedicano una certa attenzione agli obblighi a carico della vittima.

Già l'art. 6 del d.lgs. 27 aprile 1955, n. 547 individuava una serie di doveri dei lavoratori, poi integrati dall'art. 5 del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e, oggi, previsti dall'art. 20 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81¹³⁷.

Quest'ultima disposizione, al primo comma, stabilisce che «ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro».

Il secondo comma precisa gli obblighi di autotutela. Il lavoratore, in particolare, deve: contribuire, insieme al datore di lavoro, all'adempimento degli obblighi di

¹³⁷ Per una ricostruzione della disciplina vigente fino al 1994, v. D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, 1992, 108 ss.; dal 1994 al 2008, v. T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 4, 1157 ss.; dal 2008 in poi, v. E.M. AMBROSETTI, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII agg., 2014, 330 ss.

CAPITOLO TERZO

sicurezza (lett. *a*); utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, i mezzi di trasporto e i dispositivi di sicurezza/protezione (lett. *b* e *c*); segnalare immediatamente al datore di lavoro le deficienze dei mezzi e dei dispositivi messi a disposizione, nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui venga a conoscenza, adoperandosi, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità, per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo (lett. *e*); non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza (lett. *f*); non compiere di propria iniziativa operazioni che non sono di propria competenza (lett. *g*); partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro (lett. *h*).

Il legislatore fa discendere dalla violazione di tali doveri l'applicazione di sanzioni sia amministrative che penali (art. 59).

Sembra, dunque, che il lavoratore rivesta non solo la posizione di *creditore di sicurezza*, ma anche quella di *responsabile della sicurezza propria e altrui*¹³⁸.

Il dato normativo, infatti, ci consegna una figura di lavoratore intesa come *partecipe consapevole* della gestione dei rischi presenti nell'ambiente di lavoro¹³⁹, all'insegna di una più efficace prevenzione degli infortuni e di un modello di *sicurezza partecipativa e multilaterale*¹⁴⁰.

Alla luce di questa ricostruzione, appare quasi scontato attendersi dalla giurisprudenza una particolare attenzione alle situazioni di auto-responsabilità della vittima-lavoratore. La realtà, però, appare tutt'altra.

I giudici concentrano la loro attenzione esclusivamente sul datore di lavoro e sugli altri soggetti preposti alla sicurezza del luogo di lavoro, individuando nel generico art. 2087 c.c. o nel più specifico art. 18 del d.lgs. 81/2008 le fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento lesivo. Tale obbligo, ad avviso unanime della giurisprudenza, si estende anche alla protezione dei comportamenti colposi posti in essere dal dipendente¹⁴¹, «poiché il rispetto della normativa

¹³⁸ Cfr. R. BLAIOTTA, voce *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1192 e M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., 174. Si vedano anche M.L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima"*, cit., 9 e C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoresponsabilità*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2022, 1, 2, che definiscono il lavoratore addirittura come *debitore di sicurezza*.

¹³⁹ Vd. T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1164, le cui riflessioni, sebbene si riferiscano alla previgente disciplina, risultano per la maggior parte ancora valide.

¹⁴⁰ Vd. D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.* (web), 29 maggio 2019, 14.

¹⁴¹ Si noti che, ad avviso di parte della giurisprudenza, il datore di lavoro ha una posizione di garanzia anche rispetto alla prevenzione degli infortuni occorsi a soggetti estranei all'organizzazione del lavoro, «ancorché gli stessi tengano condotte imprudenti, purché non esorbitanti il tipo di rischio definito dalla norma cautelare violata». In questa direzione, per es.,

antifortunistica mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore anche dai rischi derivanti dalle sue stesse disattenzioni, imprudenze o disubbidienze, purché connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa»¹⁴².

La Corte di cassazione, chiamata sovente a valutare la rilevanza del comportamento imprudente del lavoratore, affronta la questione secondo due indirizzi, entrambi focalizzati sul piano dell'eventuale interruzione del nesso di causalità¹⁴³.

Il primo orientamento esclude la responsabilità del datore di lavoro in presenza di un comportamento del lavoratore che assuma il carattere dell'*eccezionalità*, *imprevedibilità*, *atipicità* e *abnormità*. In tal caso, la condotta inopinata del dipendente assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento, idonea a interrompere il nesso di causalità con la condotta omissiva del datore di lavoro ai sensi dell'art. 41 cpv. c.p.¹⁴⁴.

Sulla scorta di tale impostazione, la Corte ha, per esempio, affermato che non poteva considerarsi un fattore eccezionale e imprevedibile la condotta di un ricercatore che, per imperizia consistita nel malgoverno della strumentazione messaggi a disposizione dall'istituto per il quale lavorava, veniva investito da un getto di azoto liquido che ne cagionava la morte.

Il Collegio ha quindi confermato la condanna dei responsabili della sicurezza del laboratorio, in quanto su di essi gravava l'obbligo di prevenire e ridurre al minimo «il rischio di incidenti che è fisiologico possano avere alla base l'errore dell'operatore, generato dalla reiterazione, dalle fisiologiche cadute d'attenzione nell'arco di tutto il tempo lavorativo ed anche, talvolta da vere e proprie distrazioni od imprudenze. Proprio al fine di scongiurare eventi nefasti evitabili rispettando standard di sicurezza collaudati, determinati soggetti sono chiamati al ruolo di garanzia in favore degli operatori esposti al rischio infortunistico, senza che i primi possano pretendere esonero da responsabilità ove si accerti condotta inadeguata del lavoratore, salvo l'abnormità»¹⁴⁵.

Tale regola di giudizio, nella maggioranza dei casi, porta a esiti di condanna.

Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 2014, n. 43168, in *C.E.D.*, Rv. 260947-01 e Cass. pen., Sez. IV, 14 settembre 2016, n. 38200, in *C.E.D.*, Rv. 267606-01.

¹⁴² Cfr. il principio di diritto enunciato da Cass. pen., Sez. IV, 6 maggio 2009, n. 18998, in *C.E.D.*, Rv., 244005-01, richiamato da molte sentenze successive, tra cui, da ultimo, Cass. pen. Sez. IV, 28 marzo 2022, n. 11037, in *OneLegale*.

¹⁴³ La divisione della giurisprudenza in due filoni viene rilevata da D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., 7 ss.

¹⁴⁴ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 7364, in *C.E.D.* e Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2016, n. 8591, in *OneLegale*.

¹⁴⁵ Vd. Cass. pen., Sez. IV, 25 maggio 2014, n. 22249, in *C.E.D.*, con nota di C. ROSSI, *Il requisito della prevedibilità dell'evento nei reati colposi*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 180 ss.

CAPITOLO TERZO

Tuttavia, non mancano decisioni che hanno escluso la responsabilità del datore di lavoro perché la condotta del lavoratore appariva abnorme.

Ad esempio, secondo la Corte di cassazione, assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento la condotta colposa di un operaio che, calandosi di propria iniziativa in una vasca di accumulo di reflui idrici senza munirsi dei dispositivi di protezione individuale, perdeva i sensi a causa delle esalazioni sviluppate dai fanghi di risulta presenti nella vasca. A tale imprudenza si sommava quella degli altri operai che, nel tentativo di soccorrere il collega, si calavano nella vasca. Anch'essi non indossavano i presidi antinfortunistici e anch'essi subivano gli effetti delle esalazioni, a seguito delle quali uno di loro perdeva la vita.

I giudici di merito avevano accertato che il datore di lavoro: aveva debitamente formato gli operai; li aveva informati dei rischi; aveva fornito loro tutti i necessari dispositivi di protezione individuale; compiva quotidianamente il giro del cantiere; riprendeva aspramente gli addetti sorpresi a trasgredire le prescrizioni antinfortunistiche.

La Suprema Corte, quindi, ha ritenuto che il datore di lavoro dovesse andare esente da responsabilità, in quanto gli operai avevano commesso una violazione talmente enorme e imprevedibile delle disposizioni di sicurezza da interrompere il nesso di causalità. La Corte, in particolare, ha precisato che «può essere considerato imprudente e abnorme ai fini causali, non solo il comportamento posto in essere del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidate, ma anche quello che rientri nelle mansioni che sono proprie ma sia consistito in qualcosa radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro».

«In sostanza, partendo dal presupposto che ciò che viene rimproverato al datore di lavoro è la mancata adozione di condotte atte a prevenire il rischio di infortuni, tale rimproverabilità viene meno se la condotta pretesa non era esigibile in quanto del tutto imprevedibile era la situazione di pericolo da evitare»¹⁴⁶.

Interessante notare come l'inesigibilità venga utilizzata quale fattore interruttivo del nesso di causalità e non come causa di esclusione della colpa.

Il secondo orientamento, forse consapevole del fatto che il concetto di imprevedibilità è più consono all'accertamento dell'elemento soggettivo, fonda

¹⁴⁶ Così, Cass. pen., Sez. IV, 24 ottobre 2011, n. 38209, in *C.E.D.*, che a sostegno delle sue argomentazioni richiama due precedenti: Cass. pen., Sez. IV, 13 ottobre 2004, n. 40164, in *C.E.D.*, Rv. 229564-01 e Cass. pen., Sez. IV, 5 febbraio 1997, n. 952, in *C.E.D.*, Rv. 206990-01.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

l'esclusione della responsabilità del datore di lavoro sui profili di *eccentricità* ed *esorbitanza* del rischio maldestramente gestito dal lavoratore.

In base a tale indirizzo, infatti, «perché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia»¹⁴⁷.

Secondo questa impostazione, l'interprete, mantenendo la verifica della responsabilità sempre sul piano del nesso causale, deve individuare la sfera di competenza del garante-datore di lavoro, al di fuori della quale l'evento non può che ascrivere all'auto-responsabilità del lavoratore imprudente¹⁴⁸.

La Corte, per esempio, ha ritenuto che esorbitasse dalla sfera di rischio del datore di lavoro la condotta dell'operaio deceduto a seguito dell'utilizzazione di un macchinario pericoloso, diverso da quello fornito in dotazione, non presente in azienda ma autonomamente acquisito qualche giorno prima dell'incidente all'insaputa dei responsabili aziendali¹⁴⁹.

Di contro, i giudici di legittimità hanno ritenuto non esorbitante la condotta dell'operaio morto a causa del cedimento delle pareti di uno scavo dove si era calato per motivi non dettati da esigenze lavorative. Il datore di lavoro veniva dichiarato responsabile in quanto non aveva garantito la sicurezza del cantiere, a nulla rilevando il momento in cui si è verificato l'incidente¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Così, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2023, n. 7012, in *C.E.D.*, Rv. 284237-01 e Cass. pen., Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 5794, in *C.E.D.*, Rv. 280914-01. Dello stesso avviso anche la nota sentenza “ThyssenKrupp”: Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

¹⁴⁸ M.L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoresponsabilità della “vittima”*, cit., 9.

¹⁴⁹ Cass. pen., Sez. IV, 15 settembre 2021, n. 33976, in *C.E.D.*, Rv. 281748-01.

Vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 23 agosto 2022, n. 31478, in *C.E.D.*, Rv. 283457-01, in cui i giudici hanno ritenuto che si ponesse fuori dalla sfera di competenza del titolare di un'azienda per la raccolta dei rifiuti l'investimento di un pedone avvenuto durante la manovra di retromarcia di un mezzo di lavoro, omologato e funzionante, ma non idoneo ad assicurare la visuale della zona retrostante.

Degna di nota anche Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2019, n. 5007, in *C.E.D.*, secondo cui, riguardo alla nozione di condotta “esorbitante” del lavoratore, «non è affatto vero [...] che la stessa è esclusa tutte le volte che la condotta del lavoratore rientri comunque nelle mansioni a lui assegnate. Interpretata in termini così assoluti, non sarebbe mai possibile riscontrare una condotta abnorme da parte del prestatore di lavoro nell'esercizio delle sue mansioni. Occorre invece che il giudice, caso per caso, analizzi le caratteristiche dell'attività lavorativa demandata al dipendente, accertando in concreto le modalità con cui la stessa si è esplicitata, al fine di verificare se i compiti assegnati dal datore di lavoro siano stati rispettati, e se siano state osservate le prescrizioni di sicurezza correlate ai rischi connessi alla prestazione lavorativa oggetto di indagine».

¹⁵⁰ Cass. pen., Sez. IV, 16 ottobre 2013, n. 42501, in *C.E.D.*, Rv. 258239-01, che, una volta constatato che lo scavo era sprovvisto delle armature prescritte dalle norme di legge, ha confermato la condanna del datore di lavoro poiché non aveva garantito la sicurezza dell'ambiente di lavoro, in quanto l'obbligo di garanzia sussiste indipendentemente dall'attualità dell'attività e, quindi, anche

CAPITOLO TERZO

L'auto-responsabilità della vittima rileva anche quando il rischio da questa attivato risulti eccentrico. Secondo la giurisprudenza, «perché possa ritenersi che il comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore, pur tenuto in esplicazione delle mansioni allo stesso affidate, costituisca concretizzazione di un “rischio eccentrico”, con esclusione della responsabilità del garante, è necessario che questi abbia posto in essere anche le cautele che sono finalizzate proprio alla disciplina e governo del rischio di comportamento imprudente, così che, solo in questo caso, l'evento verificatosi potrà essere ricondotto alla negligenza del lavoratore, piuttosto che al comportamento del garante»¹⁵¹.

La Corte ha, così, ritenuto eccentrica la condotta del lavoratore che, durante un'operazione di esbosco, discostandosi dalle istruzioni impartite dal titolare della ditta e conformi alle linee guida regionali, veniva colpito dall'albero che lui stesso stava provvedendo a rimuovere¹⁵².

La Suprema Corte, invece, ha considerato non eccentrico il comportamento del lavoratore che, procedendo ad un incauto aggancio del rimorchio di un autocarro, rimaneva schiacciato tra le due parti del veicolo. I giudici, in tale caso, hanno confermato la condanna del datore di lavoro perché il suo dipendente aveva effettuato l'operazione di aggancio «senza che fossero state individuate e successivamente impartite al medesimo, mediante idonea informazione sul rischio e formazione lavorativa, le misure di sicurezza, che avrebbero imposto l'esecuzione dell'operazione a rimorchio fermo, previo allineamento del timone alla campana della motrice (...) ed avvicinando l'autocarro al rimorchio mediante manovra di retromarcia»¹⁵³.

Quanto alla configurabilità del rischio eccentrico, occorre infine segnalare l'esistenza di un (sotto-)filone giurisprudenziale molto severo e, a detta di alcuni, “iper-colpevolista”¹⁵⁴, secondo cui «la condotta del lavoratore che si inserisca a pieno titolo nell'ambito delle mansioni per le quali è stato assunto e che rappresenti lo sviluppo naturale dell'organizzazione delle lavorazioni alle quali afferisce la sua opera, ancorché caratterizzata da imprudenza, non può integrare una causa sopravvenuta idonea ad escludere il nesso causale tra gli obblighi di protezione gravanti sul datore e l'evento lesivo»¹⁵⁵.

nei momenti di pausa, riposo o sospensione. Nel caso di specie, l'operaio era sceso nella buca non per motivi di lavoro ma, verosimilmente, per espletare un bisogno fisiologico.

¹⁵¹ Cass. pen., Sez. IV, 25 giugno 2019, n. 27871, in *C.E.D.*, Rv. 276242-01

¹⁵² Cass. pen., Sez. IV, 24 marzo 2022, n. 10334, in *OneLegale*.

¹⁵³ Così, Cass. pen., Sez. IV, 1° ottobre 2015, n. 2015, in *C.E.D.*, Rv. 265178-01.

¹⁵⁴ D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., *passim*.

¹⁵⁵ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 2316, in *OneLegale*, che riconosceva la responsabilità del titolare di un'azienda vitivinicola per la morte di un suo dipendente caduto da

Facendo propria tale regola di giudizio, la Corte, per esempio, ha escluso l'interruzione del nesso causale tra la condotta del datore di lavoro, che aveva segnalato il malfunzionamento di un cancello automatico e aveva vietato a tutti i lavoratori di utilizzare quel cancello perché non sicuro, e la condotta del dipendente, che – dopo essersi procurato di nascosto le chiavi del cancello e dopo aver manomesso il meccanismo automatico per farlo funzionare – aveva sollevato manualmente il cancello, venendone schiacciato.

Malgrado la condotta della vittima venga qualificata come “alquanto rischiosa”, la Corte ha assegnato rilevanza al fatto che quel cancello, anche se in disuso e interdetto all'uso, fosse privo delle caratteristiche di sicurezza¹⁵⁶. Ciò che unicamente rileva, dunque, è che «se il rischio “covava” all'interno dello stabilimento, allora non era eccentrico all'attività lavorativa né esorbitante rispetto ad essa: qualunque imprudenza possa aver commesso il lavoratore, questa non è eccezionale e non interrompe il nesso causale tra la (anche remota) imprudenza del datore e l'evento: ne deriva – e qui sta il salto logico – che il datore (che ha “deterministicamente” dato causa all'evento) è... sempre e comunque in colpa»¹⁵⁷.

Finora l'esame della casistica si è sviluppato attraverso la distinzione tra l'indirizzo giurisprudenziale che si focalizza sull'*imprevedibilità*, *eccezionalità* e *abnormità* del comportamento del lavoratore e l'indirizzo che invece si sofferma sull'*eccentricità* ed *esorbitanza* dello stesso. Ma, a ben guardare, le due letture, non di rado, convivono all'interno della medesima decisione¹⁵⁸.

Accade, in effetti, di imbattersi in motivazioni che, al fine di argomentare la sussistenza del nesso causale, fanno ricorso sia all'imprevedibilità che all'esorbitanza della condotta *contra se* del lavoratore.

Spesso, invero, si legge che: «in tema di causalità, la colpa del lavoratore, concorrente con la violazione della normativa antinfortunistica ascritta al datore

una scala appoggiata ma non assicurata, nonostante il primo, allontanatosi per dissetarsi, avesse suggerito al secondo di non salire sulla scala finché egli non fosse ritornato.

¹⁵⁶ Cass. pen., Sez. IV, 3 gennaio 2019, n. 123, in *C.E.D.*, Rv. 274829-01, con nota di A. DE LIA, *La questione dell'autoesposizione a pericolo da parte della “vittima” nell'ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel “giardino degli epiteti”*, in *Cass. pen.*, 2019, 12, 4317 ss.

¹⁵⁷ Così, con una certa dose di scetticismo, sintetizza la decisione D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., 11.

¹⁵⁸ Vd., per es., Cass. Pen., Sez. IV, 1° ottobre 2012, n. 37986, in *C.E.D.*, Rv. 254365-01, secondo cui «il datore di lavoro, in quanto titolare di una posizione di garanzia in ordine all'incolumità fisica dei lavoratori, ha il dovere di accertarsi del rispetto dei presidi antinfortunistici vigilando sulla sussistenza e persistenza delle condizioni di sicurezza ed esigendo dagli stessi lavoratori il rispetto delle regole di cautela, sicché la sua responsabilità può essere esclusa, per causa sopravvenuta, solo in virtù di un comportamento del lavoratore avente i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e, comunque, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle precise direttive organizzative ricevute, connotandosi come del tutto imprevedibile o inopinabile».

CAPITOLO TERZO

di lavoro ovvero al destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione, esime questi ultimi dalle loro responsabilità solo allorquando il comportamento anomalo del primo sia assolutamente estraneo al processo produttivo o alle mansioni attribuite, risolvendosi in un comportamento del tutto *esorbitante* ed *imprevedibile* rispetto al lavoro posto in essere, ontologicamente avulso da ogni ipotizzabile intervento e prevedibile scelta del lavoratore»¹⁵⁹.

Tra le pronunce che coniugano l'imprevedibilità con l'esorbitanza spicca una sentenza del 2016¹⁶⁰ meritevole di attenzione perché, a differenza di quasi tutte le altre decisioni che l'hanno preceduta, dà espressamente conto del fatto che «il sistema della normativa antinfortunistica si è evoluto passando da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, quale soggetto garante investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello “collaborativo” in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori».

Ripercorrendo i passaggi essenziali di una precedente sentenza rimasta nell'ombra¹⁶¹, la pronuncia in questione ha sottolineato come *dal principio dell'ontologica irrilevanza della condotta colposa del lavoratore* si è passati – a seguito dell'introduzione del d.lgs. 626/94, prima, e del d.lgs. 81/2008, poi – *al concetto di “area di rischio”* che il datore di lavoro è chiamato a valutare in via preventiva.

Le considerazioni formulate da questa decisione si trovano citate nei passaggi motivazionali di diverse sentenze successive¹⁶². Eppure, ancora oggi, l'impressione è che la giurisprudenza continui a non dare adeguata rilevanza al ruolo della vittima nella realizzazione dell'evento.

Ciò accade perché nella quasi totalità dei casi c'è una certa ostinazione a prendere in considerazione il comportamento imprudente del lavoratore sotto il profilo del nesso di causalità.

Il rapporto di causalità ha dei limiti normativi e, quindi, ontologici che impediscono all'interprete di dare il giusto valore alla condotta della vittima. In un contesto iper-relazionale come quello lavorativo, dove la produzione dell'evento

¹⁵⁹ Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 2024, n. 23648, in *OneLegale* (corsivi aggiunti). Vd., *ex multis*, anche Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2015, n. 16397, in *C.E.D.*, Rv. 263386-01, con nota di C. ROSSI, *La rilevanza del comportamento del lavoratore ai fini dell'esclusione della responsabilità del datore di lavoro nel caso di infortunio*, in *Cass. pen.*, 2015, 12, 4571 ss.

¹⁶⁰ Cass. pen., Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 8883, in *C.E.D.*, Rv. 266073-01, con nota di M.L. PELUSI, *La condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore infortunato esclude la responsabilità penale del datore: un superamento del criterio dell'abnormità?*, in *Dir. rel. industriali*, 2017, 3, 857 ss.

¹⁶¹ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 41486, in *C.E.D.*

¹⁶² Da ultimo, v. Cass. pen., Sez. IV, 3 giugno 2024, n. 22039 e Cass. pen., Sez. IV, 3 aprile 2024, n. 13382, entrambe in *OneLegale*.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

lesivo è senz'altro il risultato di condotte interdipendenti, è naturale che la condotta del datore di lavoro e quella del suo dipendente vengano considerate equivalenti nella verifica dell'incidente, *ex art. 41, comma 1, c.p.*, e che, quindi, l'imprudenza della vittima, salvo ipotesi eccezionali, non venga elevata a causa sopravvenuta realmente autosufficiente a cagionare l'evento, *ex art. 41, comma 2, c.p.*¹⁶³.

La sensazione è che la giurisprudenza, dopo aver appurato che l'evento è il risultato della convergenza di due condotte concorrenti, arresti il proprio giudizio, dichiarando la responsabilità del datore di lavoro.

Il principio di colpevolezza, però, impone all'interprete di valutare tutti gli elementi del reato, incluso quello soggettivo.

Una volta accertata la sussistenza dell'obbligo di garanzia e del rapporto di causalità, l'affermazione di responsabilità del datore di lavoro presuppone anche l'accertamento della sua colpa¹⁶⁴.

Il datore di lavoro è in colpa se, innanzitutto, ha violato regole cautelari volte a prevenire specifiche situazioni pregiudizievoli. La sua responsabilità, pertanto, va esclusa laddove la norma violata sia generica o non abbia natura preventiva, bensì meramente organizzativa¹⁶⁵.

¹⁶³ Ad avviso di D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 338 ss., l'art. 41, comma 2, c.p., nella materia degli infortuni sul lavoro, riceve da parte della giurisprudenza una vera e propria *interpretatio abrogans*: «inutile si rivela il ricorso al concetto di “causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento”, com'è attestato dal fatto che, a fronte della ripetuta enunciazione di principio secondo cui “una condotta abnorme, eccezionale, esorbitante del lavoratore ben potrebbe escludere il nesso di causalità”, in concreto tale eccezionalità non viene mai riscontrata, tranne – può sembrare assurdo ma è così – nei casi in cui la colpa del garante sia del tutto assente» (p. 339). Sulla sostanziale disapplicazione dell'art. 41, comma 2, c.p., più di recente, v. E. NAGNI, *Il comportamento del lavoratore come fattore di interruzione del nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 5, 652 s. (nota a Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2021, n. 40002).

¹⁶⁴ Come sottolineano, tra gli altri, D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., 17 e R. BLAIOTTA, voce *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, cit., 1193 s.

¹⁶⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 giugno 2007, n. 24849, in *OneLegale*, che – in ordine a un infortunio sul lavoro sorto a seguito della condotta di un operaio che aveva caricato la benna di uno scavatore in misura superiore rispetto a quella consentita così provocandone il ribaltamento, a seguito del quale riportava lesioni gravi – ha annullato la sentenza impugnata perché i giudici di merito avevano affermato la responsabilità del datore lavoro per inosservanza degli obblighi d'informazione e di controllo del lavoro espletato dai dipendenti, senza ulteriori specificazioni. La S.C. ha cassato la sentenza osservando che «l'affermazione di responsabilità richiede altresì il giudizio di colpevolezza costituito, in fattispecie come quella in esame, dalla violazione di specifiche norme cautelari».

CAPITOLO TERZO

Questi, poi, deve aver potuto prevedere la condotta negligente del proprio dipendente¹⁶⁶; quindi, deve aver violato una norma prudenziale volta a prevenire l'evento realmente verificatosi (concretizzazione del rischio) e deve aver avuto la possibilità di tenere una condotta diversa e idonea a impedire l'evento (comportamento alternativo lecito)¹⁶⁷.

Il datore di lavoro, infine, è davvero in colpa se il comportamento prudente era esigibile in capo a lui in base alle circostanze del caso concreto (misura soggettiva della colpa)¹⁶⁸.

Occorre recuperare e valorizzare proprio quest'ultimo elemento della colpa se si vuole dare il giusto rilievo all'auto-responsabilità del lavoratore e, quindi, all'affidamento del datore di lavoro e, soprattutto, alla sua reale rimproverabilità per quanto accaduto a causa dell'altrui imprudenza. E ciò a maggior ragione se, come appare da molti dei casi analizzati, il lavoratore ha deliberatamente deciso di tenere un comportamento contrario a regole di prudenza.

¹⁶⁶ A ben vedere, quantomeno in astratto, il comportamento imprudente del lavoratore è sempre prevedibile, come rileva Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 2014, n. 43168, cit., secondo cui «la prevedibilità di uno scostamento del lavoratore dagli standards di piena prudenza, diligenza e perizia è ordinariamente presente, perché quello scostamento è evenienza immanente nella stessa organizzazione del lavoro».

¹⁶⁷ A quanto consta sono davvero rare le pronunce di legittimità che hanno valorizzato la causalità della colpa. Degna di nota, al riguardo, Cass. pen., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, in *C.E.D.*, Rv. 276797-01, che ha stabilito: «nel caso di morte di un lavoratore addetto alla raccolta dei rifiuti, a seguito di caduta in terra per essere salito in piedi sul retro del veicolo in movimento nonostante la mancanza delle apposite pedane esterne e delle relative maniglie, non è configurabile la responsabilità del datore di lavoro per avere omesso la formazione e informazione circa il corretto uso del mezzo, difettando, in tal caso, il necessario requisito della *causalità della colpa* ovvero la riconducibilità dell'evento alla violazione della norma cautelare, a fronte di manovra pericolosa immediatamente percepibile da chiunque senza necessità di formazione alcuna». Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, Sez. XI, 16 gennaio 2023, n. 14007, in *Cass. pen.*, 2023, 5, 1730 ss., con nota di D. PAGANI, *Infortuni sul lavoro e omessa formazione: la corretta delimitazione del giudizio di responsabilità a carico del datore di lavoro in una pronuncia di merito*, ivi, 1733 ss.

¹⁶⁸ Si segnalano due pronunce che affrontano il tema della responsabilità del datore di lavoro sul versante della c.d. colpevolezza colposa: l'appena citata Cass. pen., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, cit., e Cass. pen., Sez. IV, 13 gennaio 2021, n. 1096, citata nello scorso capitolo, nel paragrafo dedicato alla dimensione soggettiva della colpa (*supra* Cap. II, § 5.). Quest'ultima pronuncia ha stabilito che «in caso di infortunio sul lavoro riconducibile a prassi comportamentali elusive delle disposizioni antinfortunistiche, non è ascrivibile alcun rimprovero colposo al preposto di fatto, sotto il profilo dell'esigibilità del comportamento dovuto, laddove non si abbia la certezza che egli fosse a conoscenza di tali prassi o che le avesse colposamente ignorate, sconfinandosi altrimenti in una inammissibile ipotesi di responsabilità oggettiva "da posizione". (In applicazione del principio la Corte ha annullato senza rinvio, "perché il fatto non costituisce reato", la sentenza che aveva riconosciuto la responsabilità del capo reparto di un supermercato, preposto di fatto da soli cinque giorni, per l'infortunio subito da un dipendente a causa del mancato uso dei dispositivi di protezione)».

3.3. La condotta incauta della vittima della strada.

Le nostre strade, ogni anno, sono protagoniste di centinaia di migliaia di incidenti, molti dei quali provocati da distrazione, mancato rispetto della precedenza e velocità troppo elevata¹⁶⁹: tutte condotte riconducibili alla categoria della colpa.

La colpa, dunque, contraddistingue le principali responsabilità da sinistri stradali, i quali, spesso, sono il frutto non di una ma di plurime imprudenze, ascrivibili anche alla stessa vittima dell'incidente¹⁷⁰.

Tutti gli utenti della strada sono sia beneficiari che destinatari di regole cautelari. Quindi, al pari del contesto lavorativo, anche in quello stradale la vittima è sia *creditrice* che *debitrice di sicurezza*¹⁷¹.

La vittima può trovarsi in una condizione non paritaria rispetto al soggetto agente. Si pensi al pedone rispetto all'automobilista: in questo caso, le cautele rivolte al secondo sono in numero superiore rispetto a quelle rivolte al primo.

Ma la vittima può anche trovarsi nella medesima posizione dell'autore del reato. Si pensi al caso in cui entrambi i soggetti coinvolti siano automobilisti: in tale ipotesi, le cautele, in astratto, sono le medesime, anche se in concreto variano in base al tipo di situazione in cui ciascuno si viene a trovare¹⁷².

Al pari delle regole cautelari volte a garantire la sicurezza dell'ambiente di lavoro, pure quelle "stradali" sono tese a impedire la verificazione di eventi pregiudizievoli non solo per i terzi ma anche per sé stessi¹⁷³. Vi è però una differenza non trascurabile tra i due contesti. Il datore di lavoro, invero, può spiegare poteri di direttiva al fine di disinnescare le situazioni pericolose create da altri; l'automobilista, invece, può solo controllare la propria condotta¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Nel 2023 gli incidenti stradali sono stati 166.525, provocando 3.039 morti e 224.634 feriti. I tre comportamenti citati nel testo costituiscono il 36,5% dei casi (80.057): cfr. Comunicato stampa "Incidenti stradali in Italia – 2023", in *istat.it*.

¹⁷⁰ Nella scienza penalistica italiana è risalente l'attenzione verso il ruolo della vittima nella causazione dei sinistri stradali: v., per es., A. FILIPPINI, voce *Sinistri ferroviari e automobilistici*, in E. FLORIAN, A. NICEFORO, N. PENDE (a cura di), *Dizionario di criminologia*, II, Milano, 1943, 921 s. (con particolare riguardo alle imprudenze dei pedoni e dei ciclisti).

¹⁷¹ Cfr. M.L. MATTHEUDAKIS, *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, cit., 93 (nota a G.U.P. Bologna, 9 luglio 2020, *ivi*).

¹⁷² Per es., l'automobilista che ha il diritto di precedenza deve rispettare cautele diverse dall'automobilista che deve dare la precedenza.

¹⁷³ V. ancora M.L. MATTHEUDAKIS, *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, cit., 93.

¹⁷⁴ Come ben rileva L. CARRARO, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone*, cit. 17 s.

CAPITOLO TERZO

La giurisprudenza sembra non dedicare molta attenzione alla posizione di garanzia dell'utente della strada, dando quasi per scontato che questi abbia un obbligo di protezione e controllo rispetto agli altri utenti e ai terzi.

In particolare, la fonte del dovere impeditivo viene individuata nel «coacervo delle regole contenute nel Codice della Strada»¹⁷⁵, quali l'art. 140, che obbliga gli utenti della strada a «comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale», e l'art. 141, che impone l'obbligo di «adeguare la velocità alle concrete condizioni della circolazione e [l']obbligo di conservare sempre il controllo del veicolo». Secondo i giudici di legittimità, dal combinato disposto di queste norme si può ricavare «l'obbligo di preoccuparsi delle possibili irregolarità di comportamento di terze persone»¹⁷⁶.

L'obbligo di garanzia nasce sostanzialmente dalle stesse regole cautelari previste dal Codice della Strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), con una discutibile crasi tra obblighi di diligenza e obblighi impeditivi, che pone l'utente in una «posizione di garanzia cautelare»¹⁷⁷.

Occorre poi segnalare che alcune (delle poche) pronunce che si sono soffermate sulle fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento hanno evidenziato che la posizione di garanzia dell'utente «può trarre anche origine da una situazione di fatto, da un atto di volontaria determinazione, da una precedente condotta illegittima che costituisca il dovere di intervento e il corrispondente potere, giuridico, o di fatto, che consenta al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento». L'utente della strada «assume, pertanto, posizione di garanzia anche nei confronti di terze persone che vengono in contatto con lui, ogni qualvolta la sua condotta determini situazioni di pericolo eccedenti il normale rischio collegato alla circolazione stradale»¹⁷⁸.

¹⁷⁵ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 2024, n. 12180; Cass. pen., Sez. IV, 9 gennaio 2024, n. 658; Cass. pen., Sez. IV, 17 aprile 2023, n. 16108, e Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45589 (quest'ultima con nota di F. HELFERICH, *Artt. 140 e 141 c. str. e diligenza doverosa: il rappel à l'ordre della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, 11, 2473 ss.), tutte consultabili su *OneLegale*.

¹⁷⁶ Così, Cass. pen., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32202, in *C.E.D.*, Rv. 248354-05, di recente richiamata, *ex multis*, da Cass. pen., Sez. IV, 13 gennaio 2022, 812, in *OneLegale*.

¹⁷⁷ Di questo avviso, G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità: una sentenza esemplare*, in *Sist. pen.*, 2024, 2, 50 (nota a Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2023, n. 50816, *ivi*), che «prende in prestito» tale espressione da F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 51.

¹⁷⁸ *Sic*, Cass. pen., Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 14145, in *Giust. pen.*, 2016, 137 ss., con nota di C. VALBONESI, *Intervento del soccorritore e autoesposizione al rischio: verso un ritorno al versari in re illicita?*, *ivi*, 145 ss. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la precedente attività pericolosa di un guidatore di un autoarticolato, che aveva impegnato l'area di un passaggio a livello senza assicurarsi di riuscire a transitarvi prima che le sbarre si abbassassero, aveva fatto sorgere su di lui un obbligo di protezione nei confronti dell'automobilista che, fermatosi ad aiutare a sbloccare il mezzo, rimaneva ucciso a seguito dell'urto con un treno nel frattempo sopraggiunto.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

La posizione di garanzia, quindi, secondo tale indirizzo, può trovare fondamento anche nella pericolosità stessa del comportamento, con il rischio così di ledere il principio di legalità e, al tempo stesso, di rendere ogni persona garante di qualsiasi altro consociato¹⁷⁹.

La giurisprudenza appare poco attenta anche all'accertamento del nesso di causalità vero e proprio.

La casistica sul punto riguarda soprattutto la condotta del pedone che attraversa la strada fuori dalle strisce e viene investito a seguito della condotta, altrettanto incauta, dell'automobilista.

Ad avviso dei giudici di legittimità, l'imprudenza del pedone non è un fatto da solo sufficiente a cagionare l'evento¹⁸⁰. In effetti, l'applicazione della teoria della causalità condizionalistica – pacificamente accolta dalla giurisprudenza e basata sul giudizio controfattuale – porta a concludere che entrambi i comportamenti siano concause dell'evento. La condotta dell'automobilista è causale perché, se eliminata mentalmente, verrebbe meno l'evento di investimento. E lo stesso vale per la condotta del pedone: se eliminata mentalmente, l'evento non si realizzerebbe¹⁸¹.

I giudici, comunque, in alcuni casi, hanno preso in considerazione la possibilità che la colpa del pedone costituisca un fattore eccezionale idoneo a interrompere il nesso di causalità; ma lo hanno fatto sovrapponendo le categorie della teoria del reato attraverso una valutazione unitaria della causalità e della prevedibilità *ex ante*, concetto quest'ultimo tipico dell'accertamento dell'elemento soggettivo¹⁸².

La Corte di cassazione, invero, a più riprese, ha affermato che «per escludere la responsabilità del conducente per l'investimento del pedone è necessario che la condotta di quest'ultimo si ponga come causa *eccezionale ed atipica, imprevista e imprevedibile* dell'evento, che sia stata da sola sufficiente a produrlo»¹⁸³.

¹⁷⁹ G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità*, cit., 50 e 56.

¹⁸⁰ Così, Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2010, n. 41554, in *OneLegale*.

¹⁸¹ Ad avviso di G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente*, in *Leg. pen. (web)*, 17 gennaio 2020, 13, «applicando i crismi della teoria condizionalistica e dei relativi correttivi, si rischia di giungere ad affermazioni apodittiche o a petizioni di principio rispetto all'idoneità o meno, *ex art.* 41 co. 2 Cp, della condotta del pedone ad interrompere il nesso causale».

¹⁸² Secondo G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima*, cit., 15, tale “commistione concettuale” renderebbe sterile il dibattito sul nesso eziologico.

¹⁸³ Così, Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 2021, n. 37622, in *C.E.D.*, Rv. 281929-01 (corsiivi aggiunti). Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto prevedibile e quindi non eccezionale il fatto che un pedone si potesse trovare sullo stesso percorso stradale che l'automobilista stava percorrendo in retromarcia. Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 10635, in *C.E.D.*, Rv. 255288-01 e, più di recente, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2024, n. 11372, in *OneLegale*, che ha escluso l'eccezionalità/imprevedibilità della presenza del pedone investito sul lato opposto al marciapiede.

CAPITOLO TERZO

«Ne discende che il conducente del veicolo può andare esente da responsabilità, in caso di investimento del pedone, non per il solo fatto che risulti accertato un comportamento colposo (imprudente o in violazione di una specifica regola comportamentale) del pedone (una tale condotta risulterebbe, invero, concausa dell'evento lesivo, penalmente non rilevante per escludere la responsabilità del conducente: cfr. articolo 41, comma 1, c.p.), ma occorre che (...) il conducente del veicolo investitore (nella cui condotta non sia ovviamente ravvisabile alcun profilo di colpa, vuoi generica vuoi specifica) si sia trovato, per motivi estranei ad ogni suo obbligo di diligenza, nella oggettiva impossibilità di “avvistare” il pedone e di osservarne, comunque, tempestivamente i movimenti, attuati in modo rapido, inatteso, imprevedibile. Solo in tal caso, infatti, l'incidente potrebbe ricondursi, *eziologicamente*, proprio ed esclusivamente alla condotta del pedone, avulsa totalmente dalla condotta del conducente ed operante in assoluta autonomia rispetto a quest'ultima» (cfr. articolo 41, comma 2, c.p.)¹⁸⁴.

In materia di circolazione stradale, l'attenzione dei giudici si focalizza il più delle volte sull'elemento psicologico della colpa in capo al soggetto agente.

Il primo requisito della colpa, come noto, consiste nella violazione di una regola cautelare. La giurisprudenza, in base alla tipologia di sinistro, a volte si limita a verificare la sussistenza di una colpa generica per negligenza o imprudenza, altre volte, invece, accerta la responsabilità verificando l'osservanza di specifiche cautele scritte, perlopiù previste dal Codice della Strada.

Nel primo caso, per esempio, la Corte di cassazione ha osservato che «il conducente di un veicolo è tenuto, *in base alle regole della comune diligenza e prudenza*, ad esigere che il passeggero indossi la cintura di sicurezza e, in caso di sua renitenza, anche a rifiutarne il trasporto o ad omettere l'intrapresa della marcia e ciò a prescindere dall'obbligo e dalla sanzione a carico di chi deve fare uso della detta cintura»¹⁸⁵.

La Corte, inoltre, anche nei casi in cui la fattispecie sia “coperta” da regole cautelari scritte, ha osservato che il rispetto delle norme del Codice della Strada «non esaurisce i doveri del conducente», il quale rimane vincolato all'«obbligo del *neminem laedere*, che caratterizza i casi di affermazione di responsabilità per reati colposi contro la vita e l'incolumità individuale, 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,

¹⁸⁴ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 31 luglio 2013, n. 33207, in *C.E.D.*, Rv. 255995 (corsivo aggiunto).

¹⁸⁵ *Sic*, Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2020, n. 32877, in *C.E.D.*, Rv. 280162-01 (corsivo aggiunto). Da ultimo, v. Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 2022, n. 39136, in *OneLegale*.

costituisce pur sempre colpa per imprudenza e determina responsabilità penale in caso di morte o lesioni»¹⁸⁶.

Nel secondo caso, attenta giurisprudenza distingue tra regole cautelari rigide e regole cautelari elastiche.

Si pensi al caso in cui il conducente investa il pedone imprudente.

Se il conducente ha viaggiato a una velocità superiore ai limiti consentiti nel tratto di strada dove si è verificato l'incidente, allora si può agevolmente individuare la regola cautelare violata: il limite di velocità che, avendo un contenuto ben determinato, ricade nella categoria delle regole scritte. Si noti che, in tale ipotesi, vi è senz'altro una violazione della regola cautelare. Ma ciò non basta per affermare la responsabilità del guidatore: occorrerà comunque verificare la sussistenza dell'altro requisito oggettivo della colpa, ossia il nesso di rischio (o causalità della colpa).

Se, invece, il conducente non ha superato i limiti di velocità, allora non ha violato la regola cautelare rigida prescritta dal limite stesso, che fissa con precisione lo schema di comportamento. Ciò, però, non è sufficiente per escludere la responsabilità del guidatore. Egli, infatti, potrebbe aver violato un'altra regola scritta, di natura elastica: l'art. 141 Cod. Strada, che impone di tenere una velocità prudenziale senza definirne la misura, in quanto è lo stesso conducente che, in base alle circostanze del caso concreto, deve stabilire quale sia la velocità idonea ad evitare «ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione».

In tal caso, la regola cautelare, benché scritta, «necessita, per la sua applicazione, di un legame più o meno intenso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare». Sono, dunque, le peculiarità del caso concreto a determinare il preciso contenuto della regola cautelare. Il giudice, quindi, deve accertare quale fosse la velocità adeguata o prudenziale, ovvero «quella che, alla luce di tutte le circostanze del caso, risultava – non *ex post* ma *ex ante* – ragionevolmente in grado di evitare l'investimento». La velocità prudenziale non va confusa con la velocità salvifica, cioè quella che, calcolata *ex post*, a sinistro già avvenuto, dà la misura del limite che, se rispettato, avrebbe evitato l'incidente. La

¹⁸⁶ Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2020, n. 3741; Cass. pen., Sez. IV, 31 marzo 2014, n. 14776; Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno 2009, n. 25919, reperibili su *OneLegale*.

In senso critico, v. G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità*, cit., 53 ss., secondo cui il “generalissimo” principio di *neminem laedere* «non esprime alcuna regola cautelare penalisticamente rilevante» e, anzi, rischia di «pretermettere completamente il “primo gradino” della responsabilità colposa: la *violazione cautelare*, per l'appunto». Cfr. anche A. CAPPELLINI, *Colpa e concausa della vittima*, cit., 2464, nota 4, secondo cui l'obbligo di *neminem laedere* si estrinseca in un “onere di diligenza onnicomprensivo”.

CAPITOLO TERZO

prima, infatti, attiene all'accertamento della violazione della regola cautelare, la seconda, invece, riguarda l'accertamento del nesso causale¹⁸⁷.

Se, pertanto, il conducente ha viaggiato entro i limiti della velocità prudenziale, allora non ha violato neppure la regola cautelare elastica e, di conseguenza, deve andare esente da responsabilità. Se, di contro, la condotta del guidatore ha superato la soglia della velocità prudenziale, allora il giudice proseguirà con l'accertamento degli altri elementi della colpa.

Quanto all'individuazione della (residuale ma sempre contestata) regola cautelare non scritta e, in particolare, con riferimento alla prevedibilità della condotta incauta del pedone, dall'esame della giurisprudenza di legittimità sembra emergere che l'automobilista debba essere pronto a tutto.

La Corte di cassazione, invero, fin da tempo risalente, ha stabilito che «il conducente che noti sul percorso la presenza di pedoni che tardano a scansarsi, deve rallentare la velocità e, occorrendo, anche fermarsi; e ciò allo scopo di

¹⁸⁷ Tale ricostruzione trova conforto nelle motivazioni di Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2018, n. 40050, in *C.E.D.*, Rv. 273871-01, che a sua volta prende le mosse da quanto statuito, sulla natura elastica dell'art. 141 Cod. Strada, da Cass. pen., Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 29206, in *C.E.D.*, Rv. 236905. Entrambe le pronunce hanno annullato la sentenza di condanna per omicidio colposo da incidente stradale, perché fondata sul generico riferimento alla inadeguatezza della velocità, senza un'analitica valutazione di tutte le circostanze del fatto in grado di definire l'esatta incidenza di tale violazione nel caso concreto.

I passaggi motivazionali della sentenza del 2018 sono ben sintetizzati nei motivi del ricorso per cassazione formulati dalla difesa di un guidatore condannato, in entrambi i giudizi di merito, per non aver adeguato la velocità alle condizioni del luogo *ex art.* 142 Cod. Strada: cfr. Cass. pen., Sez. IV, 3 giugno 2024, n. 22038, in *OneLegale* (che dichiara l'inammissibilità dei motivi in quanto tesi a sollecitare una rivalutazione del fatto non consentita in sede di legittimità).

Il ricorrente mette in guardia «dal pericolo di confondere quella che è la velocità salvifica, cioè quella che avrebbe evitato il sinistro stradale, con la regola cautelare, cioè la velocità prudenziale che il conducente era tenuto ad assumere nelle particolari condizioni contingenti in cui si è trovato a condurre il veicolo. La velocità salvifica viene infatti calcolata *ex post*, a sinistro già avvenuto, e dà la misura della velocità che avrebbe evitato l'incidente; posto però che l'incidente è avvenuto, sicuramente la velocità salvifica è diversa da quella in concreto tenuta dal conducente. Va da sé che, se l'individuazione della regola cautelare si esaurisse nell'individuazione della velocità salvifica, ogni sinistro sarebbe colposo, per il solo fatto di essersi consumato. Tale accertamento è solitamente utile nel caso in cui il conducente abbia cagionato il sinistro superando il limite di velocità prescritto sulla strada che stava percorrendo (regola cautelare rigida). In tal caso, infatti, l'individuazione della velocità salvifica serve a comprendere se la violazione della regola cautelare rigida (codificata esattamente nel precetto) sia in rapporto di causalità con il sinistro».

Nel caso di regole cautelari elastiche – prosegue il ricorso – «nessun raffronto è però (ancora) possibile perché la condotta doverosa da porre in comparazione con la velocità salvifica non è stata codificata dal legislatore: spetta allora al giudice individuare, in base alle condizioni presenti al momento in cui il conducente percorreva la strada, quale fosse la velocità che lo stesso avrebbe dovuto prudenzialmente tenere.

Tale individuazione – sottolinea, infine, il ricorrente – «deve avvenire necessariamente *ex ante*: occorre porsi idealmente sulla scena del sinistro prima che vi compaia l'altro soggetto coinvolto nel sinistro per appurare se la velocità allora tenuta dal conducente era consona alle circostanze di tempo e di luogo».

prevenire inavvertenze e indecisioni pericolose dei pedoni stessi che si presentino ragionevolmente prevedibili e probabili»¹⁸⁸.

La Suprema Corte ha poi precisato che «la circostanza che i pedoni attraversino la strada improvvisamente o si attardino nell'attraversare costituisce un rischio tipico e quindi prevedibile della circolazione stradale»¹⁸⁹.

Al contrario, «il conducente va esente da responsabilità solo ove, per motivi estranei a ogni obbligo di diligenza, si sia trovato nell'oggettiva impossibilità di notare il pedone e di osservarne tempestivamente i movimenti, attuati in modo rapido, inatteso e imprevedibile»¹⁹⁰. Sicuramente, ad avviso della Corte, non è affatto imprevedibile che il pedone attraversi la strada nelle vicinanze delle strisce, anziché sulle strisce¹⁹¹.

Sempre con riferimento ai pedoni, la Cassazione ha ritenuto che «il conducente favorito dal diritto di precedenza deve comunque non abusarne, non trattandosi di un diritto assoluto e tale da consentire una condotta di guida negligente e pericolosa per gli altri utenti della strada, anche se eventualmente in colpa; ne deriva che anche nelle ipotesi in cui il semaforo verde consente la marcia, l'automobilista deve accertarsi della eventuale presenza, seppur colpevole, di pedoni che si attardino nell'attraversamento, ed è tenuto a moderare la velocità per essere in grado di affrontare l'eventualità del mancato rispetto della precedenza da parte di terzi»¹⁹².

Senz'altro l'utente della strada non può ignorare i cc.dd. “campanelli d'allarme” e andare dritto per la propria strada, travolgendo tutti e tutto¹⁹³. Ma, al contempo, non può neppure prevedere qualsiasi astratta eventualità. Se così fosse, infatti, la prevedibilità verrebbe a coincidere con la mera *pensabilità*, che – a ben guardare – è sempre presente¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Così, Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 1988, n. 8859, in *C.E.D.*, Rv. 179054. Tale principio di diritto è tutt'ora richiamato da numerose pronunce: tra le più recenti, cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. IV, 5 settembre 2022, n. 32460, in *OneLegale*.

Tra la giurisprudenza più risalente ma ancora attuale v. Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 1991, n. 10632, in *C.E.D.*, Rv. 1884334-01, secondo cui «il conducente di un veicolo che si avveda tempestivamente della presenza di un pedone sul margine della carreggiata, deve diminuire la velocità, in modo da essere in grado di arrestare la marcia del veicolo, qualora, giunto all'altezza del pedone medesimo, quest'ultimo improvvisamente attraversi la strada».

¹⁸⁹ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 13 marzo 2022, n. 8459, in *OneLegale*.

¹⁹⁰ Così, Cass. pen., Sez. IV, 24 febbraio 2021, n. 7094, in *C.E.D.*

¹⁹¹ In questo senso, per es., Cass. pen., Sez. IV, 21 novembre 2019, n. 47204, in *C.E.D.*, Rv. 277703-01 e Cass. pen., Sez. IV, 17 novembre 2014, n. 47290, in *C.E.D.*, Rv. 261073.

¹⁹² *Ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 2018, n. 27404, in *C.E.D.*, Rv. 273407-01.

¹⁹³ Vd. G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità*, cit., 50.

¹⁹⁴ Come denuncia L. CARRARO, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa “stradale” nell'investimento di un pedone*, cit., 18.

CAPITOLO TERZO

La prevedibilità, dunque, deve consistere nella probabilità, in base alle circostanze del caso concreto, che l'altro utente della strada tenga un comportamento imprudente.

Eppure, non mancano decisioni che, in maniera più o meno velata, declinano la prevedibilità come mera possibilità astratta.

Per esempio, secondo il G.U.P. e la Corte di Appello di Milano, il guidatore, chiamato a giudizio per l'investimento di una giovane donna, avrebbe dovuto prevedere non solo che la ragazza avrebbe attraversato la careggiata in un punto dove non era consentito l'attraversamento pedonale, nonostante *in loco* vi fosse un apposito sottopassaggio, ma avrebbe pure dovuto intuire, malgrado il buio, che la ragazza fosse in stato interessante. I giudici di merito, quindi, hanno dichiarato l'automobilista responsabile sia del delitto di omicidio colposo che di interruzione colposa della gravidanza, in quanto è «del tutto probabile che una donna in età giovanile che attraversi la strada possa essere incinta».

La Corte di cassazione, nel caso di specie, ha annullato la condanna per interruzione colposa di gravidanza, non tanto perché, come dedotto dal ricorrente, «la circostanza che la vittima fosse incinta aggraverebbe ancor di più la responsabilità della stessa di aver ignorato la presenza di un sottopasso di attraversamento», quanto perché «dall'esame delle sentenze di merito non emerge esservi alcun elemento noto (quale potrebbe essere stato, ad esempio, se l'incidente fosse avvenuto nelle immediate adiacenze di un ospedale o di una clinica o di uno *store* che vendesse prodotti per la prima infanzia) da cui possa inferirsi tale giudizio probabilistico». I giudici di legittimità, quindi, non escludono, in generale, che l'automobilista possa prevedere lo stato di gravidanza dei pedoni ma riportano il giudizio di prevedibilità nel terreno della probabilità in concreto: la Suprema Corte, in particolare, parla di «ragionevole prevedibilità»¹⁹⁵.

La Cassazione, invece, si è mostrata meno indulgente nei confronti di un vigile del fuoco che, alla guida di un'autobotte con i dispositivi acustici e visivi attivati, in fase di sorpasso di alcuni veicoli in coda, aveva investito una donna che, transitando davanti a un autobus fermo, attraversava la strada, con il semaforo verde per lei. Il Collegio non ha dato alcun peso al fatto che la vittima non si fosse accorta dell'arrivo dell'autopompa perché impegnata nell'ascolto di musica ad alto volume tramite auricolari, ma, al contrario, si è limitato ad affermare che «nell'ambito della circolazione stradale, rientra nella normale prevedibilità la

¹⁹⁵ Così, Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 2017, n. 25552, in *OneLegale*, citata sia da L. CARRARO, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone*, cit., 17, nota 54 sia da O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, cit., 3 come caso emblematico della tendenza di una parte della giurisprudenza ad ampliare a dismisura il raggio della prevedibilità.

presenza di utenti imprudenti ed, a maggior ragione, distratti (e per tale ragione imprudenti)»¹⁹⁶.

Più è ampio il raggio del giudizio di prevedibilità, più si riduce il campo applicativo del principio di affidamento¹⁹⁷.

Trascurato dalla giurisprudenza in materia di sport e di sicurezza sul luogo di lavoro, il principio di affidamento viene invece evocato da molte decisioni in tema di circolazione stradale, unendolo proprio al giudizio di prevedibilità.

La prevedibilità, in particolare, viene intesa come un limite all'affidamento, il quale, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, «trova temperamento nell'opposto principio secondo cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, purché rientrante nel limite della prevedibilità»¹⁹⁸.

In passato, non sono mancate pronunce che hanno limitato al massimo la possibilità di fare affidamento sull'altrui correttezza. I giudici, per esempio, ritenevano sempre prevedibile il fatto che il veicolo che procede in senso contrario possa improvvisamente abbagliare, arrivando ad affermare che «occorre procedere alla strettissima destra in modo da essere in grado, se necessario, di fermarsi immediatamente»¹⁹⁹.

Questo atteggiamento rigorista sembra lentamente lasciare il posto a una progressiva attenzione verso le particolarità del caso concreto e, quindi, verso un concetto di prevedibilità che, per escludere l'affidamento, deve essere ragionevole e reale. «La soluzione contraria non solo sarebbe irrealistica, ma condurrebbe a risultati non conformi al principio di personalità della responsabilità, prescrivendo

¹⁹⁶ Cass. pen., Sez. IV, 21 luglio 2021, n. 28178, in *OneLegale*. Vd. anche la relativa nota di O. DI GIOVINE, *Mezzi di soccorso e incidenti stradali. La Cassazione conferma il suo orientamento*, in *Giur. it.*, 2022, 4, 962 ss., che distingue tra prevedibilità oggettiva e prevedibilità soggettiva.

¹⁹⁷ Sull'evoluzione, la natura e la portata applicativa del principio di affidamento si rinvia a quanto sviluppato *supra* Cap. II, § 5.2.1.

¹⁹⁸ Così, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2023, n. 4923, in *C.E.D.*, Rv. 284093-01, che ha escluso l'operatività del principio di affidamento nel caso del conducente di un'automobile che, intento nella svolta a sinistra, non si era avveduto del sopraggiungere di un motociclo che viaggiava nella medesima direzione di marcia ad una velocità superiore a quella consentita e che era intento ad effettuare una manovra di sorpasso. Vd., anche, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 7664, in *C.E.D.*, Rv. 272223-01 e Cass. pen., Sez. IV, 24 marzo 2015, n.12260, in *C.E.D.*, Rv. 263010-01, quest'ultima annotata da F. LOMBARDI, *Il principio di affidamento con particolare riguardo all'investimento*, in *Cass. pen.*, 2015, 6, 2368 ss.

¹⁹⁹ In questo senso, Cass. pen., Sez. IV, 19 giugno 1987, n. 8359, in *C.E.D.*, Rv. 176415. Si riscontra una sostanziale *interpretatio abrogans* del principio di affidamento anche, ad es., in Cass. pen., Sez. IV, 28 marzo 1996, n. 4257, in *C.E.D.*, Rv. 204451 e Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 2000, n. 12879, in *C.E.D.*, Rv. 218473.

CAPITOLO TERZO

obblighi talvolta inesigibili e votando l'utente della strada al destino del colpevole per definizione o, se si vuole, del capro espiatorio»²⁰⁰.

Attraverso la valorizzazione delle particolari contingenze concrete, la Corte ha, per esempio, ritenuto che il principio di affidamento non spiegasse i suoi effetti con riferimento al caso di un motociclista che aveva investito un pedone mentre attraversava fuori dalle strisce pedonali, in un tratto rettilineo ed in condizioni di piena visibilità. Viste le circostanze del caso concreto, il motociclista veniva dichiarato responsabile delle lesioni cagionate al pedone per aver tenuto una «condotta di guida non idonea a prevenire la situazione di pericolo derivante dal comportamento scorretto del pedone, rischio tipico e ragionevolmente prevedibile della circolazione stradale»²⁰¹.

La Suprema Corte, di contro, ha ritenuto esente da responsabilità l'automobilista che, pur mancando (di poco) il rispetto del limite di velocità, nel percorrere una strada con diritto di precedenza, colpiva un autocarro che, in prossimità di un incrocio, non aveva rispettato l'obbligo di dare la precedenza. Ad avviso della Corte, ponendo attenzione all'indice di prevedibilità («che può essere diverso in relazione alle condizioni concrete del fatto, alla singola posizione, all'azione intrapresa»), l'automobilista, nel caso di specie, non poteva in concreto prevedere che dalla combinazione tra la sua condotta imprudente e quella del camionista potesse derivare la morte di quest'ultimo, in quanto egli non si poteva aspettare che dallo scontro tra un'auto e un mezzo pesante ad avere la peggio potesse essere il conducente di quest'ultimo²⁰².

Si può dunque affermare che solo la concreta prevedibilità dell'altrui comportamento imprudente può integrare un concorso di colpa penalmente rilevante per il soggetto agente, il quale, viceversa, ne andrà esente, se, nel momento della condotta, nutrivà un ragionevole affidamento sul fatto che gli altri utenti della strada avrebbero osservato le regole di diligenza proprie.

Il concorso di colpe, a ben vedere, può essere escluso anche qualora non sussista la c.d. causalità della colpa.

²⁰⁰ In questi termini, Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 5691, in *C.E.D.*, Rv. 265981-01.

Si veda anche Cass. pen., Sez. IV, 30 marzo 2023, n. 13284, in *OneLegale*, secondo cui nell'ambito della circolazione stradale il principio di affidamento «è sotteso ad assicurare la regolarità della circolazione, evitando l'effetto paralizzante di dover agire prospettandosi tutte le altrui possibili trascuratezze. Il principio di affidamento, d'altra parte, sarebbe da connettere pure al carattere personale e rimproverabile della responsabilità colposa, circoscrivendo entro limiti plausibili ed umanamente esigibili l'obbligo di rapportarsi alle altrui condotte».

²⁰¹ *Sic*, Cass. pen., Sez. IV, 1° giugno 2017, n. 27513, in *C.E.D.*, Rv. 269997-01.

²⁰² Questo è quanto si ricava, in parte espressamente, in parte implicitamente, da Cass. pen., Sez. IV, 17 gennaio 2024, n. 1929, in *C.E.D.*, Rv. 285635-01, che esclude la responsabilità dell'automobilista anche (e soprattutto) sotto il profilo causale.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Ciò accade laddove il rischio realizzatosi non corrisponda a quello che la regola cautelare violata mirava a prevenire (manca, cioè, la c.d. concretizzazione del rischio) oppure laddove neppure la condotta doverosa sarebbe stata idonea a scongiurare l'evento (manca, cioè, il c.d. comportamento alternativo lecito)²⁰³.

Quanto alla c.d. concretizzazione del rischio, la Cassazione, con riferimento alla regola cautelare di cui all'art. 143 Cod. Strada, in forza del quale «i veicoli devono circolare sulla parte destra della carreggiata e in prossimità del margine destro della medesima, anche quando la strada è libera», ha più volte affermato che tale obbligo «ha la finalità di garantire un'andatura corretta e regolare nell'ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono e non di evitare il rischio dell'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dalla direzione opposta, sicché, in caso di inosservanza di tale regola cautelare, deve comunque escludersi la responsabilità del conducente per l'incidente dovuto a invasione della corsia da parte di altro veicolo»²⁰⁴.

Sempre con riguardo all'art. 143 Cod. Strada, la Corte ha altresì escluso che tale regola cautelare tenda a fronteggiare il rischio di investimento del pedone che si trovi sulla sede stradale²⁰⁵.

In ordine, invece, alla violazione di altre regole cautelari, ha osservato che «affermare che (...) la regola che pone al conducente un preciso limite di velocità [art. 142 Cod. Strada] e quelle che gli impongono di mantenerla nei limiti di una generica adeguatezza e moderarla in presenza di determinate condizioni [artt. 140 e 141 Cod. Strada] non sono tese a prevenire il rischio dell'improvvisa occupazione della propria corsia di marcia da parte di altro veicolo – proveniente dalla opposta corsia di marcia – del quale il conducente abbia già perso il controllo, vale quanto escludere in radice il collegamento eziologico tra le regole violate e l'evento verificatosi, non potendosi all'agente richiedere di osservare detti limiti per approntare manovre salvifiche rispetto a ostacoli non prevedibili»²⁰⁶.

²⁰³ Sulla divisione della causalità della colpa in concretizzazione del rischio e comportamento alternativo lecito nello specifico ambito della responsabilità colposa stradale, si veda I. GIUGNI, *Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2019 (nota a Trib. Pisa, 19 febbraio 2018, n. 254, ivi).

²⁰⁴ Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 6 maggio 2019, n. 18802, in *C.E.D.*, Rv. 275655; Cass. pen., Sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50024, in *C.E.D.*, Rv. 27190-01. Tra le più recenti, v. Cass. pen., Sez. IV, 20 dicembre 2023, n. 50816, cit.

Per completezza, occorre segnalare che all'interno della giurisprudenza di legittimità esiste un indirizzo, che oggi appare minoritario, secondo cui l'art. 143 Cod. Strada, contrariamente a quanto sopra esposto, «è volto ad evitare interferenze o urti fra veicoli provenienti da direzioni opposte»: cfr. Cass. pen., Sez. IV, 2 aprile 2019, n. 14290, in *C.E.D.*, Rv. 275601-01

²⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2018, n. 40050, in *C.E.D.*, Rv. 273870-01.

²⁰⁶ Così, Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45589, cit.

CAPITOLO TERZO

Quanto al c.d. comportamento alternativo lecito, i giudici di legittimità hanno rilevato che l'inosservanza delle regole cautelari individuate dal Codice della Strada o dalle regole generali di diligenza e di prudenza non esaurisce il giudizio di responsabilità, in quanto è altresì «necessario accertare se il comportamento diligente imposto dalla norma a contenuto cautelare violata avrebbe certamente evitato l'evento»²⁰⁷.

In applicazione di tale principio, la Cassazione, per esempio, ha annullato senza rinvio la sentenza di merito che aveva condannato un automobilista per l'investimento di un motociclista, caduto autonomamente a terra per aver perso l'equilibrio, in quanto l'imputato, anche se avesse rispettato il limite di velocità, non avrebbe comunque potuto evitare l'investimento della vittima²⁰⁸.

La Corte, sempre con riguardo a una condotta posta in violazione dei limiti di velocità, ha escluso la causalità della colpa in capo al conducente di un autoarticolato che aveva urtato un veicolo finito al centro della carreggiata a causa della improvvisa (e mai spiegata) perdita di controllo da parte del suo conducente. I giudici, in particolare, hanno osservato che l'autotrasportatore, anche se avesse rispettato il limite di velocità, non avrebbe potuto evitare l'evento per assenza di tempi di reazione: nessuna manovra salvifica, quindi, era in concreto praticabile²⁰⁹.

L'accertamento della responsabilità colposa, come più volte evidenziato, non si può arrestare alla misura oggettiva della colpa, ma deve prendere in considerazione anche la relativa dimensione soggettiva, cioè l'esigibilità. Solo così, infatti, il principio di colpevolezza può trovare pieno riconoscimento.

La Corte, viceversa, ha ritenuto che lo schianto di un motociclista contro un cavallo, che, con il suo fantino, occupava la strada in ora serale e senza dispositivi luminosi di segnalazione, integrasse il rischio che mira a prevenire l'art. 184, comma 3, Cod. Strada, ai sensi del quale «i conducenti [di animali] devono tenere acceso un dispositivo di segnalazione che proietti in orizzontale una luce arancione in tutte le direzioni, esposto in modo che risulti visibile sia dalla parte anteriore che dalla parte posteriore», a nulla rilevando, nel caso di specie, che il motociclista avesse omesso di rispettare la distanza di sicurezza. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 novembre 2022, n. 46832, in *OneLegale*.

²⁰⁷ Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 30 settembre 2021, n. 35843, in *OneLegale*, che, nel caso di specie, dopo aver appurato che l'imputato aveva superato il limite di velocità e non aveva adeguato la stessa in relazione al tipo di veicolo condotto, ha concluso che, anche qualora l'imputato «avesse serbato una velocità rispettosa dei limiti imposti, il sinistro si sarebbe egualmente verificato con la stessa violenza d'impatto». Vd. anche la relativa nota di A. PREVE, *Circolazione stradale e colpevolezza: la Cassazione valorizza la causalità della colpa*, in *Sist. pen.*, 23 novembre 2021.

²⁰⁸ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. IV, 13 luglio 2017, n. 34375, in *C.E.D.*, Rv. 270823, secondo cui «l'elemento soggettivo del reato richiede non soltanto che l'evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito), non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione "ex ante", non avrebbe potuto comunque essere evitato».

²⁰⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 luglio 2024, n. 30341, in *OneLegale*.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Dall'esame della giurisprudenza in materia di responsabilità da circolazione stradale sembra emergere che tale requisito non sia oggetto di valutazione autonoma. La sensazione, in particolare, è che, a fronte di un indirizzo giurisprudenziale che ignora questo fondamentale elemento della colpa, ve ne sia un altro che lo valorizza come strumento al servizio del giudizio di prevedibilità e dell'accertamento della causalità della colpa.

Per esempio, con riferimento alla prevedibilità dell'altrui condotta imprudente quale limite naturale al principio di affidamento, la Corte di cassazione ha affermato che la prevedibilità va circoscritta entro limiti concretamente «plausibili ed umanamente *esigibili*»²¹⁰.

Quanto, invece, alla causalità della colpa, negli ultimi anni non sono mancate decisioni che espressamente hanno stabilito che il c.d. comportamento alternativo diligente richiesto al soggetto agente dovesse essere «concretamente *esigibile* nel caso di specie»²¹¹.

Occorre, infine, segnalare che la condotta imprudente della vittima, laddove non escluda la responsabilità colposa del soggetto agente, può comunque incidere sul *quantum* di pena irrogata.

Il comportamento della vittima, infatti, può sia influenzare la valutazione della gravità del reato *ex art.* 133, comma 1, c.p., sia comportare una riduzione della pena grazie al riconoscimento della circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'*art. 589-bis*, comma 7, c.p. (Omicidio stradale) e dall'*art. 590-bis*, comma 7, c.p. (Lesioni personali stradali gravi e gravissime), in forza dei quali, «qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole, la pena è diminuita fino alla metà».

La Corte di cassazione, a quest'ultimo riguardo, per esempio, ha ritenuto che la condotta del pedone che, nel percorrere una strada a doppio senso di marcia e priva dei marciapiedi, in violazione dell'*art.* 190 Cod. Strada, non proceda sul margine della carreggiata opposto al senso di marcia dei veicoli, integri un'imprudenza che,

²¹⁰ Da ultimo, v. Cass. pen., Sez. IV, 5 giugno 2024, n. 22587, in *OneLegale* (corsivo aggiunto).

²¹¹ Si veda, per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 22 luglio 2022, n. 29052, in *OneLegale* (corsivo aggiunto), che ha annullato la sentenza impugnata proprio perché non aveva accertato che la condotta alternativa lecita fosse in concreto esigibile. Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2020, n. 36774, in *C.E.D.*, secondo cui i giudici di merito non avevano verificato che fosse realmente esigibile la condotta alternativa lecita che avrebbe dovuto tenere un'automobilista contro la cui vettura aveva urtato un motociclista con diritto di precedenza. Il fatto che quest'ultimo viaggiasse a una velocità di molto superiore al limite e che, di contro, l'imputato avesse impegnato l'incrocio rallentando e, per di più, dando la precedenza a un altro veicolo, ad avviso della Corte, doveva quantomeno indurre i giudici di merito a misurarsi con la possibilità che, nel caso concreto, non fosse esigibile un comportamento alternativo doveroso.

in caso di investimento, può rilevare ai fini del concorso di colpa *ex art. 589-bis*, comma 7, c.p., e, quindi, ai fini della diminuzione della pena²¹².

4. L'auto-responsabilità in caso di concorso (apparente) di colpa: un'ipotesi ricostruttiva.

Giunti al termine dell'esame della casistica, è possibile a questo punto svolgere un tentativo di ricostruzione dell'auto-responsabilità, al fine di dare la giusta rilevanza al ruolo della condotta della vittima nella realizzazione del reato, in conformità al principio di personalità della responsabilità penale e, quindi, di colpevolezza.

Quando si parla di auto-responsabilità nell'esercizio di attività rischiose, le questioni che si pongono nascono tutte dal presupposto che l'evento sia il risultato dell'incontro di due condotte contrapposte: da un lato il comportamento del soggetto attivo, dall'altro quello del soggetto passivo.

Se la vittima vuole la verifica dell'evento auto-lesivo, *nulla quaestio*.

Salvo peculiari posizioni di garanzia in capo al soggetto attivo (ad es., quella dello psichiatra nei confronti dei propri pazienti), l'auto-responsabilità trova la sua massima espressione. Si pensi al caso dell'operaio che, mosso da istinto suicida, si toglie l'imbracatura di protezione e si getta dai ponteggi del cantiere dove lavora. In questo caso, anche se si scoprisse che il datore di lavoro ha ommesso di vigilare sulla sicurezza del cantiere, una volta accertato l'elemento soggettivo della vittima, non ci sono dubbi che l'auto-responsabilità di quest'ultima escluda l'eventuale responsabilità del primo.

²¹² Così, Cass. pen., Sez. IV, 12 dicembre 2022, n. 46668, in *C.E.D.*, Rv. 283766-01. Si veda, anche, Cass. pen., Sez. IV, 20 maggio 2021, n. 20091, in *C.E.D.*, Rv. 281173-01, secondo cui la circostanza attenuante in parola è configurabile anche nel caso in cui il contributo colposo della vittima sia minimo. Cass. pen., Sez. IV, 30 giugno 2021, n. 24910, in *C.E.D.*, Rv. 281559-01, invece, aggiunge che tale circostanza, al di fuori delle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore, si può applicare anche quando la concorrente causa esterna non sia costituita da una condotta colposa umana. Quest'ultima pronuncia integra così il principio enunciato da Cass. pen., Sez. IV, 26 marzo 2019, n. 13103, in *C.E.D.*, Rv. 276254-01, secondo cui anche la condotta di altri utenti della strada diversi dalla vittima rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 589-bis, comma 7, c.p.

Diversamente, Cass. pen., Sez. IV, 13 luglio 2018, n. 32221, in *C.E.D.*, Rv. 273459-01 ha ritenuto che l'attività di *jogging* svolta lungo il margine della careggiata non integri alcuna violazione del Codice della Strada e, perciò, ha escluso il concorso colposo della vittima investita da un veicolo mentre correva lungo la strada.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Ovviamente, non si pone alcuna questione neanche quando è il soggetto attivo a volere l'evento. In tal caso, per quanto la vittima possa essere stata incauta, prevale sempre la responsabilità (dolosa) dell'autore del reato.

Se, invece, nessuno dei due soggetti vuole l'evento, si possono distinguere quattro ipotesi.

La prima riguarda la situazione in cui entrambe le condotte sono incolpevoli, in quanto nessuno dei due soggetti coinvolti nella realizzazione dell'evento è rimproverabile a titolo di colpa. In tal caso, non vi è né la responsabilità del soggetto attivo né l'auto-responsabilità del soggetto passivo. Si pensi all'automobilista che, a causa di un guasto improvviso dell'impianto frenante del proprio mezzo (regolarmente controllato e mantenuto), cagioni la morte di un altro automobilista che, pur rispettando tutte le regole del Codice della Strada, non è in grado di evitare l'impatto.

La seconda consiste nel caso in cui solo il soggetto attivo ha tenuto una condotta colposa, mentre il comportamento della vittima risulta incolpevole. Inutile sottolineare che in questa ipotesi viene in rilievo la responsabilità (colposa) del soggetto attivo. È il caso del maestro di sci che conduce la propria classe di giovani sciatori fuori dalle piste battute, in zone nelle quali è previsto il pericolo di valanghe e dove effettivamente si stacca una massa di neve che travolge alcuni allievi, uccidendoli.

La terza attiene al caso in cui è soltanto il soggetto passivo a commettere una negligenza o un'imprudenza. Qui emerge l'auto-responsabilità della vittima. Si pensi al lavoratore esperto e ben formato che, contravvenendo alle precise raccomandazioni del suo datore di lavoro, esegua una manovra azzardata che gli provoca un'invalidità permanente.

La quarta ipotesi si riferisce a tutte quelle situazioni in cui l'evento è la conseguenza di un concorso di colpe, cioè sia il soggetto attivo che quello passivo hanno tenuto una condotta rimproverabile. In tal caso, affiorano, almeno apparentemente, sia la responsabilità del soggetto attivo che l'auto-responsabilità del soggetto passivo, spettando all'interprete decidere quale delle due far prevalere sull'altra.

L'attenzione non può che focalizzarsi su quest'ultima ipotesi.

Dal lato del soggetto attivo, occorre innanzitutto domandarsi se la sua condotta è di tipo omissivo.

CAPITOLO TERZO

In questo caso, egli può essere chiamato a rispondere del reato colposo d'evento (il riferimento è naturalmente all'omicidio e alle lesioni colpose), solo se è titolare di una posizione di garanzia nei confronti della vittima, *ex art. 40 cpv. c.p.*

Se infatti egli non ha l'obbligo giuridico di impedire l'evento cagionato dall'altrui imprudenza, la sua eventuale violazione di qualche regola cautelare non rileva, in quanto il fatto non è comunque tipico, atteso che l'assenza dell'obbligo di garanzia equivale all'assenza di un elemento oggettivo del reato. In tal caso, quindi, prevale l'auto-responsabilità e la quarta ipotesi così degrada alla terza.

Verificare che il soggetto attivo sia titolare di una posizione di garanzia appare di fondamentale importanza.

Non basta, come fanno alcune pronunce esaminate, limitarsi a evocare il generico principio di *neminem laedere* per ritenere assolto l'accertamento sulla sussistenza dell'obbligo di garanzia, in quanto in tal modo si fa coincidere l'obbligo di garanzia con quello di diligenza. E non basta neppure ritenere che la posizione di garanzia trovi la sua fonte nell'esercizio stesso dell'attività rischiosa. Se così fosse, non solo il principio di legalità subirebbe un'indebita compressione, ma ciascuno diventerebbe automaticamente garante di qualsiasi altro consociato.

Occorre, invece, individuare la fonte che in maniera specifica attribuisce al soggetto attivo l'obbligo di impedire l'evento.

Il d.lgs. 81/2008, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, il d.lgs. 285/1992, in ordine alla circolazione stradale, e, da ultimo, il d.lgs. 40/2021, con riferimento all'esercizio degli sport invernali, contengono una serie di disposizioni – alcune, a dire il vero, meno puntuali di altre – che consentono di individuare gli obblighi di garanzia in capo al datore di lavoro, all'utente della strada e al gestore delle piste da sci.

Maggiori difficoltà si incontrano in relazione alle attività sportive diverse da quelle invernali, rispetto alle quali, oltre alle previsioni contenute nei regolamenti federali o nelle eventuali (e di dubbio valore) dichiarazioni liberatorie di responsabilità, ciò che più rileva è capire se la vittima è davvero un soggetto meritevole di protezione, in quanto fragile, debole, immaturo, inesperto o comunque perché si trova in una posizione di inferiorità o vulnerabilità rispetto al rischio insito nell'attività sportiva svolta. Solo in tali ipotesi, l'allenatore o il gestore dell'impianto sportivo dovrebbe assumere la veste di garante.

Una volta stabilito che il soggetto attivo è titolare di una posizione di garanzia, l'interprete non può considerare terminato l'accertamento in ordine alla sussistenza dell'obbligo previsto dall'art. 40 cpv. c.p. Il principio di personalità della responsabilità penale, infatti, impone altresì di verificare che l'obbligo di

LA VITTIMA DEL RISCHIO

garanzia sia preconstituito rispetto alla situazione di rischio e attribuisca al suo titolare specifici poteri impeditivi o, almeno, specifici poteri di natura sollecitatoria.

È necessario, inoltre, capire quale sia lo specifico evento che il soggetto attivo ha l'obbligo giuridico di impedire, in modo tale da individuare con precisione l'area di rischio che egli è chiamato a governare.

Se la posizione di garanzia non è preconstituita, non attribuisce al suo titolare specifici poteri impeditivi (o sollecitatori) o si riferisce a eventi imprecisati, allora mancano i presupposti perché il soggetto attivo possa assumere, a tutti gli effetti, la qualifica di garante nei confronti della vittima imprudente e, perciò, non può che prevalere l'auto-responsabilità di quest'ultima.

Se, di contro, il soggetto attivo è effettivamente titolare di un obbligo di garanzia nei confronti della vittima, bisogna verificare che l'evento concretizzatosi ricada nella sfera di rischio di competenza del garante medesimo.

Al riguardo, meritano approvazione quelle decisioni che, in ordine alla responsabilità del datore di lavoro e del gestore di impianti sciistici, specificano che il nesso di causalità tra la condotta del garante e l'evento va escluso quando la condotta imprudente della vittima attiva un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia.

Per questa ragione, è importante individuare gli esatti confini dell'area di competenza del garante, poiché le sue eventuali negligenze non rilevano qualora l'evento causato dall'altrui imprudenza si collochi fuori dalla sua sfera di rischio. In questo caso, infatti, viene meno un fondamentale elemento oggettivo del reato, vale a dire il nesso eziologico che lega la condotta del soggetto attivo all'evento.

Ne deriva che prevale l'auto-responsabilità della vittima laddove quest'ultima abbia attivato un rischio eccentrico o esorbitante.

Aderendo alla teoria tripartita del reato, una volta accertato il fatto tipico, l'attenzione si deve concentrare sull'antigiuridicità.

Il fatto del soggetto attivo appare sempre antigiuridico, non solo perché di recente la stessa giurisprudenza ha smesso di riconoscere l'esistenza della scriminante atipica del rischio consentito, che, per quanto in *bonam partem*, si poneva in tensione con il principio di legalità, ma anche perché la scriminante tipica del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) non può trovare applicazione tutte le volte che la vittima, al di là dell'indisponibilità del bene giuridico, non acconsente all'evento (cioè alla sua lesione o addirittura alla sua morte), bensì all'esercizio di una condotta rischiosa.

CAPITOLO TERZO

Se quindi il fatto è tipico e antigiuridico, occorre spostare il *focus* sull'accertamento del coefficiente psicologico, sia dal lato del soggetto attivo che da quello del soggetto passivo. Occorre cioè capire se davvero è possibile muovere un rimprovero a titolo di colpa nei confronti di entrambi i soggetti. E questo vale anche quando il soggetto agente abbia tenuto una condotta attiva.

Dal punto di vista della vittima, bisogna verificare se lei si è esposta liberamente e/o consapevolmente al rischio poi realizzatosi.

L'interprete, per esempio, si deve domandare, laddove il soggetto attivo sia anche garante, se questi ha messo la vittima nelle condizioni di comprendere quali pericoli correva, predisponendo un adeguato sistema di formazione e informazione.

Se la vittima non era consapevole del rischio a cui si è auto-esposta, non si può parlare di auto-responsabilità.

Dal lato del soggetto attivo, innanzitutto, è necessario individuare la regola violata, verificando che essa abbia natura cautelare (e non meramente organizzativa) e un contenuto specifico.

Se, come spesso accade, la regola cautelare promana da una fonte non scritta o ha un contenuto elastico, occorre verificare che l'altrui condotta incauta fosse *ex ante* ragionevolmente prevedibile ed evitabile.

Quanto alla prevedibilità, appare condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il principio di affidamento incontra il suo limite proprio nella prevedibilità dell'altrui imprudenza. Tuttavia, va censurata la tendenza a considerare prevedibile ciò che, a ben guardare, è solo astrattamente pensabile.

Il principio di colpevolezza, infatti, impone di considerare la prevedibilità non come una semplice possibilità ma come la probabilità, in base alle circostanze del caso concreto, che la vittima tenga un comportamento imprudente.

Se, dunque, la condotta della vittima non era *ex ante* ragionevolmente prevedibile ed evitabile, viene meno la responsabilità del soggetto attivo.

Meritano, poi, apprezzamento le pronunce che si soffermano sull'accertamento della c.d. causalità della colpa (o nesso di rischio).

Il soggetto attivo può essere chiamato a rispondere dell'evento solo se quest'ultimo corrisponde a quello che la norma cautelare violata mira a prevenire. Al riguardo, come noto, si parla di concretizzazione del rischio.

LA VITTIMA DEL RISCHIO

Se la regola cautelare violata intende prevenire un evento diverso da quello cagionato dall'altrui condotta incauta, al soggetto attivo non si può muovere alcun addebito a titolo di colpa.

La colpa va altresì esclusa laddove emerga che non vi era un comportamento alternativo lecito a cui il soggetto agente poteva attenersi o che neppure l'eventuale condotta doverosa avrebbe scongiurato la verifica dell'evento.

Emblematica, al riguardo, la casistica in materia stradale. Ad esempio, va esente da responsabilità l'automobilista che, anche se avesse rispettato i limiti di velocità, non avrebbe comunque evitato l'investimento del pedone che ha attraversato la strada fuori dalle strisce pedonali, di notte, in una zona poco illuminata e, magari, pure in prossimità di una curva. In tale caso, l'unica responsabilità ravvisabile è quella della vittima.

Occorre, infine, procedere a un'ultima verifica.

L'accertamento degli elementi oggettivi della colpa, invero, non basta a fondare la responsabilità del soggetto agente.

La colpa richiede un giudizio di rimproverabilità soggettiva. L'interprete, pertanto, non può fare a meno di chiedersi se la condotta doverosa fosse in concreto esigibile. Si tratta cioè di accertare la sussistenza della c.d. dimensione soggettiva della colpa, strettamente connessa al principio di colpevolezza, ma spesso lasciata in ombra da una parte rilevante della giurisprudenza.

Il soggetto attivo, perciò, non risponde dell'evento cagionato dall'altrui imprudenza nel caso in cui la condotta astrattamente doverosa risulti concretamente inesigibile.

Solo il positivo accertamento di tutti i requisiti della colpa consente di affermare la responsabilità del soggetto attivo: in caso contrario, il concorso di colpe è soltanto apparente perché la responsabilità dell'agente va esclusa.

Qualora, dopo aver attentamente valutato le condotte sia del soggetto attivo che del soggetto passivo, permanga un reale profilo di colpa in capo ad entrambi, rimane il problema di stabilire quale delle due responsabilità debba prevalere.

Lo stesso legislatore suggerisce la risposta.

Gli artt. 1227 e 2056 c.c., in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e gli artt. 589-*bis*, comma 7, e 590-*bis*, comma 7, c.p., in materia di omicidio e lesioni stradali, danno rilievo al concorso di colpe soltanto ai fini, rispettivamente, della quantificazione del danno risarcibile e della

CAPITOLO TERZO

commisurazione della pena, assumendo quindi che il debitore/danneggiante, nel primo caso, e il soggetto attivo del reato, nel secondo, siano comunque responsabili.

Ne discende che, in caso di concorso reale di colpe, la responsabilità del soggetto agente prevale sempre sull'auto-responsabilità della vittima, a prescindere dalla gravità della colpa di quest'ultima.

Il grado della colpa ha comunque un'importanza non marginale, in quanto rappresenta un fondamentale criterio per determinare la quantità di pena da infliggere in concreto al soggetto attivo, ai sensi dell'art. 133 c.p.

Il giudice, infatti, è tenuto a individualizzare la risposta sanzionatoria non solo sulla base del livello di colpa del reo, ma anche sulla base dell'intensità del rimprovero che è possibile muovere alla vittima, in modo tale da rendere la pena davvero proporzionata al disvalore del fatto.

Occorre, infine, notare che il giudice può prendere in considerazione il comportamento imprudente della vittima anche ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, *ex art. 62-bis c.p.*, o specifiche, *ex artt. 589-bis, comma 7, e 590-bis, comma 7, c.p.*

Questo, a nostro avviso, è il percorso da seguire se si vuole addivenire a soluzioni maggiormente rispondenti al canone della responsabilità per fatto proprio e, quindi, se si vuole evitare di riconoscere in capo al soggetto agente una mera responsabilità "da posizione".

Gli interrogativi a cui rispondere non sono pochi, coinvolgono molti degli elementi costitutivi del reato e, senz'altro, necessitano di correzioni o integrazioni per adeguare l'accertamento al contesto e alle modalità in cui il comportamento della vittima si è manifestato.

Un dato di fatto, comunque, appare senz'altro non trascurabile.

Come evidenziato da una parte della dottrina, i ruoli di "vittima e carnefice", spesso, sono sostanzialmente interscambiabili²¹³.

La casistica in materia sportiva e stradale, infatti, ci insegna che assume la condizione di vittima chi semplicemente ha avuto la peggio, «lasciando che l'altro

²¹³ Vd. L. CARRARO, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone*, cit., 18, secondo cui, a proposito di incidenti stradali, «colui che risulterà "fortunato" nel sinistro, sarà "sventurato" nel diritto (penale), poiché verrà chiamato a rispondere di un danno che, a ben guardare, potrebbe essere derivato, in via primaria, dalla colpa della (contingente) vittima, senza avere molte possibilità di valorizzare siffatta colpa in funzione esimente».

LA VITTIMA DEL RISCHIO

trasgressore assuma il più scomodo ruolo d'imputato; il tutto nella consapevolezza che un esito naturalistico inverso avrebbe capovolto il copione processuale»²¹⁴.

Ciò è sintomo di un diritto penale che non guarda tanto al disvalore della condotta, quanto alla gravità dell'evento e, in particolare, all'entità del danno cagionato.

Ma soprattutto è il segno di un diritto penale che non è in grado di definire il concetto di "vittima meritevole di tutela"²¹⁵, nonché di comprendere che un'adeguata valorizzazione del ruolo del soggetto passivo offre la possibilità sia di valutare meglio l'intero disvalore del fatto sia, soprattutto, di prevenire in maniera più incisiva i tanti incidenti che continuano ad affliggere tutti i principali contesti in cui si muove l'attuale società.

²¹⁴ Così, D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 327 s.

²¹⁵ *Ibidem*.

CAPITOLO QUARTO

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

Qualche considerazione conclusiva

SOMMARIO: 1. Dal *diritto penale dell'evento* al *diritto penale del rischio*. – 2. Il rischio come criterio ermeneutico (in senso estensivo) della colpa. – 3. Il rischio come criterio legislativo e il suo rapporto con il concetto di pericolo: una rapida visione d'insieme. – 4. Oltre la “cultura della colpa”. La prevenzione del rischio da un altro punto di vista. – 5. Attuazione e attualità della repressione penale della colpa nella società del rischio.

1. Dal *diritto penale dell'evento* al *diritto penale del rischio*.

Cesare Beccaria, nel suo celebre e dirompente saggio “*Dei delitti e delle pene*” del 1764, in ordine al tema “*Come si prevengano i delitti*”, scriveva: «è meglio prevenire i delitti, che punirli. Questo è il fine principale di ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità, o al minimo d'infelicità possibile, per parlare secondo tutt'i calcoli dei beni e dei mali della vita».

Il filosofo e giurista milanese, quindi, indicava i presupposti fondamentali per addivenire a un'effettiva prevenzione dei delitti. Innanzitutto, servono *leggi chiare e semplici*, che la Nazione deve favorire e difendere con ogni forza. Quindi, occorre *combattere l'ignoranza e ricompensare le virtù*. Infine, bisogna *perfezionare l'educazione*: questo è «il più sicuro, ma più difficile mezzo di prevenire i delitti»¹.

A circa due secoli e mezzo di distanza da queste importanti affermazioni, è opportuno chiedersi se l'attuale sistema penale sia in grado di prevenire le eterogenee fenomenologie di danno auto-prodotte dalla società e, quindi, se sia in grado di gestire efficacemente i tanti rischi derivanti dall'esercizio delle cc.dd. attività pericolose socialmente utili.

La risposta a tale interrogativo non può che partire da un fondamentale rilievo: al fine di fronteggiare le numerose, complesse e quotidiane situazioni di rischio, il diritto penale ha mutato volto, soddisfacendo così le sempre più pressanti istanze di sicurezza provenienti dalla collettività.

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Bassano, ed. 1789, § XLI, 136-145.

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

In particolare, l'odierno sistema ha abbandonato i rigidi paradigmi del c.d. "diritto penale d'evento", per sposare quelli più flessibili del c.d. "diritto penale (della società) del rischio"².

Proprio attorno al rischio, quale carattere distintivo della società contemporanea, ruota la metamorfosi del diritto penale. Esso, infatti, ha trasformato sia i meccanismi di accertamento delle categorie classiche del reato sia le tecniche di politica criminale.

Il rischio, quindi, nel corso del tempo, ha assunto una duplice rilevanza penalistica: è diventato sia *criterio ermeneutico* delle classiche fattispecie incriminatrici (in particolare, di quelle aventi natura colposa), sia *criterio ed elemento di nuovi schemi di incriminazione* (in particolare, di quelli incardinati sul concetto di pericolo astratto)³.

Così l'ordinamento tenta di decifrare e controllare la realtà circostante, che spesso viene inquadrata solo dopo un lungo periodo di tempo dal verificarsi dell'accadimento lesivo⁴.

Il giudice, da una parte, e il legislatore, dall'altra, si trovano a decidere quale rischio sia da evitare e quale, invece, possa essere corso dalla società. Per fare ciò, entrambi sono costretti a «procedere a complessi bilanciamenti, che assumono una forma diversa da quelli classici, familiari ai giuristi, dal momento che non si risolvono in un confronto tra beni giuridici, ma in una ponderazione tra il noto e l'ignoto, tra rischi possibili e vantaggi potenziali»⁵.

² Sulla nozione di "diritto penale (della società) del rischio", cfr. C. PERINI, *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, in *Leg. pen.*, 2012, 1, 121.

Vd. anche V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in AA.VV. (a cura di), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, Atene, 2017, 223, secondo il quale «se la società si caratterizza sempre più per il rischio, il diritto penale – che della società è il riflesso e insieme sostegno – non può che connotarsi per lo stesso carattere».

³ La distinzione tra la duplice dimensione del rischio (da una parte, ermeneutica, dall'altra, incriminatrice) è stata elaborata da C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 45 ss., 367 ss., 595 ss., che ravvisa nel concetto di rischio proprio del diritto penale una natura sia *anfibia* che *anfibiologica*.

Cfr. anche M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3566, secondo cui il rischio può essere inteso sia come «nozione *tecnico-giuridica*, nei reati di evento, a livello di ricostruzione della colpa e della causalità», sia come «nozione *socio-giuridica*, a livello di *ratio decidendi* del progetto legislativo».

⁴ Come nota, per es., A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato*, cit., 394.

⁵ P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 385, ad avviso della quale ciò rende davvero difficile il controllo del rispetto del principio di proporzionalità, soprattutto in ordine alle scelte del legislatore: «se, infatti, non si conosce esattamente quale possa essere il danno o quale ne siano esattamente le cause, come si può valutare se l'intervento pubblico è necessario o se i suoi costi sono giustificati?».

CAPITOLO QUARTO

Il rischio, dunque, non solo ha generato grandi cambiamenti sotto il profilo economico, sociale, politico, culturale, ma ha anche trasformato il diritto penale, i suoi schemi e, per un certo verso, pure i suoi principî.

2. Il rischio come criterio ermeneutico (in senso estensivo) della colpa.

Il rischio, sul versante ermeneutico⁶, ha prodotto distorsioni che interessano soprattutto la ricostruzione del più importante elemento oggettivo del reato, il rapporto di causalità, e l'accertamento del più delicato coefficiente di imputazione, la colpa.

Quanto alla causalità, in questa sede ci si limita a rilevare che la complessità, la professionalizzazione e l'interdipendenza soggettiva di molte delle azioni quotidiane, unite all'incertezza o alla rapida evoluzione delle conoscenze scientifiche, non rendono agevole la ricostruzione eziologica del fatto. Questo scenario induce i giudici a servirsi di modelli di spiegazione causale semplificati (o comunque meno rigorosi rispetto ai canoni tradizionali), pur di offrire una risposta alle crescenti aspettative di tutela provenienti dalla collettività, la quale appare sempre più inerme e disorientata di fronte alle impreviste ricadute negative di molte delle attività che, in origine, sembravano promettere solo benessere e progresso⁷.

Con riferimento alla colpa, invece, il percorso di questa ricerca dovrebbe aver reso evidente che il rischio è «*fisiologico* al giudizio di imputazione», in quanto

⁶ Degna di nota la definizione di A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 75, secondo il quale il rischio non è una nozione o un concetto, bensì «un “luogo argomentativo” sul quale convergono, e tra loro interagiscono, linee di pensiero e percorsi di azione differenti».

⁷ In tema, *ex plurimis*, v. R. BLAIOTTA, *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, in *disCrimen*, 28 giugno 2019; F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1523 ss.; G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 670 ss.; O. DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Ind. pen.*, 2004, 3, 1115 ss.; L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Quest. giust. (web)*, 10 marzo 2017; A. PROVERA, *La “causalità impossibile”. La probabilità logica senza una legge scientifica di copertura*, in *Sist. pen.*, 5 luglio 2023; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale: nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma, 2015; S. ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1289 ss.; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022.

quest'ultimo è diretto a introdurre uno spartiacque tra le forme *illecite* e quelle *lecite* di esposizione al rischio (il c.d. rischio consentito)⁸.

Le complesse caratteristiche dell'agire umano rendono assai rarefatto l'elemento soggettivo, tant'è vero che, con molta probabilità, la quasi totalità dei giudici non esiterebbe a servirsi degli schemi tipici della responsabilità oggettiva per superare le intrinseche difficoltà del giudizio.

Il principio di personalità della responsabilità penale, ovvero di colpevolezza, però, vietano il ricorso a tali schemi, imponendo così all'interprete uno sforzo notevole ma necessario per verificare la sussistenza della connessione soggettiva tra la condotta tenuta e l'evento realizzatosi.

Proprio la duplice e, a tratti, antitetica esigenza di adeguare l'accertamento della responsabilità colposa alla complessità del caso concreto, da un lato, e di rispettare (almeno apparentemente) i rigidi confini tracciati dai principî generali del diritto penale, dall'altro, ha condotto la prassi applicativa a una spontanea flessibilizzazione degli elementi tipici della colpa. Il riferimento è alla (lunga) serie di operazioni interpretative che hanno reso sì possibile la sopravvivenza delle fattispecie di evento (attorno alle quali ruota la teoria del reato) ma, al contempo, hanno di fatto snaturato l'essenza stessa dei tradizionali canoni di ascrizione della responsabilità, con un'inevitabile espansione dell'imputazione⁹.

Il presente lavoro ha permesso di individuare le principali distorsioni a cui va incontro l'elemento soggettivo della colpa, quando l'offesa è maturata nel contesto della società del rischio.

Partendo dal primo requisito "positivo" della colpa, vale a dire la violazione delle regole cautelari, non si può fare a meno di notare che l'elasticità caratterizza sia il sistema delle fonti che lo stesso contenuto delle norme di diligenza.

Per ciò che concerne le fonti, si assiste a un numero sempre più importante di regole cautelari auto-prodotte, che consentono al privato di essere sia autore che destinatario del dovere di diligenza e che, allo stesso tempo, alimentano la «tendenza ad un innalzamento dello standard cautelare da parte del giudice che è

⁸ Così, C.E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, cit., 522, ad avviso del quale, peraltro, «proprio dal terreno di coltura della colpa, ove il rischio vanta (...) un legittimo diritto di cittadinanza, hanno preso d'altra parte abitualmente le mosse, le "fughe in avanti" nell'accertamento della responsabilità penale incentrate sulla translazione di questo elemento nel terreno, viceversa, ad esso estraneo, della causalità: quasi invocando, per così dire, una sorta di *proprietà transitiva*, tutta interna alla sistematica del reato, in virtù della quale gli elementi costitutivi di una categoria valgono anche per le categorie limitrofe».

⁹ Cfr. A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato*, cit., 404 s.

CAPITOLO QUARTO

portato a dubitare quasi “per principio” della correttezza del bilanciamento effettuato da chi a quella ponderazione [tra interessi contrapposti] non è estraneo ma parte»¹⁰.

Con riferimento al contenuto, capita spesso che le regole positivizzate siano “a contenuto elastico” o “ad ampio spettro”, oppure che non siano esaustive, che siano inadeguate o addirittura obsolete rispetto al tipo di evento realizzatosi. In tali ipotesi, la colpa è solo apparentemente specifica, perché l’ampiezza, l’indeterminatezza, l’incompletezza o l’inefficienza delle regole scritte autorizzano il giudice ad accertare la responsabilità attraverso le più malleabili e interscambiabili regole di derivazione sociale, cioè la diligenza, la prudenza e la perizia.

Nonostante nell’odierno sistema prevenzionistico dominino le regole cautelari scritte, la colpa generica continua a essere una presenza costante (se non imprescindibile) nei giudizi di responsabilità, dove, grazie alla sua natura multiforme, dilata così tanto gli *standards cautelari* al punto da trasformarli, in non poche occasioni, in *standards precauzionali*. Non a caso, si parla anche di *colpa globale o generale*¹¹.

L’ingresso della precauzione nella tipicità colposa è sicuramente la conseguenza più visibile del processo di flessibilizzazione delle categorie classiche del reato e dei suoi effetti distorsivi.

Infatti, il ricorso indiscriminato all’eterea figura dell’agente modello, quale formidabile strumento di “costruzione” delle regole cautelari non scritte, sovente porta il giudice a ricomprendere nell’imputazione eventi solo genericamente prevedibili o, addirittura, solo astrattamente pensabili, come qualsiasi tipo di altrui imprudenza o, nei contesti caratterizzati da incertezza scientifica, qualsiasi impreciso danno alla salute delle persone.

Procedendo in questo modo, il giudice – attraverso *test* di prevedibilità improntati a logiche troppo vicine a quella, infallibile ma deformante, del *senno del poi* – rintraccia obblighi di diligenza talmente elevati che, di fatto, la regola cautelare individuata diventa unica: l’astensione, senz’altro idonea ad azzerare il rischio ma, al contempo, in aperta contraddizione con la natura stessa delle attività su cui si fonda la società contemporanea, che del rischio fa la sua ragion d’essere.

La riconversione in senso precauzionale del contenuto delle norme cautelari ha, quindi, determinato un’espansione delle ipotesi di responsabilità, con la

¹⁰ F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, cit., 1550.

¹¹ D. CASTRONUOVO, *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro*, cit., 176.

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

conseguente torsione del principio di colpevolezza. La precauzione, invero, quale parametro della colpa generica, porta a ridefinire i canoni del giudizio di prevedibilità, spostando il suo baricentro dal momento della condotta a quello dell'evento e, così, costringendo l'agente reale a rappresentarsi l'imprevedibile.

La deriva precauzionale delle regole cautelari si registra anche con riferimento a entrambe le fasi della c.d. causalità della colpa.

Quanto all'accertamento della c.d. concretizzazione del rischio, è possibile notare come la (diffusa) presenza di regole cautelari dalla scarsa capacità selettiva, perché volte a prevenire un'indistinta classe di rischi, fa sì che qualsiasi evento possa essere inteso come la concretizzazione del rischio che le regole miravano a prevenire. In tale ipotesi, il "nesso di rischio" tra la violazione della norma cautelare e l'evento sussiste sempre, riducendo così la colpa del soggetto agente a *culpa in re ipsa*.

In ordine, invece, all'individuazione del c.d. comportamento alternativo lecito, la logica del *senno del poi* trova la sua massima esaltazione quando il giudice, tra i potenziali comportamenti salvifici, tende a individuare la condotta alternativa doverosa attraverso valutazioni ricavate *ex post*, a evento avvenuto e in maniera del tutto astratta e svincolata dal caso concreto. In questo modo, il comportamento alternativo lecito selezionato, a prescindere dal contesto in cui si consuma il fatto, rischia di essere solo e sempre uno: di nuovo, la pura e semplice astensione dall'azione.

Un irrinunciabile contrappeso alle suddette storture è indubbiamente rappresentato dalla c.d. misura soggettiva della colpa. Il requisito dell'esigibilità, infatti, permette di riportare il giudizio di responsabilità dentro i confini del principio di colpevolezza. Tuttavia, non si può nascondere come anche l'accertamento di tale requisito, duttile per natura, si presti a operazioni di flessibilizzazione che possono generare disparità di trattamento e rendere imprevedibile l'esito della decisione.

La presente ricerca, poi, ha evidenziato come gli effetti "espansivi" della flessibilizzazione e semplificazione dei canoni della responsabilità colposa riguardino soprattutto quelle situazioni in cui la condotta individuale si inserisce in contesti organizzativi complessi o comunque plurisoggettivi, in relazione ai quali le caratteristiche componenti personalistiche della colpa tendono a cedere il passo a forme di oggettivizzazione della responsabilità, a scapito del principio di legalità e, *in primis*, del principio di colpevolezza.

In tali ingarbugliati contesti, si registra innanzitutto la propensione della giurisprudenza a sovrapporre l'accertamento dell'obbligo di garanzia con

CAPITOLO QUARTO

l'accertamento dei distinti obblighi di diligenza, trascurando che «si può discutere del secondo solo in presenza del primo e mai a prescindere da esso»¹². In assenza di una precisa posizione di garanzia, in effetti, non si potrebbe neppure discutere delle cautele volte, per esempio, ad impedire condotte colpose altrui. Eppure, nella prassi, ci si sofferma poco sull'individuazione dell'obbligo di garanzia, spesso fondato sul generalissimo principio del *neminem laedere*, per passare subito all'esame della colpa.

Questa non è l'unica sovrapposizione riscontrabile. Infatti, vi è pure la tendenza a far coincidere la posizione di garanzia *nell'organizzazione*, di natura individuale, con quella *dell'organizzazione*, di natura collettiva, a scapito del principio di personalità della responsabilità penale.

Quest'ultimo principio subisce una forte contrazione soprattutto in due ipotesi.

La prima ricorre quando il garante riveste una posizione di vertice all'interno dell'organizzazione: in tale caso, il soggetto, nonostante eventuali deleghe di funzioni, viene riconosciuto titolare di un onnicomprensivo dovere di diligenza, che rischia di trasformare la sua responsabilità in una responsabilità "da posizione".

La seconda riguarda la situazione in cui vi sia una successione di posizioni di garanzia in contesti dove l'interdipendenza tra numerosi e variegati fattori causali (umani e non) è molto forte e diluita in un lungo arco temporale. In questo caso, nonostante le sfere di responsabilità dei singoli garanti, di fatto, perdano la loro autonomia, confondendosi l'una con l'altra, il giudice è portato sia al riconoscimento di obblighi di garanzia molto estesi, sia ad accertamenti di responsabilità "a ritroso" tendenzialmente illimitati.

Nel diritto penale (della società) del rischio, si registra un'estensione dell'imputazione colposa anche in relazione a tutte quelle ipotesi in cui le competenze individuali si coordinano o, addirittura, si uniscono con quelle altrui, al fine di raggiungere un unico scopo socialmente utile (si pensi all'*équipe* sanitaria). In tali casi, ciascuno è tenuto a rapportare prudentemente la propria condotta con quella degli altri soggetti coinvolti nell'attività. Se ciò non accade, si entra nel campo della cooperazione colposa, disciplinata dall'art. 113 c.p.

Di frequente, i compartecipi sono chiamati a rispondere dell'evento non solo quando tutti hanno violato la regola cautelare che mirava a prevenire proprio quell'evento, ma anche quando (ed è l'ipotesi più ricorrente) alcuni di essi hanno violato le cc.dd. "regole relazionali". Se violate, queste cautele – che non si pongono in collegamento diretto con l'evento, bensì riguardano le stesse modalità di

¹² F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 51

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

interazione plurisoggettiva – consentono all'art. 113 c.p. di svolgere anche una funzione incriminatrice, con effetti automaticamente estensivi della responsabilità colposa.

Il perimetro della responsabilità colposa *ex art.* 113 c.p., inoltre, conosce un'ulteriore dilatazione laddove i giudici arrivano a ritenere che si possa prescindere dalla sussistenza di una posizione di garanzia in capo a tutti i compartecipi, i quali così potrebbero essere chiamati a rispondere per il semplice fatto di aver violato una "regola relazionale", magari individuata attraverso lo sfuggente parametro dell'agente modello.

Non solo. I giudici allargano oltremisura le maglie della responsabilità anche quando affermano che, per aversi cooperazione colposa, non sia neppure necessaria la consapevolezza della natura imprudente dell'altrui condotta, né la conoscenza dell'identità (e quindi dell'esperienza, serietà e professionalità) delle persone con cui si coopera. Se estremizzata, tale interpretazione porterebbe a pensare che l'unico modo per evitare di incorrere in una responsabilità *ex art.* 113 c.p. sia quello di fuggire dalla vita sociale ritirandosi in un'eremitica solitudine.

La tentazione di isolarsi dal mondo, per giunta, potrebbe aumentare di fronte alla propensione della giurisprudenza di contenere la portata applicativa del principio di affidamento, che *formalmente* autorizza ciascun consociato a confidare nell'altrui operato, ma che, soprattutto in relazione all'esercizio di attività di vita quotidiana, *sostanzialmente* cede il passo al generale (e paternalistico) obbligo di prevedere le imprudenze altrui.

A quest'ultimo riguardo, l'analisi della casistica consente di affermare che più sono generici gli obblighi di garanzia e di diligenza, più è ampio il raggio del giudizio di prevedibilità, e, quindi, più si riduce il perimetro del principio di affidamento, con conseguente estensione dell'imputazione colposa.

Il fenomeno della flessibilizzazione, infine, coinvolge anche la responsabilità (*sostanzialmente* penale) dell'ente, quando essa dipende dalla commissione di un reato colposo.

In questo ambito, invero, oltre alle difficoltà di distinguere tra le regole cautelari rivolte all'ente e quelle rivolte alle persone fisiche al servizio dell'ente, il principale problema attiene alla compatibilità tra la colpa di organizzazione per reati-presupposto di natura colposa e il meccanismo di ascrizione della responsabilità all'ente basato sull'interesse o sul vantaggio, cioè su criteri concepiti dal legislatore del 2001 per addebitare all'ente la commissione di reati-presupposto di natura dolosa.

CAPITOLO QUARTO

La giurisprudenza risolve la questione attraverso una serie di interpretazioni che, pur salvando dall'ineffettività la responsabilità organizzativa dipendente da reati colposi, si pongono davvero ai limiti del rispetto del principio di legalità, dal momento che appare assai problematico conciliare la condotta individuale involontaria con una razionalità di scopo e, in particolare, con un fine organizzativo rivolto al profitto economico, se non attraverso alterazioni del dato normativo che, in fin dei conti, depauperano i principî del diritto penale.

Questa breve panoramica di effetti distorsivi, causati dall'esigenza di adeguare i rigidi schemi del diritto penale alla liquida e complessa realtà attorno alla quale gravita la società del rischio, suscita un paio di considerazioni finali.

La prima è che il c.d. diritto penale del rischio, attraverso la flessibilizzazione degli elementi della colpa (nella sua dimensione sia individuale che collettiva), ha allargato di molto i confini dell'imputazione colposa, portando l'affermazione di responsabilità al limite della linea di demarcazione che divide il principio di colpevolezza dalla responsabilità oggettiva.

La seconda è che, forse, proprio il (giustamente) troppo ingombrante principio di colpevolezza impedisce all'attuale sistema penale di rispondere in maniera efficace alle dinamiche circostanti, che sempre più spesso appaiono inafferrabili sotto il profilo soggettivo.

Oggi, pur di salvaguardare questo sacrosanto principio, si assiste a una vera e propria deformazione del coefficiente colposo, che a cascata si riflette sulla tenuta degli altri principî del diritto penale.

Viene, pertanto, da chiedersi se – al fine di garantire la tenuta del diritto penale e di rendere più efficace la gestione, l'allocazione nonché la prevenzione dei rischi – non sia arrivato il momento di considerare la possibilità di introdurre circostanziate ipotesi di reati a responsabilità oggettiva, sanzionate con pene di natura pecuniaria, riparativa, interdittiva, prescrittiva o ingiunzionale, come in fondo già accade in altri ordinamenti occidentali¹³.

¹³ Il riferimento è, per esempio, all'ordinamento penale inglese, dove, all'interno della categoria dei reati di *statute law*, vi sono una moltitudine di ipotesi incriminatrici punibili *strictly*, ossia a prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo (*mens rea*). Nell'alveo delle fattispecie a responsabilità oggettiva (*strict liability*) vi rientrano soprattutto i reati riguardanti la violazione delle prescrizioni normative imposte per la sicurezza sul luogo di lavoro, nonché per l'esercizio di attività imprenditoriali. *Amplius*, A. MADEO, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., 67 ss.

3. Il rischio come criterio legislativo e il suo rapporto con il concetto di pericolo: una rapida visione d'insieme.

Il rischio, oltre a influenzare l'interpretazione dei reati d'evento, condiziona anche la politica criminale, orientandola verso l'anticipazione della tutela.

La legislazione penale imperniata sul rischio si sostanzia essenzialmente attraverso la previsione di reati di pericolo astratto o presunto, detti anche reati di pericolo "non concreto", intendendo con quest'ultima espressione tutti quei reati accomunati dalla circostanza di non richiedere al giudice un accertamento sulla sussistenza in concreto del pericolo¹⁴.

Innanzitutto, appare opportuno chiedersi se il concetto di rischio possa essere tenuto distinto da quello di pericolo.

Infatti, non si può fare a meno di notare come entrambi i concetti presuppongano una certa dose di incertezza rispetto alla possibilità di danni futuri.

Secondo autorevoli sociologi, «ci sono due possibilità: o l'eventuale danno viene visto come conseguenza della decisione, cioè viene attribuito ad essa, e parliamo allora di rischio, per la precisione di rischio della decisione; oppure si pensa che l'eventuale danno sia dovuto a fattori esterni e viene quindi attribuito all'ambiente: parliamo allora di pericolo»¹⁵. In altri termini, «ai pericoli si è esposti, ai rischi ci si espone»¹⁶.

Considerato che, nella società contemporanea, sono molti gli eventi di danno causati da decisioni (o, più in generale, da attività) a cui la stessa vittima partecipa attivamente o che comunque la vedono direttamente coinvolta nello sviluppo dell'*iter* causale, si potrebbe subito concludere che oggi le dinamiche sociali (e con

¹⁴ Sulla macrocategoria di "reato di pericolo non concreto", v. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 397 s.

All'interno di questo "contenitore giuridico" la dottrina distingue, con diverse sfumature, tra pericolo astratto e pericolo presunto. Ad es., secondo G. AZZALI, *Osservazioni sui reati di pericolo*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1339 s., il pericolo astratto è incorporato alla fattispecie legale senza che il giudice debba accertarlo in concreto, mentre il pericolo presunto rappresenta soltanto i motivi dell'incriminazione, che ad esso non fa alcun espresso richiamo. L'Autore, poi, ritiene che abbiano una loro *autonomia nozionale* anche le figure di pericolo generico (o comune) e di pericolo potenziale. Per un approfondimento sulla categoria dei reati di pericolo presunto, cfr., *ex multis*, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1415 ss.

¹⁵ In questi termini, il già citato sociologo tedesco N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., 32.

¹⁶ Sic, W. SOFSKY, *Rischio e sicurezza*, trad. it., Torino, 2005, 16, secondo cui il rischio non è altro che un «azzardo consapevole».

CAPITOLO QUARTO

esse le paure e le domande di sicurezza) ruotino perlopiù attorno al rischio, anziché al pericolo¹⁷.

Sul versante propriamente penalistico, però, la distinzione tra i due concetti non appare ben definita.

Secondo alcuni, vi è una sostanziale sovrapposizione tra le due categorie¹⁸; secondo altri, invece, è possibile individuare una differenza, sul piano sia qualitativo che quantitativo.

Quanto al profilo qualitativo, si ritiene che il pericolo possa essere accertato anche sulla base di elementi diversi e successivi alla condotta, incluso l'evento; di contro, si nota che il giudizio di accertamento non possa andare oltre alla condotta e alle situazioni ad essa concomitanti¹⁹.

In merito, invece, al piano quantitativo, si afferma che il pericolo debba essere inteso in termini di probabilità o di rilevante possibilità del verificarsi dell'evento dannoso; il rischio, invece, si sostiene debba risolversi nella mera possibilità²⁰.

Unendo i due livelli, attenta dottrina osserva che il rischio, oltre a occupare una posizione prodromica rispetto al pericolo²¹, «assume un altro oggetto e un altro criterio di valutazione»: «oggetto del rischio non è un fattore determinato, ma l'interazione “dinamica” di un complesso di circostanze», il pericolo, invece, «si verifica quando l'interazione dei fattori si esprime in termini potenzialmente eziologici verso un evento di danno»²².

¹⁷ Questa è una delle principali ragioni per cui nel corso della presente ricerca è nettamente prevalso l'uso del vocabolo “rischio” in tutte le sue declinazioni.

¹⁸ Cfr. L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1, 72, secondo cui il «“rischio”, ergo pericolo di un danno, [è la] possibilità o probabilità che questo si provochi: danno la cui fonte non è, per così dire, naturale ma creata dall'uomo».

¹⁹ Così, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 17 ss. (in part., pp. 21 s. e 27).

²⁰ Vd., ad es., C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione*, cit., 383 e G. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli d'incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, 1, 12. In particolare, ad avviso di quest'ultimo il pericolo «si fonda su di una prognosi probabilistica supportata da circostanze riscontrabili nella concreta vicenda storica e corrispondenti ad un “sapere” consolidato, (...) che rendono l'anticipazione della tutela sufficientemente definita nei suoi caratteri e nella sua rilevanza sotto il profilo teleologico. Il rischio, viceversa, rimanda ad un fenomeno che ancora attende di venire collocato all'interno dei due ambiti contrapposti di ciò che si può fare o non fare. Il suo significato si coglie alla stregua di una serie di elementi “di contesto”, per così dire, i quali richiedono un'attività di valutazione, ed ancor più di gestione, di “governo” dei fattori collegati alle caratteristiche e agli sviluppi di certi tipi di comportamento».

²¹ Cfr. G. MARINI, «*Rischio consentito*» e tipicità della condotta, cit., 544, secondo cui «il “pericolo” null'altro è se non un “rischio” caratterizzato da un'alta possibilità di verifica del danno all'interesse considerato».

²² Sic, T. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e la riforma del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del*

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

Al di là delle ricostruzioni dottrinali²³, non si può fare a meno di notare che solo una delle due categorie, vale a dire il pericolo, è ben conosciuta dal nostro ordinamento penale: si pensi, per esempio, alla disciplina codicistica dei delitti contro l'incolumità, dove il riferimento al "pericolo" è particolarmente ricorrente²⁴.

Il concetto di rischio, invece, entra ufficialmente nel lessico del nostro legislatore solo con l'art. 2, lett. s), del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in tema di sicurezza sul luogo di lavoro. Tale disposizione, in particolare, definisce il rischio come «la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione»²⁵.

Anche dopo il 2008, però, il rischio continua a non trovare un'espressa menzione normativa nelle discipline di matrice preventiva.

Un discorso completamente diverso riguarda l'ambito europeo. Il concetto di rischio caratterizza da tempo le numerose fonti euro-unitarie volte a garantire la sicurezza di molti settori: dall'ambiente di lavoro ai prodotti industriali, dagli alimenti all'ambiente, fino alle più disparate tecnologie, incluse quelle digitali. La valutazione e la gestione del rischio «rappresentano i cardini della *procedimentalizzazione* della sicurezza attraverso la quale il legislatore europeo fronteggia le potenzialità di danno insite nell'impiego o nell'interazione di determinati fattori»²⁶.

A ben guardare, le situazioni che il diritto UE considera "rischiose" coincidono, in buona sostanza, con quelle che il diritto penale italiano considera come

diritto penale complementare, Milano, 2003, 166, ad avviso del quale, per esempio, «uscire con l'automobile significa di per sé affrontare un rischio, dipendente dalla contemporanea presenza di più utenti della strada, dallo stato della strada, dalle condizioni metereologiche e così via; ma non significa trovarsi in pericolo, che si verifica solo quando l'interazione dei fattori si esprime in termini potenzialmente eziologici verso un evento di danno».

²³ La dottrina, per es., dibatte anche sul tempo a cui fare riferimento ai fini dell'accertamento del pericolo. Secondo R. RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 1365, l'indagine sulla sussistenza del pericolo deve fare riferimento ad un'epoca che non sia successiva al verificarsi dell'evento, cioè «l'interprete dovrà riportarsi al momento in cui sussisteva la possibilità del verificarsi di tale risultato e giudicare come se esso dovesse ancora verificarsi, operando una valutazione *ex ante*». Quanto al rischio, invece, F. FORZATI, *Dal pericolo concreto al rischio tecnologico fra asimmetrie ontologiche e nuovi modelli preventivi*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, cit., 615 sottolinea come il rischio, soprattutto se di natura "tecnologica", a causa delle tante incognite che lo caratterizzano, mal si concilia con un giudizio di accertamento basato su una prospettiva *ex ante*.

²⁴ Basti qui citare l'art. 422 c.p. (strage) come esempio di reato doloso di pericolo e l'art. 450 c.p. (disastri colposi) come esempio di reato colposo di pericolo.

²⁵ Il d.lgs. 81/2008, all'art. 2, lett. r), definisce anche il pericolo, inteso come la «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni».

Ad avviso di C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione*, cit., 384, la distinzione operata dal legislatore è unicamente di tipo quantitativo.

²⁶ Come rileva A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, 11, 3884.

CAPITOLO QUARTO

“pericolose” e che punisce attraverso la previsione di ipotesi incriminatrici definite dalla dottrina prevalente come reati di pericolo astratto o presunto. Si pensi, per esempio, alle contravvenzioni relative all’impiego di OGM, introdotte dal legislatore italiano in attuazione di una serie di direttive europee volte a prevenire rischi da “ignoto biotecnologico”²⁷.

In tali ambiti, la categoria del rischio, quindi, si sovrappone con quella del pericolo “non concreto”²⁸.

Ciò porta ad affermare che il rischio, dal punto di vista normativo, non abbia di per sé una *connotazione penalistica esclusiva*, bensì incarni un *problema di tutela*: «identifica un *tema* sul quale il legislatore impegna una pluralità di strumenti giuridici differenti (penalistici e non), regolamentandolo nel suo *complesso*»²⁹. Difatti, nei settori sopra considerati, le norme incriminatrici non rappresentano l’unica forma di tutela offerta dall’ordinamento ma si affiancano a mezzi di controllo e disciplina anche di natura civilistica e (soprattutto) amministrativa. In altre parole, la tutela penale è parte di una strategia *integrata* di governo del rischio³⁰.

Il rischio inteso come *problema di tutela*, anzitutto, orienta la selezione dei beni giuridici meritevoli di considerazione penale, trasformandoli in valori sempre più *vaghi, indeterminati, diffusi, fluidi, smaterializzati e spiritualizzati*³¹.

L’inafferrabilità dei beni giuridici risulta, poi, ancora più marcata quando le politiche legislative incardinate sul rischio estendono la tutela penale a beni aventi carattere *superindividuale o collettivo*, rispetto ai quali «la vittima è pensata più come *massa* che non come titolare di una posizione giuridica individuale»³². È

²⁷ Si vedano gli artt. 20, 21 e 22 del d.lgs. 12 aprile 2001, n. 206 (concernente l’impiego confinato di microOGM); e gli artt. 34 e 35 del d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224 (in tema di emissione deliberata nell’ambiente di OGM). Più diffusamente, v. S. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e rischio da “ignoto biotecnologico”: una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati – d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, cit., 2257 ss.

²⁸ Sul punto, v. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 395 ss., secondo la quale, se il rischio e il pericolo concreto si pongono in rapporto di *eterogeneità assoluta*, lo stesso non si può affermare quando la categoria del rischio si confronta con quella del “pericolo non concreto”: in tal caso, l’*eterogeneità* è soltanto *relativa*.

²⁹ Sic, C. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*, cit., 125.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Questi sono alcuni degli aggettivi utilizzati da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 79 ss. per descrivere lo stato in cui versa la maggioranza dei beni giuridici nel nostro ordinamento, dove, attraverso la tesi della plurioffensività e la teoretica dei cc.dd. beni giuridici “strumentali” o “intermedi” si prova a *stemperare* (se non a *mascherare*) la crisi del principio di offensività.

³² Così, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 629, in merito alla tutela penale della generica categoria dei consumatori.

quanto accade tutte le volte che la sicurezza, da funzione ed essenza del diritto penale diventa un omnicomprensivo e vago bene giuridico, «che – ponendo sullo stesso piano aggressioni alla vita ed all'incolumità fisica e mere turbative del decoro urbano, oppure, per altro verso, fatti offensivi, atti preparatori e meri sospetti – prevale sulle libertà e sui diritti individuali, legittimando l'espansione incontrollata dell'intervento punitivo»³³.

Il rischio, inoltre, influenza le tecniche di incriminazione dandole un'impronta marcatamente precauzionale.

In effetti, se è vero che il rischio come criterio ermeneutico incoraggia il giudice a individuare regole cautelari ultra-prudenziali su cui fondare il giudizio di colpa e, in particolare, il giudizio di prevedibilità dell'evento³⁴, è altrettanto vero che il rischio come criterio legislativo spinge il legislatore a trasformare quelle stesse regole in precetti normativi, autonomamente sanzionati come illeciti amministrativi o contravvenzionali.

Non sono pochi i casi in cui l'ordinamento prevede una sanzione autonoma per la mera violazione di regole a contenuto preventivo-cautelare, ispirate da (più o meno spinte) logiche precauzionali. Si pensi, ad esempio, al settore della circolazione stradale, dove la risposta punitiva per la semplice trasgressione delle numerose cautele formalizzate nel Codice della Strada è soprattutto affidata a sanzioni amministrative. Oppure si pensi all'ambito della tutela dell'ambiente o della sicurezza sul lavoro, dove, oltre ai delitti e ai numerosi illeciti amministrativi, il sistema si regge su centinaia di contravvenzioni "a struttura cautelare"³⁵.

³³ Sic, A. CAVALIERE, *Punire per ottenere "sicurezza": corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in *Leg. pen.* (web), 20 aprile 2021, 24, secondo cui il bene giuridico "sicurezza" (ad es., sicurezza sul lavoro, sicurezza stradale, alimentare, ecc.) non è altro che un autentico "ripostiglio di concetti", non diversamente da quanto rilevato più di un secolo fa dal giurista tedesco Karl Binding con riferimento all'altrettanto vago "ordine pubblico" (p. 17).

Vd. anche G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1526, secondo cui «l'interesse supremo alla sicurezza non è assolutamente un bene giuridico, ma semmai l'essenza stessa che dà luogo al diritto penale, secondo lo schema logico del contratto sociale».

Sul rapporto sicurezza-bene giuridico, più diffusamente v. A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 43 ss.

³⁴ Sull'ingresso del pericolo/rischio nel giudizio di prevedibilità funzionale all'individuazione della regola cautelare rilevante per l'agente concreto, v. C. PERINI, voce *Pericolo e colpa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 922 ss.

³⁵ Cfr. D. CASTRONUOVO, *Sicurezza del lavoro: tra pan-penalizzazione e moltiplicazione della rilevanza illecita di una stessa trasgressione (oltre il bis in idem)*, in *Leg. pen.* (web), 28 marzo 2018, 3 s., il quale, dopo aver registrato che il settore della sicurezza sul lavoro è tra quelli dove si registra il più alto numero di contravvenzioni a struttura cautelare/cautelativa, nota come la stessa trasgressione di una regola cautelare in un contesto di rischio lavorativo assuma contemporaneamente rilevanza: «i) al livello più basilare, come illecito amministrativo/contravvenzionale; ii) come delitto di pericolo comune (disastro doloso); iii) come delitto (colposo) di danno (omicidio/lesioni personali); iv) come aggravante speciale della violazione

CAPITOLO QUARTO

Questa forma di contravvenzioni appartiene alla categoria dei reati di pericolo, in quanto la loro punizione non dipende dalla verifica di un evento immediatamente lesivo, bensì dall'“insindacabile” presunzione, posta dal legislatore, circa la pericolosità di certe condotte, in un'ottica di generale “contenimento del rischio”³⁶.

Rispetto a tali fattispecie, la colpa diventa essa stessa elemento oggettivo del reato.

Infatti, come autorevolmente sostenuto da Tullio Padovani, nelle contravvenzioni di tipo preventivo-cautelare «la mera volontarietà della condotta inosservante finisce (...) col coincidere necessariamente con la colpa: superare in curva o su un dosso, omettere misure antinfortunistiche, gettare in un luogo di pubblico transito cose atte a offendere o imbrattare le persone, costituisce di per sé “colpa”, quale che sia l'atteggiamento psicologico con cui il soggetto agisce, e cioè sia ch'egli si rappresenti effettivamente la situazione di fatto (sia consapevole, ad esempio, che il luogo ove getta le cose è di pubblico transito), sia ch'egli possa semplicemente rappresentarlo. Nel primo caso si potrà parlare di condotta “dolosa”, nel secondo di condotta “colposa”: ma in questa seconda eventualità non si può certo dire che il carattere “colposo” dell'atto dipenda dalla violazione di una regola cautelare, autonoma ed ulteriore rispetto a quella violata»³⁷.

Se la mera trasgressione cautelare è di per sé elemento oggettivo di questa diffusa tipologia di reato contravvenzionale, non si può neppure trascurare che le ipotesi in questione, almeno formalmente, non ricadono nello spazio tipico della responsabilità oggettiva, dove invece si collocano i contigui illeciti amministrativi.

Il regime di imputazione delle contravvenzioni, fondato sull'alternatività equivalente del dolo o della colpa, impone perciò all'interprete, quando esclude che la trasgressione sia volontaria, di verificare che al soggetto agente si possa quantomeno muovere «un addebito *soggettivo* di negligenza, imprudenza o imperizia che deve *aggiungersi* al dato estrinseco della violazione»³⁸.

di norme antinfortunistiche (...); *v*) in caso di lesioni colpose, come elemento che determina altresì il regime officioso di procedibilità; *vi*) quale presupposto, infine, per la responsabilità da reato degli enti collettivi» (p. 12).

³⁶ Cfr. A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 97, ad avviso del quale «l'osservanza dei precetti, penalmente sanzionati, del codice della strada, come di quelli in materia di sicurezza sul lavoro, non garantisce di per sé il non verificarsi di eventi dannosi o pericolosi, risultando tuttavia funzionale ad un criterio generale di “contenimento del rischio”, legato a certi contesti d'azione, in modo da renderne prevalente i profili di utilità sociale».

³⁷ T. PADOVANI, voce *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, 335.

³⁸ Così, M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 4, il quale, mettendo in guardia dalle differenze che intercorrono tra colpa e pericolo, osserva inoltre che, se all'inosservanza cautelare

Da questa rapida visione d'insieme, in conclusione, si può affermare che il rischio, quando assume la veste di *ratio decidendi* della politica criminale, ripieghi la legislazione penale verso modelli di incriminazione fortemente caratterizzati da un approccio preventivo o anche solo cautelativo³⁹, che si traduce in un incremento di contravvenzioni “a struttura cautelare” dal complicato accertamento soggettivo, e, più in generale, in un aumento delle fattispecie di pericolo astratto o presunto, funzionali alla tutela di beni giuridici vaghi e superindividuali.

Tutto ciò non può che condurre a una marcata e inesorabile anticipazione della soglia dell'intervento penale, con *buona pace* dei principî di offensività e sussidiarietà.

4. Oltre la “cultura della colpa”. La prevenzione del rischio da un altro punto di vista.

Finora l'attenzione si è concentrata sui modelli “penalistici” di prevenzione e gestione del rischio.

In particolare, si è visto che, da una parte, il legislatore mira a prevenire il rischio mediante l'introduzione di fattispecie a tutela penale anticipata e, dall'altra, il giudice gestisce (o, meglio, reprime) il rischio attraverso operazioni ermeneutiche da cui deriva la flessibilizzazione, in senso estensivo, delle categorie classiche del reato e, in particolare, della colpa.

Il diritto penale fonda i suoi modelli su un approccio al rischio di tipo personale, focalizzandosi sulle condotte dei singoli individui. Del reato, infatti, può rispondere solo la persona fisica, sicché l'accertamento della responsabilità ruota attorno all'individuo che con il suo comportamento ha causato (o ha contribuito a causare) l'evento. Nulla di straordinario, anzi: è lo stesso (fondamentale) principio di personalità della responsabilità penale a imporre un tale tipo di approccio.

Se non fosse che le attività tipiche della società del rischio sono sempre meno individuali e sempre più collettive, con la conseguenza che il metodo tipico del

segue pure l'evento lesivo involontario punito *ex artt.* 589 e 590 c.p., la trasgressione contravvenzionale integra solo un indizio della colpa dei delitti colposi di lesioni o di omicidio.

³⁹ Cfr., per tutti, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella società del rischio*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (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*, cit., 469, a parere della quale il diritto penale (della società) del rischio «ha determinato il superamento della dicotomia classica “danno/pericolo” grazie all’“incremento di complessità degli stadi della tutela”, che partono dalla *precauzione* e, nel dominio del rischio, si distinguono in “*rischio presunto*” e “*rischio concreto*” (a seconda del maggiore o minore livello di astrazione del rischio) prima di arrivare ai vari gradi di pericolo e poi [finalmente] al danno».

CAPITOLO QUARTO

diritto penale si rivela in tutto o in parte inadeguato qualora l'evento dipenda da un fallimento non tanto del singolo quanto del sistema o dell'organizzazione in cui il singolo opera.

Secondo la sociologia dell'organizzazione, l'impostazione tipica del diritto penale si dimostra carente sia in funzione reattiva, sia, ancor più, in funzione preventiva.

Invero, si osserva che il tradizionale approccio individuale induce il giudice a trascurare, ai fini della decisione finale, la circostanza che molti degli errori commessi dai singoli si innestano su fattori critici latenti di natura organizzativa⁴⁰ e che «la divisione del lavoro (anche quello che deriva dalla semplice gerarchia dell'autorità) crea sempre una distanza tra la maggior parte di coloro che contribuiscono al risultato finale dell'attività collettiva e il risultato stesso»⁴¹.

L'esclusiva attenzione verso il singolo non solo rende il giudizio parziale ma, soprattutto, alimenta la c.d. "cultura della colpa" (o *blame culture*), generando una serie di dinamiche che si riflettono negativamente sulla stessa prevenzione del rischio.

Approfonditi studi mostrano che un sistema teso unicamente all'individuazione e alla punizione dell'autore materiale dell'errore crea nei luoghi dell'evento un clima di paura che spinge le persone a chiudersi e a restare in silenzio⁴².

⁴⁰ Tra i primi a criticare l'approccio individuale o accusatorio (*personal approach*), tipico dell'indagine penalistica, non si può non citare lo psicologo britannico J. REASON, *Managing the Risk Organizational Accidents*, Aldershot, 1997, il quale, partendo dall'assunto che all'interno delle organizzazioni l'errore umano è inevitabile perché conseguenza dei difetti del sistema, ritiene che l'unico approccio davvero utile a prevenire il rischio sia di tipo organizzativo (*system approach*). Reason, in particolare, osserva che, nella maggior parte delle ipotesi, gli incidenti sono favoriti, se non determinati, da fattori latenti di carattere organizzativo, quali problemi di comunicazione, *deficit* formativi e informativi, controlli fallaci, procedure inadeguate: si tratta, più in generale, di criticità e anomalie che rimangono silenti, anche per un lungo periodo, e che diventano evidenti quando si combinano con gli errori umani, superando i sistemi di difesa predisposti dall'organizzazione stessa.

Sulla distinzione tra i due approcci, v. anche M. CATINO, *Logiche dell'indagine: oltre la cultura della colpa*, in *Rass. it. sociologia*, 2006, 1, 17, secondo il quale i fatti presi in considerazione dai due approcci sono in parte diversi, «poiché diverso è l'atteggiamento verso il contesto e diversa è la finalità: comprendere per gli uni [approccio collettivo]; giudicare per gli altri [approccio individuale]».

⁴¹ Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto*, trad. it., Bologna, 1992, 143.

⁴² È quanto per esempio rilevato, in ambito sanitario, da: L. LEAPE, *Promoting patient safety by preventing medical error*, in *Journal of American Medical Association*, 1998, 1444 ss.; T.A. BRENNAN, *The institute of Medicine report on medical errors – could it do harm*, in *New England Journal of Medicine*, 2000, 1123 ss. e A. MERRY, A.M.C. SMITH, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, 2000.

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

Il timore del rimprovero, l'angoscia di subire ripercussioni sulla reputazione e sulla carriera, l'ansia di essere perseguiti alla stregua di capri espiatori⁴³ sono alcune delle ragioni che fomentano la tendenza a nascondere le informazioni sui rischi e sugli errori presenti all'interno dell'organizzazione. Queste, in sintesi, sono «le condizioni ideali per evitare scambi informativi che consentano al sistema di apprendere dagli errori»⁴⁴.

In letteratura, ormai da tempo, si nota che la punizione del colpevole, con la sua conseguente “rimozione” dall'organizzazione, non basta a escludere che l'evento possa ripetersi con altri attori⁴⁵. Un simile approccio, infatti, non permette di comprendere se l'incidente è dipeso da un mero errore umano o, cosa più probabile, se è il risultato di un'intricata concatenazione di fallimenti individuali, organizzativi e inter-organizzativi⁴⁶; e, quindi, non consente di individuare e modificare le eventuali condizioni di rischio che favoriscono l'*occorrenza* e la *ricorrenza* degli incidenti.

Si arriva, pertanto, ad affermare che «la creazione di una cultura *no blame* è un prerequisito necessario per sviluppare processi di apprendimento dagli errori che abbiano l'obiettivo di migliorare le condizioni di sicurezza e di affidabilità di un sistema organizzativo attraverso la riduzione dei fattori latenti che possono favorire un incidente»⁴⁷.

⁴³ Sul capro espiatorio come strumento di “razionalità organizzativa”, cfr. M. CATINO, *Trovare il colpevole*, cit., 41 ss. Sul tema, v. anche G. BONAZZI, *Colpa e potere. Sull'uso politico del capro espiatorio*, Bologna, 1983.

⁴⁴ Sic, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 164.

⁴⁵ Cfr. D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision. Risk Technology, Culture, and Deviance at NASA*, Chicago, 1996, 418 (come citata e tradotta da M. CATINO, *Logiche dell'indagine*, cit., 26). Secondo la sociologa statunitense, la risposta tradizionale a un incidente è identificare e quindi cambiare le persone ritenute responsabili, ma «dobbiamo essere consapevoli che le persone sostituite saranno soggette agli effetti della stessa cultura e struttura. Infatti, ogni rimedio che si limita soltanto agli individui lascia invariata l'origine strutturale del problema».

⁴⁶ Il livello individuale riguarda gli errori umani veri e propri, dovuti, per es., a problemi di attenzione, memoria, comprensione e comunicazione. Il livello organizzativo concerne, invece, le falle latenti e i fattori critici prodotti nel tempo dai processi organizzativi e dalle decisioni del *management*, in relazione, per es., all'allocazione delle responsabilità, ai sistemi di controllo, ai processi di lavoro, alla formazione del personale. Il livello inter-organizzativo, infine, si riferisce ai fallimenti dell'ambiente esterno e del *network* nel quale la singola organizzazione opera: si pensi, per es., ai possibili rapporti di interdipendenza tra gli enti di controllo e le organizzazioni controllate. Sulla distinzione nei tre differenti livelli, si vedano M. CATINO, A. BIANCO DOLINO, *Teorie sull'eziologia degli incidenti nelle organizzazioni*, in *Soc. lavoro*, 2013, 130, 47 e la bibliografia ivi citata.

Degno di menzione lo studio condotto da M. CATINO, *4 minuti e 38 secondi. Il disastro di Linate come incidente organizzativo*, in *Studi organizzativi*, 2003, 3, 129 ss., da cui si evince con estrema chiarezza come la concatenazione di fallimenti individuali, organizzativi e inter-organizzativi sia stata la causa del disastro aereo con il più alto numero di vittime in Italia (118 morti), verificatosi presso l'aeroporto di Linate l'8 ottobre del 2001.

⁴⁷ Così, M. CATINO, S. ALBOLINO, *Colpa ed errore. Logiche d'analisi in aeronautica e in medicina*, in *Studi organizzativi*, 2008, 1, 117 ss.

CAPITOLO QUARTO

Ne deriva che la “vera” prevenzione passa da un sistema di gestione della sicurezza che considera gli errori non tanto come fonte di responsabilità, quanto, piuttosto, come importanti opportunità di apprendimento.

Il *reporting* degli errori, la *disclosure* di tutte le informazioni sui rischi e l’analisi condivisa dei dati raccolti favoriscono senz’altro una cultura della sicurezza idonea a migliorare l’ambiente organizzativo⁴⁸.

Questo vale soprattutto con riferimento ai “quasi incidenti” (o *near miss*), cioè a quelle situazioni che non hanno provocato incidenti ma che avevano tutto il potenziale per farlo⁴⁹.

I “quasi incidenti” sono importanti predittori circa il verificarsi di eventi futuri. Se segnalati e condivisi, essi rappresentano un’importante occasione di apprendimento, perché, prima che l’evento si verifichi per davvero, incentivano le persone fisiche a non sottovalutare più certi errori e stimolano l’organizzazione a trovare soluzioni idonee a ridurre il rischio⁵⁰.

La “cultura della colpa” sicuramente non agevola la segnalazione dei “quasi incidenti”, in quanto, almeno nel nostro ordinamento, prevarrebbe il timore di incappare in qualche sanzione disciplinare, se non, addirittura, in un’indagine penale.

A quest’ultimo riguardo, in effetti, non si può trascurare che l’uso del concetto di rischio come *ratio* delle scelte di politica criminale ha agevolato l’ingresso nel nostro sistema penale di numerose ipotesi incriminatrici, soprattutto di natura contravvenzionale, dirette a sanzionare, anche a titolo di colpa, la semplice messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Pertanto, l’individuo, che, anche a causa di un proprio errore, stava per commettere un incidente scongiurato all’ultimo momento, difficilmente comunicherà il *near miss*, a meno che non intenda auto-denunciarsi.

A tale approccio colpevolizzante la stessa Unione europea, con particolare riguardo al settore del trasporto aereo e ferroviario, oppone un modello di “cultura

⁴⁸ Cfr. M. CATINO, *Apprendere dagli errori per migliorare sicurezza e affidabilità organizzativa: il contributo della sociologia dell’organizzazione*, in *Soc. lavoro*, 2009, 114, 96 ss.

⁴⁹ La categoria dei “quasi incidenti” si deve agli studi condotti dall’ingegnere statunitense H.W. HEINRICH, *Industrial Accident Prevention: A Scientific Approach*, New York, 1931, il quale, dopo aver osservato che gli incidenti sul luogo di lavoro sono solo la punta di una piramide che si regge su un numero (assai rilevante) di errori non fatali, teorizzò che, riducendo il numero di questi ultimi (e, quindi, riducendo la base della “sua” piramide), si riduce anche il numero di incidenti veri e propri.

⁵⁰ Cfr. J. REASON, *Managing the Risk Organizational Accidents*, cit. e A. MARIUZ, *Gli incidenti tecnologici e la ricerca delle criticità nascoste*, in *Rass. Arma Carabinieri*, 2013, 2-3, 81 ss.

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

giusta” (o *just culture*), volto a incentivare il *reporting* e, più in generale, lo scambio informativo⁵¹.

Nello specifico, l’art. 2, comma 2, comma 1, n. 12), del Reg. UE 376/2014, concernente la segnalazione, l’analisi e il monitoraggio di eventi nel settore dell’aviazione civile, definisce la *just culture* come la «cultura nella quale gli operatori in prima linea o altre persone non sono sanzionati per azioni, omissioni o decisioni da essi adottate sulla base della loro esperienza e formazione, ma nella quale non sono tuttavia tollerate la negligenza grave, le infrazioni intenzionali e le azioni lesive».

Non meno interessanti sono alcuni *consideranda* che spiegano le ragioni dell’intervento normativo.

Il legislatore europeo, infatti, osserva che: la “cultura giusta” «è un elemento essenziale di una più ampia “cultura della sicurezza”, che è il fondamento di un solido sistema di gestione della sicurezza» (36); «i dipendenti e il personale a contratto non dovrebbero essere passibili di alcuna punizione sulla base delle informazioni fornite a norma del presente regolamento, tranne in caso di comportamento doloso o qualora vi sia stata manifesta e grave inosservanza di un ovvio rischio e grave mancanza di responsabilità professionale nell’adottare la diligenza che è palesemente richiesta in tali circostanze, causando prevedibili danni a persone o a beni, o che compromette seriamente il livello di sicurezza aerea» (37); «al fine di incoraggiare le segnalazioni di eventi, è opportuno tutelare non solo gli informatori, ma anche le persone che sono menzionate nelle segnalazioni di eventi interessate» (38)⁵².

Anche la Direttiva (UE) 798/2016, sulla sicurezza delle ferrovie, riconosce l’importanza della “cultura giusta”, che definisce “cultura della fiducia”. Segnatamente, al *considerando* 10, si afferma che «gli Stati membri dovrebbero promuovere una cultura della fiducia e dell’apprendimento reciproci in cui il personale delle imprese ferroviarie e dei gestori dell’infrastruttura sia incoraggiato

⁵¹ Sul tema “cultura giusta”, degno di nota lo studio di S. DEKKER, *Just culture: Balancing Safety and Accountability*, Farnham, 2012. Con particolare riferimento all’ambito ferroviario, v. A. TRESPIDI, P. GENOVESI, T. PICCINNO, F. BRACCO, *Imparare dagli errori, la cultura giusta*, in *La tecnica professionale*, 2015, 3, 1 ss.

Tra i primi, nel panorama penalistico italiano, a richiamare l’attenzione sulla *just culture*, v. S. DOVERE, *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l’espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Resp. civ. previdenza*, 2016, 3, 1023 ss. e ID., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile: il rischio tra presente e futuro*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1, 81 ss.

⁵² A quest’ultimo riguardo, l’art. 16, comma 7, del Regolamento prevede che gli Stati membri possano estendere ai procedimenti penali il divieto di utilizzare le informazioni contenute nelle segnalazioni di eventi nei confronti degli informatori e delle persone menzionate in tali segnalazioni, a condizione che il comportamento non sia doloso o gravemente colposo.

CAPITOLO QUARTO

a contribuire allo sviluppo della sicurezza garantendo, nel contempo la riservatezza».

Statistiche alla mano, la sensazione è che la *just culture*, proprio nel settore del trasporto aereo e ferroviario, sia un modello di successo, considerato che l'aereo e il treno sono i mezzi di trasporto col più basso tasso di mortalità e, quindi, più sicuri⁵³. E questa è una delle ragioni per cui di “cultura giusta” si discute anche (e soprattutto) con riferimento all'ambito sanitario, dove il timore del rimprovero sicuramente non aiuta a migliorare il sistema⁵⁴, anzi lo danneggia (si pensi al fenomeno della c.d. medicina difensiva⁵⁵).

Questo modello, come si evince anche dalla stessa definizione fornita dal Reg. UE 376/2014, non si fonda su una cultura totalmente *no blame*. In effetti, il sistema perderebbe qualsiasi credibilità se pure gli errori gravi, abnormi o deliberati rimanessero impuniti.

L'approccio in questione si regge, invece, su un'equa (anche se difficile) delimitazione tra ciò che merita una sanzione e ciò che invece conviene non reprimere al fine di promuovere la sicurezza⁵⁶.

Distinguere tra i due ambiti è un'operazione non agevole, che richiede aggiustamenti continui. Un criterio utile per tracciare, di volta in volta, la linea di demarcazione forse lo ha offerto lo stesso Beccaria, citato in apertura di capitolo. Se, infatti, lo scambio informativo e l'apprendimento dagli errori si dimostrano un efficace canale di conoscenza e, quindi, un mezzo *per perfezionare l'educazione*, allora la “cultura giusta” rappresenta senz'altro una delle strade da privilegiare

⁵³ Secondo una ricerca condotta dal National Safety Council (NSC), negli USA, nel 2022, l'aereo è stato il mezzo di trasporto più sicuro (0,001 morti ogni 100 milioni di miglia percorse); il treno, invece, è stato il terzo mezzo più sicuro (0,03 morti), preceduto dall'autobus urbano (0,004): cfr. <https://injuryfacts.nsc.org/home-and-community/safety-topics/deaths-by-transportation-mode/>.

Significativo il caso dell'aeronautica militare italiana che, da quando ha adottato un sistema di *error reporting* ispirato alle logiche tipiche della *just culture*, ha visto, da una parte, aumentare le segnalazioni di errori (comunicate in via anonima), dall'altra, diminuire il numero di incidenti (cfr. M. CATINO, S. ALBOLINO, *Colpa ed errore*, cit., 125 ss.).

⁵⁴ Sull'argomento, si vedano M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 163 ss.; A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, 234 ss.; e A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020, 99 ss. Con particolare riguardo all'importanza del *reporting* come strumento formativo, cfr. E. PEDONE, “*C'era una volta*”. *L'uso delle storie per la formazione sul rischio in sanità*, in *Salute e società*, 2021, 1, 148 ss.

⁵⁵ *Ex plurimis*, v. R. BARTOLI, *I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, 1107 ss. e A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012.

⁵⁶ Come rileva J. REASON, *Achieving a safe culture: theory and practice*, in *Work & Stress*, 1998, 3, 303 (citato da M. CATINO, S. ALBOLINO, *Colpa ed errore*, cit., 140).

per mettere in atto un'efficace strategia di prevenzione del rischio e, quindi, anche della colpa.

5. Attuazione e attualità della repressione penale della colpa nella società del rischio.

La presente ricerca ha inteso evidenziare che la colpa, in tutte le sue principali manifestazioni, ha assunto una primaria importanza all'interno del diritto penale moderno.

Si può, infatti, affermare che la colpa – nella sua dimensione sia individuale che collettiva, sia dal lato del soggetto attivo che da quello del soggetto passivo – rappresenta il modello di responsabilità di riferimento per la società del rischio.

Considerato che l'ordinamento, di fronte al crescente numero di rischi (reali o percepiti), non riesce a fare a meno di punire la colpa, viene da chiedersi in cosa effettivamente consista la reazione penale nei confronti dell'autore della condotta colposa.

Se volgiamo il nostro sguardo verso il passato, ci accorgiamo che da sempre la scienza penalistica si interroga sulle ragioni che giustificano la repressione penale della colpa.

“Perché” e, soprattutto, “quando” il fatto colposo non produce soltanto l'obbligo civilistico di risarcire il danno ma dà luogo anche a una sanzione penale? Questa è la domanda più ricorrente nelle opere in tema di colpa pubblicate tra la seconda metà dell'Ottocento e la prima parte del Novecento⁵⁷.

Generalmente, la risposta è che il reato colposo è punibile *in via eccezionale*⁵⁸ e *in maniera mite*⁵⁹, solo se: 1) l'illecito commesso scuote, turba, allarma la coscienza sociale perché lede beni giuridici di rilevanza tale da far sorgere in capo ai cittadini il diritto a pretendere dallo Stato di «essere difesi non solo contro gli scellerati ma

⁵⁷ *Ex plurimis*, si veda A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 237 s., il quale si domanda: «La punibilità della colpa (...) può ritenersi legittima, nel senso che risponda non soltanto alle esigenze della vita sociale, ma pure ai principî di ragione che informano il diritto? La colpa costituisce giuridicamente sempre un delitto civile o può formare anche materia di reato? E, per conseguenza, potrebbero bastare i rimedi della legge civile o deve farsi luogo anche alla sanzione penale?».

⁵⁸ Cfr. A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., 113, secondo cui la colpa «si punisce per eccezione, perché in diritto penale di regola si esige il disegno, e perciò la colpa diviene punibile o per l'importanza dello oggetto, o per la mancanza a doveri specifici, o per ragioni di ordine pubblico».

⁵⁹ Per es., secondo G. PUCCIONI, *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze, 1858, 467, la pena prevista per la colpa, «anche quando essa si trova nel grado massimo, [deve essere] più lieve di quella imposta all'omicidio doloso semplice».

CAPITOLO QUARTO

anche contro gli scioperati»⁶⁰; 2) la pena irrogata serve a rendere sia il responsabile che tutti gli altri consociati «più circospetti e preveggenti»⁶¹.

Oltre a fissare questi presupposti, sempre in passato, alcuni giuristi hanno cercato di classificare la delinquenza colposa, distinguendo, per esempio, tra *rei colposi per mancanza di senso altruistico*, *rei colposi per cause psico-fisiche* e *rei colposi per imperizia*⁶².

Siffatta classificazione, secondo tale dottrina, doveva lasciar trasparire come i “delinquenti colposi” non fossero altro che dei soggetti che vivono una condizione di più o meno marcata “asocialità”⁶³.

Superfluo sottolineare che oggi una tale affermazione appare del tutto superata e fallace.

Oggigiorno, nella maggior parte dei casi, il responsabile di un illecito colposo è un soggetto, ben inserito nel tessuto sociale, a cui viene rimproverato di aver creato, mal governato o comunque contribuito a materializzare qualche rischio *non* consentito oppure *oltre* il consentito dall’ordinamento.

Si può, pertanto, sostenere che l’odierna colpa penale ha lo scopo di sanzionare coloro che non hanno saputo fronteggiare il rischio. Sì, ma quale rischio?

I rischi sono innumerevoli e variegati ma soprattutto, negli ultimi tempi, sono sempre di più *collettivi, multipli, indiretti, sfumati, remoti*.

Questa situazione fa sì che spesso: il governo del rischio e l’impedimento dell’evento infausto siano condivisi e plurisoggettivi; i processi decisionali e

⁶⁰ Così, F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto criminale. Parte generale*, I, Lucca, III^a ed., 1867, § 126, 91.

⁶¹ Sic, C. BEZOLD, *Beitrag zur Lehre der Fahrlässigkeit*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1853, 520 (come citato e tradotto da G. LETO, *Il reato colposo nella Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, cit., 142).

⁶² E. ALTAVILLA, voce *Colposi (delinquenti)*, in E. FLORIAN, A. NICEFORO, N. PENDE (a cura di), *Dizionario di criminologia*, I, cit., 171.

Si vedano anche le classificazioni di A. ANGIOLINI, *I delitti colposi*, Torino, 1901, 173 e di A. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit. 271 ss. Secondo il primo, i delinquenti colposi si possono dividere in quattro categorie: *rei colposi per difetto di senso morale, d'altruismo*; *rei colposi per imperizia, per inettitudine*; *rei colposi per difetto nel meccanismo dell'attenzione e nelle facoltà associative*; e *rei colposi per forza dell'ambiente, per surmenage fisico ed intellettuale*. Per il secondo, invece, si dovrebbe distinguere tra *rei colposi per naturale disposizione alla scioperataggine, alla imprudenza, ovvero per inettitudine professionale originaria od acquisita* e *rei colposi d'occasioni*. Rispetto a quest’ultima categoria, si ritiene che la colpa dipenda da uno dei seguenti fattori: *fattore antropologico (età, sesso, professione)*, *fattore sociale*, *fattore fisico*.

⁶³ E. ALTAVILLA, voce *Colposi (delinquenti)*, cit., 170, infatti, osserva che «se la delinquenza dolosa rivela frequentemente un’antisocialità, cioè un’attività diretta contro le leggi, per un concorso di fattori endogeni, quella colposa denuncia una “asocialità”, cioè uno stato di indifferenza per il danno altrui, od anche una semplice inferiorità ad un particolare compito sociale».

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

materiali siano multidisciplinari e frazionati sia nello spazio che nel tempo; e, più in generale, le condotte dei singoli assumano una dimensione collettiva innestandosi all'interno di strutture organizzative complesse.

Proprio questo inestricabile scenario di interdipendenze trasforma la colpa da "banale" manifestazione di "asocialità" del reo a una "complessa" forma di imputazione soggettiva fondata sulla *relazionalità* e *dinamicità* delle regole cautelari violate dal reo stesso.

Quando ci si confronta con la colpa, perciò, non si può fare a meno di legare l'accertamento dell'elemento psicologico con altri istituti del diritto penale quali, per esempio, la cooperazione colposa, la successione e il trasferimento di posizioni di garanzia nei reati omissivi impropri e la c.d. colpa organizzativa degli enti.

Allo stesso tempo, in un simile contesto, come notato più volte, è sorta un'istintiva tendenza a semplificare i meccanismi volti ad accertare l'ingarbugliata realtà dei fatti, mettendo in atto una vera e propria flessibilizzazione delle categorie classiche del reato, che ha interessato (e interessa tuttora) anche i requisiti della colpa e che può rendere il giudizio medesimo imprevedibile e poco rispettoso dei corollari del principio di legalità e di colpevolezza.

La tendenza a semplificare la complessità si registra anche in relazione alle tecniche di costruzione delle fattispecie incriminatrici utilizzate dal legislatore per sanzionare condotte ritenute rischiose. Si pensi alle contravvenzioni di pericolo astratto o presunto, in cui l'offesa stessa, sovente, consiste nella mera trasgressione di regole di natura cautelare/precauzionale.

Con l'irruzione del rischio nella scena penalistica, insomma, molti schemi sono cambiati (se non addirittura saltati).

Ciò che, però, *prima facie*, non appare affatto cambiato è il sistema sanzionatorio dal 1930 ad oggi.

Il classico modello punitivo fondato sulla pena detentiva (e solo marginalmente su quella pecuniaria e interdittiva) continua, infatti, a contraddistinguere il regime sanzionatorio di tutti i reati, inclusi quelli colposi.

Ciò rischia di fomentare la spinta a pene esemplari impresse da istanze suggestionate dalla clamorosità dell'evento, ponendo la risposta sanzionatoria in rotta di collisione con il rispetto dei principî di offensività, proporzionalità e sussidiarietà. Tale approccio, inoltre, rischia di soffocare la funzione preventiva della pena a vantaggio di quella retributiva, molto più attenta all'entità dell'evento (e, quindi, dei danni cagionati) che alla gravità della condotta.

CAPITOLO QUARTO

Non solo. Le tipologie punitive classiche producono a loro volta atteggiamenti di tipo difensivo, derivanti dalla paura di esporsi a rimproveri e stigmatizzazioni.

Come notato nel precedente paragrafo, tali atteggiamenti (tipici della *blame culture*) portano alla creazione di sistemi poco trasparenti, che non favoriscono una cultura della sicurezza idonea a migliorare l'ambiente organizzativo.

Proprio per evitare che il trattamento sanzionatorio dei reati colposi sia esclusivamente parametrato sulla gravità dell'evento e per perseguire un'efficace prevenzione del rischio, svariate sono le soluzioni suggerite dalla dottrina.

Si è, per esempio, proposto di: delimitare la risposta penale alle sole ipotesi di colpa grave e di colpa cosciente, con la conseguente punibilità sul piano civilistico e amministrativo di tutte le altre ipotesi di colpa⁶⁴; introdurre specifici meccanismi di giustizia riparativa tarati sulle peculiarità del fatto colposo⁶⁵; ridurre le contravvenzioni alle sole ipotesi dolose, relegando le analoghe ipotesi colpose al piano subalterno dell'illecito amministrativo⁶⁶; diffondere modelli di prevenzione, pubblici e privati, improntati alla *just culture*, volti a facilitare la segnalazione spontanea dei propri errori al fine di prevenire eventi più gravi⁶⁷.

Al di là di tali proposte, tutte peraltro condivisibili, vi è un dato di fatto che non si può oscurare.

Chi frequenta le aule di giustizia sa che le denunce/querele aventi ad oggetto la presunta consumazione di reati colposi sono numericamente elevate⁶⁸, ma sa anche che queste, di rado, conducono alla celebrazione di processi dall'esito "castigatorio".

Se, infatti, l'addebito riguarda un reato colposo appartenente alla categoria delle contravvenzioni, non sono poche le ipotesi in cui l'ordinamento offre ai trasgressori la possibilità di aderire a procedure estintive, di natura perlopiù riparatoria, che consentono di chiudere il proprio rapporto con la giustizia penale in tempi ragionevolmente brevi e, soprattutto, senza una sentenza di condanna.

⁶⁴ In questo senso, da ultimo, L. CORNACCHIA, *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.* (web), 12 luglio 2022, 4 ss.

⁶⁵ Cfr. L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1214 s.

⁶⁶ Di questo avviso G. AMARELLI, voce *Non punibilità e responsabilità colposa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, cit., 836.

⁶⁷ Così, S. DOVERE, *Colpa e sanzioni*, cit., 8.

⁶⁸ Dai dati diffusi dall'Ufficio Centrale di Statistica del Ministero degli Interni, per esempio, emerge che nel 2023, a fronte di 341 denunce di omicidi dolosi, le denunce di omicidi colposi ammontano a 1.610, di cui 962 omicidi stradali e 58 omicidi da incidente sul lavoro: cfr. https://ucs.interno.gov.it/ucs/contenuti/Numero_dei_delitti_denunciati_all_autorit_agrave_giudizi_aria_dalle_forze_di_polizia_int_00062-7730889.htm.

MEGLIO PREVENIRE CHE REPRIMERE

Il riferimento è all'estinzione delle contravvenzioni tramite oblazione (*ex artt.* 162 e 162-*bis* c.p.) e ai meccanismi estintivi speciali delle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (*ex artt.* 301 e 302 d.lgs. 81/2008), in materia ambientale (*ex art.* 318-*bis* d.lgs. 152/2006), in materia paesaggistica (*ex art.* 181, comma 1-*quinqüies*, d.lgs. 42/2004) e, da ultimo, in materia alimentare (*ex artt.* 12-*ter* e ss. l. 283/1962).

La possibilità che un giudice arrivi a pronunciare una sentenza di condanna appare esigua anche quando il reato colposo contestato appartiene alla categoria dei delitti colposi d'evento, in quanto molti di questi sono perseguibili a querela di parte e, quindi, possono essere dichiarati estinti per remissione della querela medesima. Basti pensare che, a seguito dell'entrata in vigore della c.d. Riforma Cartabia (d.lgs. 150/2022), nel novero dei delitti colposi procedibili a querela rientrano anche, salve alcune eccezioni, le lesioni gravi o gravissime stradali, *ex art.* 590-*bis* c.p.

I delitti colposi, poi, ove ne ricorrano i presupposti, possono altresì essere dichiarati estinti per esito positivo della messa alla prova (*ex artt.* 168-*bis* e ss. c.p.) o per condotte riparatorie (*ex art.* 162-*ter* c.p.) o per intervenuta prescrizione (*ex artt.* 157 e ss. c.p.).

Quest'ultima eventualità si verifica soprattutto quando il momento della condotta contestata è temporalmente distante dal momento di verifica dell'evento e, quindi, dall'avvio del giudizio. Il pensiero non può che andare a tutti quei processi riguardanti responsabilità derivanti dall'esposizione alle fibre di amianto e terminati con una "già scritta" dichiarazione di prescrizione, a causa del lunghissimo periodo di latenza del mesotelioma⁶⁹.

Molti delitti colposi, infine, possono essere dichiarati non punibili se il fatto risulta di particolare tenuità *ex art.* 131-*bis* c.p.

Sono quindi pochi i casi in cui viene emessa una sentenza di condanna per reati colposi.

E sono ancora meno le ipotesi in cui la pena detentiva eventualmente inflitta trova un'effettiva esecuzione in carcere, dal momento che, vista l'entità media delle pene irrogate⁷⁰, l'applicazione di quest'ultime quasi sempre viene sospesa o sostituita con una tra le varie pene alternative alla detenzione previste dall'ordinamento.

⁶⁹ *Ex plurimis*, v. Cass. pen., Sez. IV, 25 gennaio 2021, n. 2844, in www.olympus.uniurb.it.

⁷⁰ Per es., secondo i dati raccolti dall'ISTAT, nel 2018 la pena detentiva media irrogata per gli omicidi colposi è stata pari a 1 anno di reclusione (nel 1997 era addirittura pari a 5 mesi): cfr. https://www.istat.it/wp-content/uploads/2021/01/Delitti-Imputati-Vittime-dei-reati_Riedizione.pdf

CAPITOLO QUARTO

Di fronte a questo scenario, viene dunque da chiedersi se abbia ancora senso parlare di repressione penale della colpa.

La prassi, infatti, proprio rispetto ai reati colposi, mostra quanto sia *inattuata* e *inattuale* la pena detentiva e, quindi, quanto sia *inattuato* e *inattuale* il classico modello di prevenzione perseguito dal diritto penale⁷¹.

A paradigma dell'odierna (e anacronista) impostazione della repressione penale della colpa è sufficiente citare il caso dell'omicidio e delle lesioni stradali, il cui trattamento sanzionatorio – particolarmente severo – si avvicina alle pene previste per i corrispondenti delitti dolosi, ma in concreto, visto il numero di sinistri stradali⁷², dimostra di non possedere una realistica capacità preventiva.

E proprio il caso della repressione della colpa stradale induce a concludere che forse ci aveva visto lungo quel giudice di Chicago che circa un secolo fa, come riportano le cronache dell'epoca⁷³, «preoccupato del numero eccessivo di investimenti da parte di autisti veloci e disattenti, anziché condannare alla reclusione tre giovani imputati di lesioni colpose di tre disgraziati pedoni, li ha obbligati a passare una intera notte nella fredda camera mortuaria del suo distretto... con la sola compagnia di tre persone rimaste uccise da automobili nelle ultime ventiquattro ore. Al mattino i tre giovani hanno spontaneamente dichiarato al capo della polizia che si era recato a rimmetterli in libertà che d'ora innanzi avrebbero guidato l'automobile a passo... di lumaca».

In fondo, meglio *prevenire* che *reprimere*.

⁷¹ Tale sensazione appare avvalorata anche dalla recente attenzione sorta attorno alla questione della c.d. pena naturale nell'ambito dei reati colposi. Sul punto v. Corte cost., 25 marzo 2024, n. 48 in *www.cortecostituzionale.it* e il relativo commento di T. PADOVANI, *La "pena naturale" al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2024, 1 ss.; M. MANTOVANI, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in *Sist. pen.*, 10 giugno 2024, 37 ss.; e D. PERRONE, *Pene naturali e doppio castigo. L'"humanitas" ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 6, 772 ss.

⁷² Le statistiche mostrano un quadro poco confortante, dal momento che nell'ultimo decennio il numero sia degli incidenti stradali che, nello specifico, delle denunce per omicidi o lesioni stradali è stabile e particolarmente elevato. Basti pensare che solo nel 2023 si sono registrati 166.525 incidenti con lesioni (456 al giorno): cfr. il "Report sugli incidenti stradali in Italia – 2023", in *istat.it*.

⁷³ Si veda la sezione "Cronache" degli Annali di diritto e procedura penale del 1935 (pag. 410).

BIBLIOGRAFIA

- AGRIFOGLIO G., *Dagli sport a violenza necessaria agli sport ad aggressione regolata*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 88 ss.;
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984;
- ALBEGGIANI F., voce *Sport (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 538 ss.;
- ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale*, Milano, 1999;
- ALDROVANDI P., *Il concorso nel reato colposo*, in AA.VV. (diretto da), *Diritto penale*, I, Milano, 2021, 642 ss.;
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010;
- ALESSANDRI A., *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 2, 337 ss.;
- ALESSANDRI A., voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, 193 ss.;
- ALICE G., *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 3, 1027 ss.;
- ALIMENA B., *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, I, Torino, 1894;
- ALTAVILLA E., voce *Colpa penale*, in *Nuovo Dig. it.*, 1938, III, 544 ss.;
- ALTAVILLA E., voce *Colposi (delinquenti)*, in FLORIAN E., NICEFORO A., PENDE N. (a cura di), *Dizionario di criminologia*, I, Milano, 1943, 170 ss.;
- AMARELLI G., *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2013, 1 ss.;
- AMARELLI G., voce *Non punibilità e responsabilità colposa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 822 ss.;
- AMBROSETTI E.M., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII agg., 2014, 330 ss.;
- ANGIOLINI A., *I delitti colposi*, Torino, 1901;
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960;
- ANTOLISEI F., *La colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 323 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- ATTILI V., *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, 1240 ss.;
- ATTILI V., voce *Colpa*, in GIUNTA F. (a cura di), *Dizionari sistematici. Diritto penale*, Milano, 2008, 141 ss.;
- AZZALI G., *Osservazioni sui reati di pericolo*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1335 ss.;
- BALLARDINI E., CESARI G. (a cura di), *La nuova legislazione sulla sicurezza nelle discipline sportive invernali (D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40)*, Milano, 2022;
- BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in ANASTASIA S., PALMA M. (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, 19 ss.;
- BARNESCHI G.L., *Il disastro dimenticato. Treno 8017 Balvano 1944*, Siena, 2024;
- BARTOLI R., *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 9, 1047 ss.;
- BARTOLI R., *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, 1107 ss.;
- BARTOLI R., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2011, 1 ss.;
- BARTOLI R., *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Società*, 2015, 2, 219 ss.;
- BARTOLI R., *Responsabilità penale per colpa in montagna. Problematiche dogmatiche*, in *Sist. pen.*, 18 gennaio 2024, 1 ss.;
- BARTOLI R., voce *Fonti della colpa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 519 ss.;
- BARTOLOMMEI S., *Sul principio di precauzione: norma assoluta e/o regola procedurale?*, in *Bioetica*, 2001, 2, 321 ss.;
- BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2012, 1 ss.;
- BATTELLI E., *Il riconoscimento del valore educativo e sociale dell'attività sportiva in Costituzione*, in *Osserv. AIC*, 2024, 2, 26 ss.;
- BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, trad. it., Bologna, 2014;
- BAUMAN Z., *Modernità e olocausto*, trad. it., Bologna, 1992;
- BAUMAN Z., *Modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2011;

BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN Z., *Paura liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2008;
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Bassano, 1789;
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000;
- BELLINA M., *Rischio consentito e misura della diligenza nel reato colposo*, in *Dir. proc. pen.*, 2016, 10, 1272 ss.;
- BENATO E., *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio: analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *disCrimen*, 27 aprile 2021, 1 ss.;
- BERNARDINI M., *La scriminante del rischio consentito nell'attività sportiva*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 672 ss.;
- BERNASCONI C., *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica*, in *Criminalia*, 2021, 209 ss.;
- BETTI E., *Diritto romano – I. Parte generale*, Padova, 1935;
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1978;
- BETTIOL G., *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966;
- BEZOLD C., *Beitrag zur Lehre der Fahrlässigkeit*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1853, 520 ss.;
- BIANCHETTI R., *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018;
- BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1477 ss.;
- BISACCI M.C., *Il principio di affidamento quale formula negativa del giudizio di prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, 193 ss.;
- BISANTI F., *La responsabilità della scuola e del maestro di sci per caduta autonoma di un'allieva tra obblighi di vigilanza e autoassunzione del rischio: una pronuncia di merito*, in *Riv. dir. sport.*, 2015, 501 ss.;
- BLAIOTTA R., BIRITTERI E., sub *Art. 43*, in AA.VV. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2021, 502 ss.;
- BLAIOTTA R., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020;
- BLAIOTTA R., *Dove va la colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 10, 1281 ss.;
- BLAIOTTA R., *Standard della condotta doverosa e accertamento della causalità: le insidie della scienza*, in *disCrimen*, 28 giugno 2019, 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- BLAIOTTA R., voce *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1172 ss.;
- BONAZZI G., *Colpa e potere. Sull'uso politico del capro espiatorio*, Bologna, 1983;
- BONINI S., voce *Colpa sportiva*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 260 ss.;
- BORGABELLO M., *La Cassazione sugli obblighi del gestore di impianti sciistici: la valutazione dei rischi non è delegabile*, in *Giur. pen. (web)*, 17 marzo 2020, 1 ss.;
- BORSATTI E., *La soggettivazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 75 ss.;
- BRENNAN T.A., *The institute of Medicine report on medical errors – could it do harm*, in *New England Journal of Medicine*, 2000, 1123 ss.;
- BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in CANESTRARI S., MELCHIONDA A. (a cura di), *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 67 ss.;
- BRUSCO C., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017;
- BRUSCO C., *L'effetto estensivo della responsabilità penale nella cooperazione colposa*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, 2875 ss.;
- BRUSCO C., *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie di reato"*, in *Criminalia*, 2012, 383 ss.;
- BUZIO C., *Regole cautelari eurounitarie e colpa penale. Spunti per una riflessione*, in *disCrimen*, 17 aprile 2020, 1 ss.;
- BUZIO C., *Riflessioni in tema di attività medica svolta in équipe*, in *Riv. pen.*, 7-8, 2019, 662 ss.;
- CADOPPI A., *Il «reato penale». Teorie strategie di riduzione della «criminalizzazione»*, Napoli, 2022;
- CAGLI S., *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1148 ss.;
- CAMAIONI S., *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1628 ss.;
- CANCELLARO F., *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2017;
- CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011;

BIBLIOGRAFIA

- CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 435 ss.;
- CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 1, 21 ss.;
- CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996;
- CANTAGALLI C., *Il riconoscimento della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. ed il concetto di "interazione prudente" quale fondamento e limite della colpa di cooperazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2219 ss.;
- CAPPELLINI A., *Colpa e concausa della vittima: il G.U.P. di Roma sull'omicidio stradale di Corso di Francia*, in *Giur. it.*, 2021, 11, 2462 ss.;
- CAPPELLINI P., *I modelli antropologici nel diritto moderno*, in *disCrimen*, 21 luglio 2023, 1 ss.;
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017;
- CAPUTO M., *La "regola di Sully". L'incidenza del fattore umano sulla costruzione dell'homo eiusdem professionis et condicionis*, in *Criminalia*, 2022, 221 ss.;
- CAPUTO M., *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2021, 1 ss.;
- CAPUTO M., voce *Colpa medica*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 153 ss.;
- CAREDDA V., *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, Milano, 2020;
- CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, in ID. (a cura di), *Opuscoli di diritto criminale*, I, 1870, 337 ss.;
- CARRARA F., *Programma del Corso di Diritto criminale. Parte generale*, I, Lucca, III^a ed., 1867;
- CARRARA F., *Programma del Corso di Diritto criminale. Parte generale*, I, Lucca, X^a ed., 1881;
- CARRARO L., *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa "stradale" nell'investimento di un pedone: rigidità giurisprudenziale e prospettazioni dogmatiche*, in *Arch. pen.* (web), 18 maggio 2023, 1 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 45 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 4, 1594 ss.;
- CASTRONUOVO D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1723 ss.;
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009;
- CASTRONUOVO D., *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpevolezza*, in *Giur. it.* 2021, 10, 2219 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011, 1 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen. (web)*, 29 maggio 2019, 1 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Proiezioni multidirezionali del rischio: criticità nella tutela penale della salute e dell'ambiente*, in *Lavoro e diritto*, 2022, 2, 375 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Responsabilità colposa e sicurezza del lavoro. Dalla colpa alle colpe*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 165 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Sicurezza del lavoro: tra pan-penalizzazione e moltiplicazione della rilevanza illecita di una stessa trasgressione (oltre il bis in idem)*, in *Leg. pen. (web)*, 28 marzo 2018, 1 ss.;
- CASTRONUOVO D., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 200 ss.;
- CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1415 ss.;
- CATENACCI M., *Riprovevolezza*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, Milano, 2022, 1793 ss.;
- CATINO M., *4 minuti e 38 secondi. Il disastro di Linate come incidente organizzativo*, in *Studi organizzativi*, 2003, 3, 129 ss.;
- CATINO M., ALBOLINO S., *Colpa ed errore. Logiche d'analisi in aeronautica e in medicina*, in *Studi organizzativi*, 2008, 1, 117 ss.;
- CATINO M., *Apprendere dagli errori per migliorare sicurezza e affidabilità organizzativa: il contributo della sociologia dell'organizzazione*, in *Soc. lavoro*, 2009, 114, 96 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CATINO M., BIANCO DOLINO A., *Teorie sull'eziologia degli incidenti nelle organizzazioni*, in *Soc. lavoro*, 2013, 130, 33 ss.;
- CATINO M., *Logiche dell'indagine: oltre la cultura della colpa*, in *Rass. it. sociologia*, 2006, 1, 7 ss.;
- CATINO M., *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022;
- CAUTERUCCIA R., *Attività sportiva e rischio consentito: il caso della condotta illecita durante una partita calcistica amichevole*, in *Riv. pen.*, 2009, 5, 585 ss.;
- CAVALIERE A., *Punire per ottenere "sicurezza": corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in *Leg. pen. (web)*, 20 aprile 2021, 1 ss.;
- CAVALIERE A., *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 43 ss.;
- CENTONZE F., *Il crimine dell'"attore decisivo", i limiti della compliance e la prova "certa" della colpa di organizzazione. Riflessione a margine della sentenza "Impregilo"*, in *Cass. pen.*, 2022, 12, 4383 ss.;
- CENTONZE F., *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1523 ss.;
- CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004;
- CENTONZE F., *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1626 ss.;
- CENTONZE F., voce *Prova scientifica e processi d'amianto*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1027 ss.;
- CERRINA FERONI G., MORBIDELLI G., *La sicurezza: un valore superprimario, in Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà*, 2008, 1, 31 ss.;
- CINGARI F., *La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 24 novembre 2023, 1 ss.;
- CINGARI F., *Vittima del reato e diritto penale*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, 3 ss.;
- CIPOLLA C.M., *Allegro ma non troppo. Le leggi fondamentali della stupidità umana*, Bologna, 1988;
- CIVELLO G., *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità: una sentenza esemplare*, in *Sist. pen.*, 2024, 2, 37 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CIVELLO G., *Contributo allo studio dell'auto-responsabilità quale corollario del principio di imputazione*, in *Ind. pen.*, 2016, 2, 506 ss.;
- CIVELLO G., *Il fondamento epistemico-volitivo della responsabilità colposa: nuovi orizzonti dommatici per la concezione normativa della colpa*, in 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*, Torino, 2017, 161 ss.;
- CIVELLO G., *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017;
- CIVELLO G., *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013;
- CIVELLO G., *La posizione di garanzia dell'allenatore sportivo: fra obblighi di protezione e autoresponsabilità*, in *Arch. pen. (web)*, 2014, 3, 1 ss.;
- CIVELLO G., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, 2016, 102 ss.;
- CIVELLO G., voce *Prevedibilità e reato colposo*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1004 ss.;
- COGNETTA G., *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1, 63 ss.;
- COLETTI V., *L'agente modello: una sineddoche pericolosa*, in *Criminalia*, 2022, 155 ss.;
- COLETTI V., *La pretesa del superuomo e l'indulgenza verso la natura nel diritto moderno*, in *disCrimen*, 18 aprile 2024, 1 ss.;
- COMPOSTELLA R., *La responsabilità del preposto nel quadro delle nuove norme sulla sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 5, 691 ss.;
- CONSULICH F., *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *Leg. pen. (web)*, 28 marzo 2022, 1 ss.;
- CONSULICH F., *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023;
- CONSULICH F., *L'analogia dai mille volti: tramonto dell'agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *Cass. pen.*, 2023, 9, 2764 ss.;
- CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione. Necessità e limiti*, Torino, 2018;
- CONSULICH F., *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 3, 425 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CONSULICH F., voce *Rischio consentito*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1102 ss.;
- CORBETTA S., *Sicurezza alimentare e rischio da “ignoto biotecnologico”: una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati – d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, 2257 ss.;
- CORBETTA S., sub Art. 113, in DOLCINI E., GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, I, 2022, Milano, V[^] ed., 2022, 1845 ss.;
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004;
- CORNACCHIA L., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 821 ss.;
- CORNACCHIA L., *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.* (web), 12 luglio 2022, 1 ss.;
- CORNACCHIA L., *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1760 ss.;
- CORNACCHIA L., voce *Colpa d'équipe*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 41 ss.;
- CORNACCHIA L., voce *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, in *Dig. disc. pen.*, agg. XI, 2021, 176 ss.;
- CORNELLI R., *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, 63 ss.;
- CRIMI S., voce *Diritto penale dello sport*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 2016, 308 ss.;
- CRISTALLI B., *Permacrisi. Parole del presente, parole del futuro*, in *treccani.it*, 30 dicembre 2020.
- CRUCIOLI R., *Il d.lgs. n. 40/2021. Luci ed ombre. Profili penali*, in *Riv. dir. sport.*, 2021, 1 ss.;
- CRUCIOLI R., *La perimetrazione della posizione di garanzia e la gestione dei rischi. Eliski, ghiacciai e valanghe nelle decisioni del Tribunale di Aosta e della Corte di Appello di Torino*, in *Osserv. Sport invernali – coni.it*;
- CUPELLI C., *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta “garantista della Cassazione”*, in *Giur. it.*, 2019, 8-9, 1920 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- CUPELLI C., *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 590-sexies c.p.*, in *disCrimen*, 24 febbraio 2022, 1 ss.;
- CUPELLI C., *Prova scientifica, regole cautelari e responsabilità medica*, in *Sist. pen.*, 14 marzo 2023, 1 ss.;
- CUPELLI C., *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *Cass. pen.*, 2023, 3, 693 ss.;
- CUPELLI C., voce *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 340 ss.;
- D'ALESSANDRO F., voce *Delega di funzioni (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2016, 241 ss.;
- D'ALESSANDRO F., voce *Precauzione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 975 ss.;
- D'AMICO L., *Colpa, precauzione e rischio. Le tensioni penalistiche nella moderna era tecnologica*, in *Leg. pen. (web)*, 21 ottobre 2023, 1 ss.;
- D'ARCA G., *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 2, 671 ss.;
- DA SALICETO B., *Digestum vetus, Codex*, Venezia, 1586;
- DAGASSO P.F., *La responsabilità del maestro di sci tra onere della prova e contatto sociale*, in *Dir. fisc. assicurazione*, 2013, 1, 73 ss.;
- DAMASIO A., *L'errore di Cartesio. Emozioni, ragione e cervello umano*, trad. it., Milano, 1995;
- DE FRANCESCO G., *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen. (web)*, 3 febbraio 2020, 1 ss.;
- DE FRANCESCO G., *Dinamiche del rischio e modelli d'incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, 1, 3 ss.;
- DE FRANCESCO G., *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen. (web)*, 3 febbraio 2021, 1 ss.;
- DE FRANCESCO G., *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 2, 588 ss.;
- DE FRANCESCO V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/1978, 273 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- DE LIA A., *La questione dell'autoesposizione a pericolo da parte della "vittima" nell'ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel "giardino degli epiteti"*, in *Cass. pen.*, 2019, 12, 4317 ss.;
- DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici, comparatistici*, Pisa, 2012;
- DE VERO G., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 670 ss.;
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008;
- DEKKER S., *Just culture: Balancing Safety and Accountability*, Farnham, 2012;
- DEL GIUDICE A., *Il delitto colposo*, Ferrara, 1913;
- DEL RE M.C., *Per un riesame della responsabilità colposa*, in *Ind. pen.*, 1985, 1, 31 ss.;
- DEL TUFO M., voce *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 996 ss.;
- DELOGU T., *La teoria del delitto sportivo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 2, 1297 ss.;
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1654 ss.;
- DEMURO G.P., voce *Homo eiusdem professionis et condicionis (profili storici)*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 607 ss.;
- DENNINGER E., *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998;
- DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003;
- DI GIOVINE O., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Ind. pen.*, 2004, 3, 1115 ss.;
- DI GIOVINE O., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. pen. (web)*, 13 maggio 2019, 1 ss.;
- DI GIOVINE O., *Mezzi di soccorso e incidenti stradali. La Cassazione conferma il suo orientamento*, in *Giur. it.*, 2022, 4, 962 ss.;
- DI GIOVINE O., voce *Imperizia e colpa professionale*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 633 ss.;
- DI LANDRO A.R., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009;
- DI PRISCO N., *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973;

BIBLIOGRAFIA

- DI SALVO E., *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 2877 ss.;
- DI SALVO E., *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. pen.*, 2020, 12, 4776 ss.;
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito amministrativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 13 ss.;
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006;
- DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 124 ss.;
- DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 583 ss.;
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 32 ss.;
- DONINI M., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 25 ss.;
- DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.* (web), 7 settembre 2020, 1 ss.;
- DONINI M., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019, 1 ss.;
- DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3558 ss.;
- DOUGLAS M., *Rischio e colpa*, trad. it., Bologna, 1996;
- DOUGLAS M., WILDAVSKY A., *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley, 1983;
- DOVERE S., *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.* (web), 6 giugno 2022, 1 ss.;
- DOVERE S., *Istanze garantiste e necessità di tutela nella gestione dei rischi "leciti": il caso della colpa generica*, in *Cass. pen.*, 2024, 1, 381 ss.;
- DOVERE S., *Prospettive della responsabilità penale colposa nel settore aeronautico (l'espansione ultra limes della colpa lieve)*, in *Resp. civ. previdenza*, 2016, 3, 1023 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- DOVERE S., *Protezione civile, sanità ed aviazione civile: il rischio tra presente e futuro*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1, 81 ss.;
- DOVERE S., voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in *Enc. dir.*, Reato colposo, Milano, 2021, 579 ss.;
- DUNI M., *Limiti all'obbligo giuridico di prevedere le imprudenze altrui*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1964, 317 ss.;
- ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlino, 1930;
- ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altro?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1061 ss.;
- EUSEBI L., voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1200 ss.;
- FALCINELLI D., *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in AA.VV. (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 21 ss.;
- FANELLI A., *In tema di lesioni cagionate nell'esercizio dell'attività sportiva*, in *Foro it.*, 2009, 2, 77 ss.;
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Milano, 2018;
- FENUCCI T., *Quanto spazio c'è per un diritto individuale alla sicurezza nell'ordinamento costituzionale italiano? Brevi considerazioni*, in *federalismi.it*, 25 novembre 2015, 1 ss.;
- FERRAJOLI L., *Democrazia e paura*, in BOVERO M., PANZÈ V. (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, 2010, 115 ss.;
- FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, 79 ss.;
- FERRARA L., *Lo sport in Costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, 2, 431 ss.;
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979;
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.;
- FIDELBO G., *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Cass. pen.*, 2022, 11, 3776 ss.;
- FILIPPINI A., voce *Sinistri ferroviari e automobilistici*, in FLORIAN E., NICEFORO A., PENDE N. (a cura di), *Dizionario di criminologia*, II, Milano, 1943, 920 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- FINOCCHIARO S., *La responsabilità penale per mesotelioma pleurico causato dall'esposizione ad amianto: una patologia di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1, 161 ss.;
- FLAMINI L.M., voce *Violenza sportiva*, in *Dig. disc. pen.*, agg. 2005, II, 1787 ss.;
- FLORIO E., *La Cassazione alle prese con le lesioni in ambito sportivo: l'eclissi della scriminante del rischio consentito?*, in *Sist. pen.*, 15 marzo 2022;
- FLORIO E., *Rischio sportivo e rischio penale nuovamente all'esame della Cassazione*, in *Giur. pen. (web)*, 17 ottobre 2022, 1 ss.;
- FONDAROLI D., *Diritto penale, vittimizzazione e protagonismo della vittima*, in *Riv. criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2014, 1, 74 ss.;
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990;
- FORNASARI G., *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1514 ss.;
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990;
- FORTI G., *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in BERTOLINO M., FORTI G. (a cura di), *Studi per Federico Stella*, Napoli, 2007, 573 ss.;
- FORTI G., *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 4, 1559 ss.;
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 283 ss.;
- FORTI G., voce *Colpa (dir. pen.)*, in AA.VV. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 945 ss.;
- FORZATI F., *Dal pericolo concreto al rischio tecnologico fra asimmetrie ontologiche e nuovi modelli preventivi*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 613 ss.;
- FORZATI F., *Il congedo dell'ultima ratio fra sistema sanzionatorio multilivello e penale totale: verso la pena come unica ratio*, in *Arch pen. (web)*, 30 marzo 2020, 1 ss.;
- FUNGI G., IOVINO C., *L'area d'azione del rischio consentito nello svolgimento di un'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, 394 ss.;
- FUSCO E., PALIERO C.E., *L'«happy end» di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, in *Sist. pen.*, 27 settembre 2022, 1 ss.;
- GALLO M., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 624 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- GARAPON A., SALAS D., *La Repubblica penale*, trad. it., Macerata, 1998;
- GARGANI A., *Attività sportive in montagna tra pericoli naturali, gestione del rischio e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2023, 1-2, 72 ss.;
- GARGANI A., *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, 11, 3879 ss.;
- GARGANI A., *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022;
- GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 2, 397 ss.;
- GARGANI A., *Lo strano caso dell'"azione colposa seguita da omissione dolosa". Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, in *disCrimen*, 18 novembre 2020, 1 ss.;
- GARGANI A., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4, 508 ss.;
- GARGANI A., *Profili di responsabilità collettiva da reato colposo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 1-2, 48 ss.;
- GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 2, 581 ss.;
- GESTRI L., *Il garante di fatto*, in *disCrimen*, 18 ottobre 2018, 1 ss.;
- GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. it., Bologna, 1994;
- GIUGNI I., *Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2019, 1 ss.;
- GIUNTA F., *Com'è (dis)umano lei! Quando il diritto è prigioniero delle metafore*, in *disCrimen*, 29 dicembre 2020, 1 ss.;
- GIUNTA F., *Culpa, culpae*, in *disCrimen*, 4 giugno 2019, 1 ss.;
- GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 10, 1295 ss.;
- GIUNTA F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, 577 ss.;
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Milano, 1993;
- GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.;
- GIUNTA F., *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 86 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- GIUNTA F., *Maxima culpa*, in *Giust. pen.*, 2016, 632 ss.;
- GIZZI L., *Brevi considerazioni in ordine all'assunzione volontaria di posizione di garanzia*, in *Giur. merito*, 2007, 3, 737 ss.;
- GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011;
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983;
- GRECO E., *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa*, Torino, 2021;
- GROSSI P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 5, 151 ss.;
- GROSSO S., *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, 583 ss.;
- GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012;
- GUARINIELLO R., *Tumori professionali a Porto Marghera*, in *Foro it.*, 2007, 10, 551 ss.;
- GÜLDE H., *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrs*, in *JW*, 1938, 2785 ss.;
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, trad. it., Bologna, 2012;
- HASSEMER W., *Sicurezza mediante il diritto penale*, trad. it., in *Critica del diritto*, 2008, 1-2, 15 ss.;
- HEINRICH H.W., *Industrial Accident Prevention: A Scientific Approach*, New York, 1931;
- HELPER M., *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, in *Arch. pen. (web)*, 9 aprile 2020, 1 ss.;
- HELPER M., *L'autoresponsabilità e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in COCCO G. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016, 92 ss.;
- HELPER M., *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Leg. pen. (web)*, 9 dicembre 2020, 1 ss.;
- HELPERICH F., *Artt. 140 e 141 c. str. e diligenza doverosa: il rappel à l'ordre della Corte di cassazione*, in *Giur it.*, 2023, 11, 2473 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- HERZBERG R.D., *Vorsatz und erlaubtes Risiko*, in *Juristische Rundschau*, 1986, 6 ss.;
- IANNOTTI G., PEPE D., *Il delitto di lesioni in ambito sportivo: misura soggettiva della colpa e rischio consentito*, in *Nuovo dir. società*, 2023, 9, 1274 ss.;
- ISENSEE J., *Il diritto fondamentale alla sicurezza: a proposito dei doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*, trad. it., Napoli, 2017;
- KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2020;
- KAHNEMAN D., SIBONY O., SUNSTEIN C.R., *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, trad. it., Milano, 2021;
- KIENAPFEL D., *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Francoforte sul Meno, 1966;
- LAZZARI C., *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoresponsabilità*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2022, 1, 1 ss.;
- LEAPE L., *Promoting patient safety by preventing medical error*, in *Journal of American Medical Association*, 1998, 1444 ss.;
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999;
- LEONE G., *Colpa e attività pericolose. (Osservanza di norme e colpa per imprudenza, negligenza o imperizia)*, in *Arch. pen.*, 1958, 41 ss.;
- LEONE G., *Il reato aberrante*, Napoli, 1940;
- LETO G., *Il reato colposo nella Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Palermo, 1913;
- LOMBARDI F., *Il principio di affidamento con particolare riguardo all'investimento*, in *Cass. pen.*, 2015, 6, 2368 ss.;
- LUHMANN N., *Organizzazione e decisione*, trad. it., Milano, 2005;
- LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, trad. it., Milano, 1996;
- LUNGHINI G., sub *Art. 43*, in E. DOLCINI; GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, I, Milano, IV[^] ed., 2021, 650 ss.;
- LUPTON D., *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, trad. it., Bologna, 2003, 17 s.;
- LUZZATTO G.I., voce *Colpa penale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 614 ss.;
- LYOTARD J.F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, trad. it., Milano, 2014;

BIBLIOGRAFIA

- MADEO A., *Attività rischiose socialmente utili e repressione dei disastri colposi da parte della giurisprudenza*, in BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale del rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 547 ss.;
- MADEO A., *Lezioni di diritto penale comparato*, Napoli, 2022;
- MADEO A., *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020;
- MAIWALD M., *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in MILITELLO V. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993, 175 ss.;
- MANDRIOLI D., *La nozione di colpa nelle cosiddette attività lecite*, in *Studi in onore di Mariano d'Amelio*, II, Roma, 1933, 375 ss.;
- MANES V., *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, 86 ss.;
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005;
- MANNA A., *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *Arch. pen.* (web), 17 maggio 2016, 1 ss.;
- MANNO M.A., *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, 123 ss.;
- MANNOZZI G., *Il "ruolo" della paura nel diritto penale e nelle scelte di politica criminale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, 275 ss.;
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2020;
- MANTOVANI F., *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1045 ss.;
- MANTOVANI F., *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 414 ss.;
- MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 536 ss.;
- MANTOVANI F., *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, 1003 ss.;
- MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, II, 299 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MANTOVANI F., voce *Esercizio di un diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 627 ss.;
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997;
- MANTOVANI M., *La colpa dimidiata. Realtà e prospettive*, in *Sist. pen.*, 22 novembre 2023, 1 ss.;
- MANTOVANI M., *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in *Sist. pen.*, 10 giugno 2024, 37 ss.;
- MANTOVANI M., voce *Affidamento (principio di)*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 1 ss.;
- MANTOVANI S., *In tema di lesioni colpose nello sport*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5, 1251 ss.;
- MANZINI V., *Paleontologia criminale. Contributo alle ricerche sulla genesi del diritto e della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1903, 269 ss.;
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, I, Torino, 1933;
- MARAZZITA G., *Il riconoscimento del valore costituzione dell'attività sportiva, in federalismi.it*, 10 gennaio 2024, 1 ss.;
- MARINI G., «*Rischio consentito*» e tipicità della condotta. *Riflessioni*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 539 ss.;
- MARINI G., voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 ss.;
- MARINO G., *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente*, in *Leg. pen. (web)*, 17 gennaio 2020, 1 ss.;
- MARINUCCI G., *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 295 ss.;
- MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1, 29 ss.;
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965;
- MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 1 ss.;
- MARINUCCI G., MARUBINI G., *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temì*, 1968, 217 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- 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, 3 ss.;
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del Diritto penale*, in *Jus*, 1974, 4, 463 ss.;
- MARIUZ A., *Gli incidenti tecnologici e la ricerca delle criticità nascoste*, in *Rass. Arma Carabinieri*, 2013, 2-3, 81 ss.;
- MARONGIU A., voce *Colpa penale (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, 1960, VII, 617 ss.;
- MARRA G., *La Cassazione precisa i limiti scriminanti dell'attività sportiva*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 938 ss.;
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007;
- MASERA L., *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Quest. giust. (web)*, 10 marzo 2017, 1 ss.;
- MASLOW A., *Motivazione e personalità*, trad. it., Roma, 1995;
- MASSARO A., “*Concretizzazione del rischio*” e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4699 ss.;
- MASSARO A., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *Leg. pen. (web)*, 8 maggio 2020, 1 ss.;
- MASSARO A., *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza sull'operato altrui”: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, 3857 ss.;
- MASSARO A., voce *Omissione e colpa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 866 ss.;
- MASULLO M.N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012;
- MATTHEUDAKIS M.L., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione della riforma” della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1220 ss.;
- MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020;
- MATTHEUDAKIS M.L., *Prevedibilità e autoreponsabilità della “vittima”: uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in *Leg. pen. (web)*, 25 ottobre 2022, 1 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MATTHEUDAKIS M.L., *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, in *Sist. pen.*, 2021, 1, 87 ss.;
- MAZZACUVA N., *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 2, 399 ss.;
- MERRY A., SMITH A.M.C., *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, 2000;
- MEZZETTI E., *Colpa per assunzione*, in VINCIGUERRA S., DASSANO F. (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 513 ss.;
- MEZZETTI E., *L'accertamento della causalità in tema di colpa organizzativa quale (nuovo) criterio di imputazione della responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1343 ss.;
- MICHELETTI D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in AA.VV. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 277 ss.;
- MICHELETTI D., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 323 ss.;
- MIGLIO M., *Spunti sulla responsabilità dell'amministratore testa di legno. La necessaria analisi dell'elemento volitivo quale discriminante tra mera colpa e dolo (anche eventuale)*, in *Giur. pen. (web)*, 31 marzo 2017;
- MILITELLO V., *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in AA.VV. (a cura di), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, Atene, 2017, 223 ss.;
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988;
- MINICUCCI G., *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *disCrimen*, 27 ottobre 2020, 1 ss.;
- MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in FIORELLA A., MONGILLO V., STILE A.M. (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 19 ss.;
- MONGILLO V., *Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio*, in *Giur. it.*, 2022, 4, 953 ss.;
- MONGILLO V., *La responsabilità tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018;
- MORI V., *Teoria del Codice Penale Toscano*, Lucca, 1855;
- MORIN E., *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano, 2001;
- MORIN E., *L'elogio dell'interdisciplinarietà*, in *Lett. inter. riv. trim. europea*, 2004, 27 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- MUCCIARELLI F., *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in DEIDDA B., GARGANI A. (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 177 ss.;
- MURMANN U., *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile della vittima in Germania*, in RONCO M., HELFER M. (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden Baden-Torino, 2020, 61 ss.;
- MUSAMARRA L., *La gestione della sicurezza negli sport invernali*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 378 ss.;
- MUSCATIELLO V., *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 1-2, 311 ss.;
- NAGNI E., *Il comportamento del lavoratore come fattore di interruzione del nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 5, 650 ss.;
- NAPPI A., *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli, 2020;
- NATALI N., *Concorso di cause colpose e cooperazione nel delitto colposo*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1938, 696 ss.;
- NISCO A., *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni unite ThyssenKrupp*, in CURI F. (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, 163 ss.;
- NOTARO D., *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in FOFFANI L., CASTRONUOVO D. (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, Bologna, 2015, 51 ss.;
- NOTARO D., *Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive*, in *disCrimen*, 27 aprile 2020, 1 ss.;
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, II[^] ed., 1982;
- ONDEI E., *Osservazioni sul consenso nei giuochi leciti*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, 178 ss.;
- PADOVANI T., *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e la riforma del diritto penale del lavoro in Italia*, in DONINI M. (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 155 ss.;
- PADOVANI T., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 4, 1157 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- PADOVANI T., *La “pena naturale” al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2024, 1 ss.;
- PADOVANI T., voce *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, 321 ss.;
- PAGANI D., *Infortuni sul lavoro e omessa formazione: la corretta delimitazione del giudizio di responsabilità a carico del datore di lavoro in una pronuncia di merito*, in *Cass. pen.*, 2023, 5, 1733 ss.;
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, VIII[^] ed., 2021;
- PALAZZO F., *Fatto e antigiuridicità. La crisi della tipicità e il ruolo della società dei diritti*, in STILE A.M., MONGILLO V. (a cura di), *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, Napoli, 2021, 151 ss.;
- PALAZZO F., *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, 1545 ss.;
- PALIERO C.E., *Colpa penale e colpa di organizzazione: analogie, epifanie e dissolvenze*, in *Cass. pen.*, 2023, 10, 3346 ss.;
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 3, 849 ss.;
- PALIERO C.E., *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Società*, 2011, 12s, 5 ss.;
- PALIERO C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 7, 845 ss.;
- PALIERO C.E., *Il tipo colposo*, in BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 517 ss.;
- PALIERO C.E., *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss.;
- PALIERO C.E., *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realista*, in *Criminalia*, 2019, 31 ss.;
- PALIERO C.E., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 1-2, 175 ss.;
- PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, 467 ss.;
- PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 167 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- PALIERO C.E., *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Società*, 2015, 1, 1285 ss.;
- PALIERO C.E., voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 64 ss.;
- PAPA FRANCESCO, *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale*, 23 ottobre 2014, in *www.vatican.va*;
- PATRONE D., *I presupposti per la configurabilità della cooperazione nei delitti colposi*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, 2505 ss.;
- PEDONE E., *"C'era una volta". L'uso delle storie per la formazione sul rischio in sanità*, in *Salute e società*, 2021, 1, 148 ss.;
- PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in PEDRAZZI C., COCO G.S. (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978, Milano, 1979, 17 ss.;
- PEDRAZZI C., voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 140 ss.;
- PELISSERO M., *Il potenziamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo decreto sicurezza*, in *St. iuris*, 2017, 10, 1110 ss.;
- PELISSERO M., *Reati omissivi*, in AA.VV. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 223 ss.;
- PELUSI M.L., *La condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore infortunato esclude la responsabilità penale del datore: un superamento del criterio dell'abnormità?*, in *Dir. rel. industriali*, 2017, 3, 857 ss.;
- PENCO E., *Limiti-soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative, dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 195 ss.;
- PENCO E., *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Torino, 2023;
- PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni tra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2012, 105 ss.;
- PERIN A., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020;
- PERIN A., voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 283 ss.;
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010;

BIBLIOGRAFIA

- PERINI C., *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella società del rischio*, in 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*, Torino, 2017, 455 ss.;
- PERINI C., *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*, in *Leg. pen.*, 2012, 1, 117 ss.;
- PERINI C., voce *Pericolo e colpa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 917 ss.;
- PERRONE D., *Pene naturali e doppio castigo. L’“humanitas” ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 6, 772 ss.;
- PETRINI D., *Colpa*, in AA.VV. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, III[^] ed., 2020, 381 ss.;
- PETTOELLO MANTOVANI L., *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954;
- PEZZELLA V., *Rischio consentito e colpa generica. Una difficile coesistenza*, in *Giur. merito*, 2010, 12, 3082 ss.;
- PIACENZA S., *Riflessi penalistici della colpa nell’esercizio lecito di attività pericolose*, in *Giust. pen.*, 1949, 433 ss.;
- PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1473 ss.;
- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 3, 261 ss.;
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, in *St. iuris*, 2006, 12, 299 ss.;
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004;
- PIERGALLINI C., *Il “penale” senza “diritto”?*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, Milano, 2022, 709 ss.;
- PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1684 ss.;
- PIERGALLINI C., *Il volto e la “formalizzazione” delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 525 ss.;
- PIERGALLINI C., *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”*, in *Sist. pen.*, 27 giugno 2022, 1 ss.;
- PIERGALLINI C., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, 222 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- PIQUÈ F., *La funzione estensiva della punibilità dell'art. 113 c.p. in relazione ai delitti causali puri*, in *Cass. pen.*, 2014, 3, 882 ss.;
- PIRAS P., *La colpa medica: non solo linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2011;
- PISANI N., voce *Colpa per assunzione*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 233 ss.;
- PISTORIO G., *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, 2021;
- PISTORIO G., voce *Sicurezza (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pub.*, 2021, VIII agg., 339 ss.;
- PITCH T., PUGIOTTO A., *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in *Studi sulla questione criminale*, 2019, 3, 111 ss.;
- PITCH T., *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza*, in DE GIORGI R. (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, 2002, 413 ss.;
- POLI P.F., *Attività medica in "équipe": c'è spazio per il principio di affidamento?*, in *Giur. it.*, 2021, 5, 1204 ss.;
- PONTEPRINO G., *"Violenza sportiva" e responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del "rischio consentito" ad un più rigoroso riscontro della "colpa"*, in *Leg. pen.* (web), 8 novembre, 2023, 1 ss.;
- PRANDI M., *Il molteplice nell'uno: una tipologia delle metafore*, in *Criminalia*, 2022, 165 ss.;
- PREUB W., *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlino, 1974;
- PREVE A., *Circolazione stradale e colpevolezza: la Cassazione valorizza la causalità della colpa*, in *Sist. pen.*, 23 novembre 2021;
- PREZIOSI S., *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo d'evento*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1985 ss.;
- PROVERA A., *La "causalità impossibile". La probabilità logica senza una legge scientifica di copertura*, in *Sist. pen.*, 5 luglio 2023, 1 ss.;
- PUCCIONI G., *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze, 1858;
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 452 ss.;
- PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 5, 647 ss.;
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, X^a ed., 2023;

BIBLIOGRAFIA

- PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 778 ss.;
- PULITANÒ D., *Paternalismo penale*, in BERTOLINO A., EUSEBI L., FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 489 ss.;
- PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.;
- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 547 ss.;
- PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, 108 ss.;
- RAPELLA G., *Incidente mortale su una pista da slittino: la Cassazione sulla responsabilità del gestore in caso di delega di funzioni*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2020;
- REASON J., *Achieving a safe culture: theory and practice*, in *Work & Stress*, 1998, 3, 293 ss.;
- REASON J., *Managing the Risk Organizational Accidents*, Aldershot, 1997;
- REGINA A., *Colpa ed evento. Note a margine di Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006 (il caso Marghera)*, in VINCIGUERRA S., DASSANO F. (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 721 ss.;
- RISICATO L., *Colpa e colpevolezza in un caso particolare di concorso in omicidio*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 463 ss.;
- RISICATO L., *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 5, 578 ss.;
- RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019;
- RISICATO L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, 132 ss.;
- RISICATO L., *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013;
- RISICATO L., voce *Cooperazione colposa*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 321 ss.;
- RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979;
- RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 1355 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- RODOTÀ S., *Verso i beni comuni*, in PRETEROSSO G., CAPONE N. (a cura di), *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, 2018, 27 ss.;
- ROEDER H., *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Berlino, 1969;
- ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012;
- ROMAGNOSI G.D., *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791;
- ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 3, 413 ss.;
- ROMANO M., sub Art. 43, in ID. (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, III[^] ed., 2004, 454 ss.;
- RONCO M., *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in RONCO M., HELFER M. (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden Baden-Torino, 2020, 259 ss.;
- ROSSI C., *Il requisito della prevedibilità dell'evento nei reati colposi*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 180 ss.;
- ROSSI C., *La rilevanza del comportamento del lavoratore ai fini dell'esclusione della responsabilità del datore di lavoro nel caso di infortunio*, in *Cass. pen.*, 2015, 12, 4571 ss.;
- ROSSI S., *Antropizzazione delle aree montane, valanghe e diritto penale*, in *www.dirittodeglisportdelturismo.jus.unitn.it*, 31 gennaio 2017;
- ROSSI S., BUSATO C., *Sinistri in fuori pista e responsabilità penale*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, 194 ss.;
- ROSSI S., *La riforma delle discipline sportive invernali e le principali norme di comportamento: il progressivo riconoscimento del principio di autoresponsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 9 ss.;
- ROSSI S., *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna. Alla ricerca di nuovi equilibri in tema di obblighi precauzionali e gestione del rischio*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2013, 1 ss.;
- ROTOLO G., *Beni comuni come beni giuridici: una prospettiva critica*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, Milano, 2022, 747 ss.;
- ROXIN C., GRECO E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monaco, V[^] ed., 2020;
- RUFFOLO U., *Attività sportiva estrema e responsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 2019, 25 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- RUGA RIVA C., *La responsabilità degli accompagnatori in montagna: anatomia di un caso (scialpinisti travolti da una valanga durante un corso CAI)*, in *Leg. pen.* (web), 16 ottobre 2023, 1 ss.;
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743 ss.;
- SABIA R., *Non c'è responsabilità (corporativa) senza colpa (di organizzazione). La Cassazione ribadisce la metodologia di accertamento delineata nel caso Impregilo bis*, in *Giur. it.*, 2024, 2, 413 ss.;
- SALERNO A., *Responsabilità medica in équipe: cooperazione colposa, posizione di garanzia degli organi apicali e principio di auto-responsabilità dei singoli cooperanti*, in *Riv. it. med. legale*, 2014, 2, 595 ss.;
- SANTARELLI F., *Disastro di Rigopiano e prevedibilità dell'evento*, in *Arch. pen.* (web), 2024, 1, 1 ss.;
- SANTUCCI G., *La colpa nel diritto romano. Minime note introduttive*, in *Studi Urbinati*, 2020, 717 ss.;
- SAVONA P., *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 355 ss.;
- SCEVI P., *Principio di precauzione imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011, 11, 1095 ss.;
- SCHWAIGHOFER K., *L'autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria*, in RONCO M., HELFER M. (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden Baden-Torino, 2020, 79 ss.;
- SCHWITZER S., *L'autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis? Inquadramento e applicazione giurisprudenziale nell'ordinamento austriaco*, in *Arch. pen.* (web), 12 luglio 2022, 1 ss.;
- SCOGNAMIGLIO M.L., *L'accettazione del rischio nello svolgimento dell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 548 ss.;
- SEMERARO P., *Le lesioni colpose nell'ambito delle competizioni sportive*, in *Cass. pen.*, 2023, 2, 496 ss.;
- SESSA A., *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in AA.VV. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 309 ss.;
- SESTIERI M., *I rapporti (solo apparentemente pacificati) tra regole cautelari e linee guida in materia sanitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 2, 281 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019;
- SIMON J., *Il governo della paura*, Milano, 2008;
- SIMONE A., *Il delitto sportivo tra etica e diritto. Il contributo di Aldo Pannain*, in *Arch. pen.* (web), 13 agosto 2021, 1 ss.;
- SIRENA P.A., *Intervento*, in DIP. PROTEZIONE CIVILE, FOND. CIMA (a cura di), *La protezione civile nella società del rischio. La responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle proposte di riforma legislativa*, Pisa, 2016, 21 ss.;
- SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, trad. it., Torino, 2005;
- STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1, 55 ss.;
- STOPPATO A., *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 1898;
- STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1, 71 ss.;
- STORTONI L., *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *Ind. pen.*, 2016, 9 ss.;
- STORTONI L., *Posizione di garanzia e norme cautelari: spunti di riflessione in tema di reato colposo*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 731 ss.;
- STRATENWERTH G., *Arbeitsteinlung und arzlische Sorgfaltspflicht*, in BOCKELMANN P., GALLAS W. (a cura di), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961, 383 ss.;
- STRATENWERTH G., *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 3, 635 ss.;
- SUMMERER K., *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Leg. pen.* (web), 11 maggio 2022, 1 ss.;
- SUMMERER K., *Incidenti in montagna e responsabilità penale: spunti di riflessione*, in *Riv. dir. sport.*, 2022, 423 ss.;
- SUMMERER K., voce *Evitabilità dell'evento*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 489 ss.;
- TARDE G., *La criminalité professionnelle*, Ginevra, 1897;
- TAVERRITI S.B., *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 1931 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- TORCHIA M.C., voce *Infodemia*, in *www.accademiadellacrusca.it*, 14 dicembre 2021;
- TORDINI CAGLI S., *Il disastro ferroviario di Viareggio: il punto su rischio lavorativo ed oggetto di tutela della normativa prevenzionistica*, in *Ind. pen.*, 2022, 1, 95 ss.;
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008;
- TORRE V., *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013;
- TORRE V., *La disciplina della valutazione del rischio in materia di sicurezza del lavoro costituisce un paradigma regolativo per tutte le attività rischiose?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 6, 803 ss.;
- TORRE V., sub *La colpa*, in AA.VV. (diretto da), *Trattato di diritto penale*, I, Milano, 2022, 446 ss.;
- TORRE V., voce *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 888 ss.;
- TRAPPELLA F., *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen.* (web), 3 dicembre 2019, 1 ss.;
- TRAVAN G., *Sport e responsabilità dell'atleta: una questione di antigiuridicità o di colpevolezza?*, in *Giur. it.*, 2022, 7, 1572 ss.;
- TRESPIDI A., GENOVESI P., PICCINNO T., BRACCO F., *Imparare dagli errori, la cultura giusta*, in *La tecnica professionale*, 2015, 3, 1 ss.;
- TRIPODI A.F., *Uomo, societas, machina*, in *Leg. pen.* (web), 10 maggio 2023, 1 ss.;
- TRONCONE P., *Propositi di tutela dei beni comuni*, in ARCIDIACONO C. (a cura di), *Benessere e felicità: uscire dalla crisi globale. Percorsi interdisciplinari del laboratorio federiciano*, Napoli, 2013, 245 ss.;
- URBAN F., *La curvatura precauzionale della colpa nella gestione delle calamità naturali: prevedibilità ed evitabilità dell'evento*, in 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*, Torino, 2017, 169 ss.;
- VALBONESI C., *Intervento del soccorritore e autoesposizione al rischio: verso un ritorno al versari in re illicita?*, in *Giust. pen.*, 2016, 145 ss.;
- VALBONESI C., *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023;

BIBLIOGRAFIA

- VALENTINI V., *Egemonia e fisionomia della colpa penale in ambito sportivo*, in *Arch. pen.* (web), 9 luglio 2024, 1 ss.;
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003;
- VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 4, 477 ss.;
- VALLINI A., *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, conforme alla lettera, dell’art. 590 sexies c.p.*, in *Leg. pen.* (web), 7 dicembre 2017, 1 ss.;
- VALSECCHI W., *L’omicidio e la lesione personale nei giuochi sportivi a forma di combattimento*, in *Riv. pen.*, 1930, I, 526 ss.;
- VANNINI O., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1939;
- VARRASO G., voce *Imputazione processuale e reati colposi*, in *Enc. dir.*, Il reato colposo, Milano, 2021, 678 ss.;
- VAUGHAN D., *The Challenger Launch Decision. Risk Technology, Culture, and Deviance at NASA*, Chicago, 1996;
- VENAFRO E., *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in VENAFRO E., PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 11 ss.;
- VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, Padova, 2003;
- VENTUROLI M., *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen.* (web), 6 maggio 2021, 1 ss.;
- VENTUROLI M., *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2012, 86 ss.;
- VIGANÒ F., *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sist. pen.*, 8 marzo 2023, 1 ss.;
- VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l’impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della Scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015;
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000;
- VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 695 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- VIZZARDI M., *Infortuni sul lavoro e d.lgs. 231/2001: il Tribunale di Bari esclude la responsabilità di una impresa per mancanza di “interesse o vantaggio” dell’ente nella commissione di un omicidio colposo*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2021;
- VON WRIGHT G.H., *Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti*, in STELLA F. (a cura di), *I saperi del giudice, la causalità ed il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 71 ss.;
- WENZEL H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961;
- ZACCARIA G., *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-moderno»*, in KOSTORIS R.E. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 47 ss.;
- ZANON N., *Un diritto fondamentale alla sicurezza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1555 ss.;
- ZINCANI F., *La cooperazione nel delitto colposo. La portata incriminatrice dell’art. 113 c.p. nei reati a forma libera*, in *Cass. pen.*, 2014, 1, 163 ss.;
- ZIRULIA S., *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibrebis, sulla scia del precedente “Cozzini”*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2017;
- ZIRULIA S., *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1289 ss.;
- ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale: nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma, 2015;
- ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018;
- ZIRULIA S., *Il ruolo delle Best Available Techniques (BAT) e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali*, in *Lexambiente*, 2019, 4, 1 ss.;
- ZIRULIA S., *Nesso di causalità e contagio da covid-19*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2022, 1 ss.;