

LA RESPONSABILITÀ COLPOSA NEL DIRITTO PENALE

Per quanto approfonditi dalla giurisprudenza e dalla stessa dottrina prevalente, concetti come **posizione di garanzia**, **condotta commissiva** e **omissiva**, **regola cautelare**, **giudizio controfattuale**, **concretizzazione del rischio** presentano ancora profili di indubbia problematicità.

Credo, dunque, nella utilità di una disamina di tali termini astratti attraverso la lente offerta da alcune pronunce di legittimità, con le quali si è tentato di darvi consistenza e, soprattutto, di scandire in maniera più chiara possibile i passaggi dello scrutinio cui il giudice è chiamato nei processi per responsabilità di tipo colposo.

Già sulla terminologia, infatti, vi è spesso confusione.

Partiamo dal concetto di **posizione di garanzia**, per esempio. La teoria generale del reato lo associa ai reati omissivi impropri (essenzialmente si rinviene la sua fonte nell'art. 40 cpv. cod. pen.) e lo identifica tradizionalmente con la titolarità di un dovere (sia esso di protezione o di controllo) che, a sua volta, si concretizza nell'obbligo di impedire un evento.

Per lungo tempo la prevalente giurisprudenza ha inteso la posizione di garanzia quale premessa sufficiente per l'affermazione di responsabilità, una volta dimostrati nesso di causalità e elemento soggettivo.

Oggi, non è più così.

La **posizione di garanzia** non costituisce più l'unico polo dell'elemento oggettivo del reato colposo (nella specie, omissivo improprio) e la sua titolarità non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico dell'agente, poiché il principio di colpevolezza impone 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, sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso ¹.

La posizione di garanzia, peraltro, è uno dei concetti spesso impropriamente evocato, forse perché si è inclini a considerare quello colposo come un illecito avente ad oggetto un fatto nel quale qualcosa è difettato, è stato per l'appunto omissivo. L'uso indiscriminato di tale concetto, tuttavia, può determinare ricostruzioni fattuali e giuridiche errate ². Il concetto di posizione di garanzia non assorbe l'intero universo della responsabilità colposa che, come ben sappiamo, va oltre le condotte omissive. Si pensi al preposto che consegna una scala rotta al lavoratore che conseguentemente cade: egli ha compiuto un'azione e non un'omissione ³.

Ecco, dunque, farsi strada un altro concetto, quello di **“area del rischio”**, che delimita l'ambito in cui si esplica l'obbligo di governare le situazioni pericolose e ci riporta alla necessità di individuare in concreto la figura istituzionale che può essere chiamata a governare quel rischio e la persona fisica che incarna concretamente quel ruolo. Operazione sovente assai complessa, sol che si pensi alla successione delle posizioni all'interno di una stessa realtà produttiva o alla concorrenza di fattori all'interno di una stessa catena causale.

¹ tra le altre, sez. 4, n. 5404 del 8/1/2015, *Corso*, Rv. 262033; sez. 4, n. 24462 del 6/5/2015, *Ruocco*, Rv. 264128

² sez. 4, n. 49821 del 21/12/2012, *Lovison*, Rv. 254094

³ in motivazione, sez. 4, n. 32899 del 2/12/2020, *Castaldo*, disastro ferroviario di Viareggio

Si è così affermato che, come per la posizione di garanzia (che potremmo anche considerare specie del più ampio genere “competenza per il rischio”), l'accertamento di una competenza gestoria deve essere seguito dalla ricognizione delle specifiche modalità di assolvimento del compito, indicate dalle pertinenti regole cautelari. Pertanto, l'identificazione di un soggetto competente e di una sfera di competenza è solo la premessa logico-giuridica della verifica della “colposità” della condotta.

Qualche autore ⁴ ha efficacemente ricordato che il profilo più attuale del reato colposo è proprio quello del rischio, dal quale originano diritti e doveri: l'autorizzazione ad attività produttive, sociali, lavorative, che sono oggettivamente pericolose si accompagna alla loro limitazione rigorosa in chiave di sicurezza sociale e individuale. Ed è lo stesso autore ad avere acutamente osservato che – forse come in nessun altro settore del diritto penale sostanziale – il dialogo tra dottrina e giurisprudenza, in particolare quella della Quarta Sezione della Suprema Corte, della quale faccio parte, è stato particolarmente fruttuoso e decisivo nel produrre mutamenti culturali e applicativi, impensabili solo qualche decennio fa.

Come è stato da altra parte altrettanto efficacemente osservato, in sostanza, in tale moderno contesto “l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli” ⁵.

Quindi, è più appropriato parlare in taluni casi di **gestore del rischio**, laddove in altri è più pertinente evocare la posizione di garanzia. Infatti, anche se in entrambi i casi abbiamo un rischio affidato alla gestione di qualcuno, ove si postuli una condotta omissiva l'esistenza di una norma come l'art. 40 cpv. cod. pen. imporrà una differenziazione concettuale, perché, come è noto, nel cono del reato omissivo improprio si hanno elementi strutturali e percorsi ricostruttivi profondamente diversi rispetto a quelli propri del reato commissivo. Di qui l'importanza della qualificazione della condotta come commissiva o omissiva, operazione che può essere anche difficile. Come questa Corte ha già rilevato, nella stragrande maggioranza dei casi ci troviamo di fronte a condotte attive e passive al tempo stesso, che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità.

La puntualizzazione, peraltro, assume rilievo sul piano della verifica contro fattuale: in caso di condotta omissiva, infatti, l'interprete deve procedere ad una impegnativa operazione, inserendo nella sequela causale qualcosa che non è stato, per verificare se esso avrebbe consentito di evitare l'evento; nel caso di condotta commissiva, al contrario, il ragionamento probatorio è più agevole, dovendo l'interprete semplicemente sottrarre alla dinamica degli accadimenti un comportamento positivamente accertato ⁶.

In linea generale, quindi, possiamo affermare che, nei reati colposi, quando l'agente trasgredisce un divieto, agendo in maniera difforme dal comportamento impostogli dalla regola cautelare, la condotta ha natura commissiva; invece, allorquando sia violato un comando e si ometta di attivarsi nonostante l'intervento fosse necessario, avremo una condotta omissiva ⁷.

Costituisce ormai acquisizione comune che la condotta colposa consiste nella violazione di una **regola cautelare**. Il ruolo della giurisprudenza nella individuazione di essa e, quindi, della stessa responsabilità colposa e nella descrizione del tipo di incriminazione, è

⁴ M. DONINI, presentazione al volume “I Tematici dell'Enciclopedia del diritto” - Il Reato colposo

⁵ sez. 4, *Lovison* del 2012 cit.

⁶ in motivazione: sez. 4, n. 22022 del 22/2/2018, *Tupini*; sez. 4, n. 43786 del 17/9/2010, *Cozzini*.

⁷ in motivazione, sez. 4, n. 16761 del 11/3/2010, *Catalano*, alluvione di Sarno

particolarmente rilevante. Si tratta di un fenomeno diffuso e dirompente in un sistema di *civil law* quale il nostro: il giudice prende parte al **processo di definizione della fattispecie incriminatrice**; ma ciò, lungi dal rappresentare un esproprio di attribuzioni proprie di altro potere, è un indispensabile **intervento di definizione di fattispecie incerte e indefinite**.

La norma di riferimento è evidentemente l'art. 43 del codice penale⁸: ma già a una rapida lettura ci rendiamo agevolmente conto di come la definizione di "colpa" ivi contenuta restituisca un fenomeno impostato sulla sola causalità materiale, sorretta da un coefficiente psicologico indefinito e foriero di forme di responsabilità da posizione o di tipo oggettivo.

Peraltro, a tale già fumosa definizione codicistica del tipo di illecito si accompagna da tempo un fenomeno particolare, quello della crescente dimensione (sia in termini quantitativi, che qualitativi) del rischio nelle società moderne, che inevitabilmente ha determinato un intensificarsi delle istanze di protezione che convergono nel processo penale.

Di qui lo svilupparsi della **concezione normativa della colpa**, alla stregua della quale possiamo dire che essa è assenza di volontà e violazione/trasgressione di regole cautelari.

Tale opzione, che pure ha segnato notevoli passi in avanti sulla strada di una crescente personalizzazione della responsabilità colposa, non sgombra del tutto il campo dai numerosi problemi che il giudice incontra sul suo cammino. Si deve, infatti, **individuare la regola** la cui violazione costituisce la condotta tipica, ma anche il **grado di esigibilità della stessa** da parte dell'agente. Si tratta, a ben vedere, di una più articolata ricostruzione dei confini dell'illecito penale colposo, nella quale convergono categorie giuridiche intese a raggiungere un grado di personalizzazione di tale illecito (che, come abbiamo già visto, è tradizionalmente più esposto al rischio di interpretazioni che nascondono forme di responsabilità da posizione o oggettiva) più coerente con il parametro costituzionale di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

Quindi, volendo riassumere alcuni dei principi che costituiscono il c.d. diritto vivente della Corte di cassazione, possiamo tentare alla stregua di essi una ricostruzione di quello che oggi viene definito l'illecito colposo.

In esso rinveniamo certamente la condotta, costituita per l'appunto dalla violazione di una regola cautelare, che può avere fonte in ordini, discipline, leggi (colpa specifica) o in giudizi sociali e/o esperienziali consolidatisi (colpa generica). La individuazione della regola cautelare si avvale dei parametri della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento, nel senso che può reputarsi regola cautelare solo quella che, sulla scorta della previsione di uno specifico evento pregiudizievole, impone l'adozione di una o più misure determinate. **La regola cautelare dunque preesiste alla condotta**, della cui liceità si discute. La responsabilità per delitto colposo non può essere affermata sulla scorta del solo addebito colposo accertato (cioè della violazione di una regola cautelare): è necessario, infatti, accertare che proprio quella violazione sia all'origine del verificarsi dell'evento e tale efficienza causale della colpa (cd. causalità della colpa) si verifica utilizzando, da un lato, il criterio della **"concretizzazione del rischio"** (che costituisce uno dei capisaldi della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, al pari della verifica contro fattuale), in base al quale l'evento verificatosi deve essere quello

⁸ «...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»

che la regola cautelare mira a prevenire; ma deve anche verificarsi che la condotta doverosa (il comportamento alternativo lecito) sarebbe stata in grado di evitare l'evento.

Il diritto vivente ha da tempo introdotto, infatti, nello scrutinio dei casi di responsabilità colposa, l'**indagine contro-fattuale**, operazione eminentemente normativa, soprattutto nelle ipotesi di reati colposi, omissivi, impropri⁹, nei quali il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Tale operazione intellettuale richiede innanzitutto che venga preliminarmente descritto ciò che è accaduto; solo dopo aver accertato "che cosa è successo" ("**giudizio esplicativo**") è possibile chiedersi cosa sarebbe stato se fosse intervenuta la condotta doverosa ("**giudizio predittivo**").

Il chiarimento ha delle implicazioni non irrilevanti. Infatti, il deficit di conoscenza che incide sul giudizio esplicativo non può essere colmato da una particolare evidenza dell'attitudine salvifica del comportamento doveroso mancato, perché in realtà, senza una preliminare, incontrovertibile ricostruzione del quadro fattuale, quell'attitudine si può predicare solo in termini astratti¹⁰. Ove si tratti di reati omissivi impropri, dunque, possiamo affermare che la situazione tipica, dalla quale origina l'indifferibilità dell'adempimento dell'obbligo di *facere*, deve essere identificata in termini non dubitativi; ove così non fosse non sarebbe possibile neppure ipotizzare l'omissione tipica¹¹.

Dopo aver esposto tali concetti, tenterò di darvi sostanza attraverso quella che è la loro **applicazione nel concreto** da parte del giudice di legittimità.

In un caso¹², nel quale all'imputato era stato contestato di avere violato l'art. **141 codice strada**¹³ e di avere così cagionato la morte di altro conducente che aveva invaso la opposta corsia di marcia, la Corte di cassazione ha ritenuto corretto il ragionamento dei giudici di merito che avevano assolto l'imputato, ritenendo che la sua condotta di guida, anche ove direttamente relazionata all'evento sul piano della semplice causalità fenomenica, non poteva dirsi a esso correlata sul piano della causalità della colpa: la violazione delle regole cautelari accertata (per l'appunto, l'art. 141, codice strada) non si era posta in rapporto causale diretto con il rischio concretizzatosi (l'improvvisa invasione, cioè, della propria corsia di marcia da parte della vittima che procedeva su quella opposta e aveva completamente perso il controllo del proprio mezzo, già proiettato contro l'auto condotta dall'imputato assolto).

⁹ Sez. unite *Franzese* del 2002 e, più di recente, Sez. unite *Espenhahn e altri*, del 2014

¹⁰ sez. 4, n. 39445 del 16/6/2016, *Balbino*, in motivazione; n. 23339 del 31/1/2013, *Giusti*, Rv. 256941, in un caso in cui l'accertamento processuale non aveva consentito di individuare il momento di insorgenza della ipossia del feto, avendo i giudici di merito preteso di trarre da tale incertezza un fattore non pregiudicante il giudizio contro-fattuale; n. 416 del 12/11/2021, dep. 2022, *Castriotta*, Rv. 282559

¹¹ in motivazione, sez. 4, *Balbino*, cit.

¹² sez. 4, n. 45589 del 10/11/2021, *Poggi*

¹³ «E' obbligo del conducente regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione»

Il principio di colpevolezza, come vediamo, impone una **verifica complessa** che si svolge **su piani diversi**, riguardanti l'accertamento in concreto della sussistenza della violazione – da parte del soggetto che riveste una posizione che possiamo definire per semplificare di garante *lato sensu* – di una regola cautelare (generica o specifica), del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso e della prevedibilità e evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mira a prevenire. Tuttavia, oltre alla causalità della condotta (ossia la dipendenza dell'evento da essa, in cui quest'ultima si ponga quale *condicio sine qua non*, in assenza di decorsi causali alternativi eccezionali, indipendenti e imprevedibili), dobbiamo anche verificare la idoneità del comportamento alternativo lecito a scongiurare l'evento e la introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio concretizzatosi nell'evento, attraverso la violazione delle regole di cautela intese a prevenire e a rendere evitabile proprio quel rischio ¹⁴.

Il giudizio di adeguatezza della velocità si presta più di altri al rischio di eversione del metodo sin qui descritto, che si realizza allorquando si fa coincidere la velocità adeguata con quella che avrebbe evitato l'evento concreto. Per tale ragione il giudice di legittimità afferma che «quella velocità che la norma non indica in termini rigidi deve essere precisamente individuata dal giudice; non sono sufficienti giudizi avulsi dall'elaborazione di definiti parametri tecnici» ¹⁵.

Sempre in via esemplificativa, restando in tema di circolazione stradale, giovi un rinvio alla giurisprudenza formatasi con riferimento alla regola cautelare di cui all'art. **143 codice strada**:¹⁶ è stato più volte affermato che essa 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 veicolo¹⁷.

Sempre nel solco del percorso compiuto dalla giurisprudenza di legittimità per mettere a punto una responsabilità colposa più osservante del precetto costituzionale di cui all'art. 27 Cost., restando ancora nel settore della circolazione stradale, si è affermato che l'utente della strada (che riveste una sorta di “posizione di garanzia” rispetto agli altri utenti e ai terzi, delineata dal coacervo delle regole contenute nel codice strada)¹⁸ può invocare l'**affidamento sull'altrui osservanza delle norme cautelari**, ma tale principio è stato via via calibrato dalla giurisprudenza. Esso, in tale specifico settore, deve trovare infatti un opportuno

¹⁴ in motivazione sez. 4, n. 17000 del 5/4/2016, *Scalise*, Rv. 266645, in cui si opera un richiamo a un indirizzo consolidato, con rinvio a sez. 4, n. 40802 del 18/9/2008, *Spoldi*, Rv. 241475; n. 24898 del 24/5/2007, *Venticinque*, Rv. 236854, quest'ultima proprio in un caso, sovrapponibile a quello esaminato in *Poggi*, di morte del conducente di uno dei veicoli, determinata dallo sbandamento della vettura, dall'invasione dell'opposta corsia di marcia e dallo scontro con altra vettura proveniente in senso opposto, in cui si è ritenuto irrilevante il superamento, da parte di quest'ultima, del limite di velocità, in quanto – pur in assenza di tale violazione – il fatto si sarebbe egualmente verificato; n. 5963 del 2/5/1998, *Mannuzzi*, Rv. 178402, in cui si è sottolineata la necessità che la verifica del nesso di causalità nei termini sopra precisati, avvenga sulla scorta di elementi fattuali certi e non di mere ipotesi o congetture.

¹⁵ sez. 4, n. 40050 del 29/3/2018, *Lenarduzzi*, Rv. 273871

¹⁶ « 1.I veicoli devono circolare sulla parte destra della carreggiata e in prossimità del margine destro della medesima, anche quando la strada è libera»

¹⁷ sez. 4, n. 18802 del 11/4/2019, *Catalani*, Rv. 275655; n. 50024 del 4/10/2017, *Delfino*, Rv. 271490

¹⁸ sul punto specifico, sez. 4, n. 14145 del 20/2/2015, *Gennari*, Rv. 263143; n. 44811 del 3/10/2014, *Salvadori*, Rv. 260643

temperamento nell'opposto principio, secondo cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, purché rientri nel limite della prevedibilità¹⁹.

Il discorso sin qui condotto vale anche in campi del tutto eccentrici rispetto a quelli tipici dell'addebito colposo: si è così chiarito che, ai fini della configurabilità della responsabilità per colpa **in ambito sportivo**, il giudice deve individuare la regola cautelare violata dalla condotta fallosa dell'atleta, e quindi indicare, quanto alla colpa specifica, le regole di gioco scritte, anche se "elastiche", perché determinate in base a circostanze contingenti, e, quanto alla colpa generica, il comportamento doveroso prescritto, sulla base della diligenza, prudenza e perizia, in concreto ed *ex ante*, in relazione alle caratteristiche e peculiarità della pratica sportiva esercitata in un dato momento ²⁰.

Si tratta, a ben vedere, di concetti che vanno al di là di quelli che tradizionalmente identificano l'elemento oggettivo del reato (condotta, evento e nesso causale) e che implicano, invece, l'inquadramento delle singole fattispecie all'interno del sistema normativo della c.d. **causalità della colpa**. Sul **piano oggettivo**, pertanto, viene in rilievo il dovere di osservanza della regola cautelare da parte dell'agente, la individuazione – preventiva – della regola cautelare e del suo atteggiarsi in relazione all'area di rischio considerata, infine, la sussistenza di un collegamento, non solo materiale tra condotta e evento, ma anche tra regola violata e evento verificatosi. Sul **piano soggettivo**, poi, dell'elemento psicologico del reato cioè, nel caso di responsabilità colposa il controllo si articola, come vedremo, anche attraverso il duplice scrutinio della **prevedibilità** dell'evento e della **esigibilità** del comportamento alternativo lecito.

Possiamo muovere, dunque, da un **punto** che può dirsi **fermo**: la giurisprudenza tende a lasciarsi alle spalle la teoria dell'agente modello (*homo eiusdem professionis et condicionis*), dando prova di una maturata consapevolezza della necessità di maggiore personalizzazione dell'illecito penale, anche colposo, sì che sia da essa bandita forma di responsabilità per così dire "da posizione", esposta al sospetto di costituire niente più che una forma di responsabilità oggettiva. La regola cautelare, dunque, non deve coincidere con il bagaglio presunto in capo all'agente modello, come se la sua violazione costituisca essa stessa la fonte normativa dell'imputazione, ma deve essere valutata nella sua dimensione soggettiva, della riconoscibilità cioè da parte del soggetto deputato a osservarla e, ancora prima, sul piano della sua correlazione con il rischio che è chiamata a scongiurare. Ecco che la colpa non è più dunque solo inosservanza, violazione della regola cautelare, ma diventa anche colpevolezza: è violazione di una regola cautelare correlata al rischio concreto, che poteva e doveva essere osservata dall'agente.

¹⁹ sez. 4, n. 27513 del 10/5/2017, *Mulas*, Rv. 269997, in fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza con la quale era stata ritenuta la responsabilità per lesioni del conducente di un ciclomotore che aveva investito un pedone mentre attraversava al di fuori delle strisce pedonali, in un tratto rettilineo ed in condizioni di piena visibilità, per la 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; n. 8090 del 15/11/2013, dep. 2014, *Saporito*, Rv. 259277; n. 5691 del 2/2/2016, *Tettamanti*, Rv. 265981; n. 12260 del 9/1/2015, *Moccia*, Rv. 263010

²⁰ in applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio la decisione impugnata che aveva affermato la responsabilità dell'atleta per le lesioni colpose cagionate da un fallo di gioco nel corso di una partita di calcio, ritenuto foriero di un rischio inutile e gratuito in rapporto al contesto amatoriale della competizione, omettendo di specificare la regola cautelare violata, sez. 4 n. 8609 del 28/10/2021, dep. 2022, *Contin*, Rv. 282764-02.

Nel limitato tempo a disposizione, ho cercato di trovare un modulo utile per riassumere i punti più significativi di questo cambiamento che ha toccato il diritto penale sostanziale della colpa e le sue concrete applicazioni nel processo.

Cercherò, ora, di tradurre ancor più nel concreto tali enunciati.

Abbiamo visto che, ai fini dell'accertamento della responsabilità per fatto colposo, è sempre necessario **individuare la regola cautelare, preesistente alla condotta**, che ne indica le corrette modalità di svolgimento. In altri termini, il giudice non può limitarsi a fare ricorso ai concetti di prudenza, perizia e diligenza senza indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso che tali regole cautelari imponevano di adottare²¹. Tuttavia, la giurisprudenza è ancora oggi accusata di creare *ex post*, condizionata cioè dal caso concreto esaminato, la regola cautelare che, invece, deve preesistere e che il giudice dovrebbe solo individuare (quella che è stata definita una vera e propria insidia, il c.d. senno di poi).

Questo vale per tutti i settori del reato colposo e il rischio è tanto più alto, quanto più generica è la regola di condotta.

Delle regole, come ben sappiamo, si sono tentate varie classificazioni, la più comune delle quali è quella tra **regole elastiche** e regole **rigide**.

Spesso la regola è per l'appunto di tipo generico, non è positivizzata (controlla il cane, per esempio), ma anche in questo caso non basta un rinvio al concetto di prudenza, occorre descrivere il comportamento imprudente da parte del proprietario dell'animale o di chi è tenuto a controllarlo.

Le **regole cautelari**, dunque, possono essere **rigide**, allorquando il comportamento doveroso è descritto dalla norma con assoluta precisione; o **elastiche**, allorquando esigano per la loro applicazione una correlazione più o meno estesa con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare. È proprio con riferimento a queste ultime che si impone la necessità per l'interprete, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta anti doverosa, di valutare tutte le circostanze del caso concreto.

Non è sufficiente richiamare ad esempio la norma del codice della strada che regola la velocità da tenersi da parte del conducente o limitarsi a definire inadeguata quella tenuta nel caso concreto, dovendosi piuttosto verificare, alla stregua delle evidenze raccolte, quale fosse la velocità adeguata ovvero quella che, secondo un giudizio *ex ante*, fosse in grado di scongiurare l'impatto tra i veicoli. E, ancor prima, occorre interrogarsi su quale sia il rischio che la regola, la cui violazione è contestata, ha il compito precipuo di scongiurare.

Altra accusa, sovente rivolta al giudice, è quella di fermarsi alla identificazione della titolarità del dovere di gestire il rischio e di procedere poi all'individuazione delle regole di esercizio di quel dovere. Il pericolo è che, per questa via, si costruisca una responsabilità da posizione.

Ancora una volta prendiamo le mosse, in via esemplificativa, dal settore della responsabilità colposa da sinistri stradali e dall'osservanza dell'obbligo di moderare adeguatamente la velocità, in relazione alle caratteristiche del veicolo e alle condizioni ambientali: l'art. **141 codice strada** è una tipica norma cautelare elastica: esso va inteso nel senso che il conducente deve essere in grado di padroneggiare il veicolo in ogni situazione,

²¹ sez. 4, n. 31490 del 14/4/2016, *Belli*, Rv. 267387

tenendo altresì conto di eventuali imprudenze altrui, purché ragionevolmente prevedibili²². Si tratta di una regola positivizzata, che richiede però di essere integrata da regole cautelari non scritte, la cui individuazione è rimessa in definitiva allo stesso destinatario della regola scritta. E' il conducente, cioè, che deve individuare la velocità che può dirsi cautelare alla luce della presenza sul marciapiede di bambini che giocano, della scarsa illuminazione del luogo, della propria abilità di guida, delle condizioni del veicolo o del manto stradale ecc.

Lo stesso vale per le regole cc.dd. "aperte", quale in ipotesi l'art. **2087 cod. civ.**²³: oltre alla necessità di definire il concreto contenuto del comportamento diligente alla luce delle particolarità del lavoro, occorre fare riferimento alle misure preventive validate dall'esperienza e dalla tecnica. Con l'effetto di rendere il comportamento cautelare richiesto al datore di lavoro in perenne divenire, dovendo assumere i tratti che l'evoluzione delle conoscenze esperienziali e tecniche impongono. Come è stato assai efficacemente notato²⁴, il settore maggiormente esposto alla "**azione fagocitatrice**" della posizione di garanzia è proprio quello della sicurezza del lavoro, per il quale il richiamato art. 2087 cod. civ. ha operato tradizionalmente come chiave di volta del giudizio di responsabilità del datore di lavoro, ritenuto obbligato ad «attuare ogni possibile presidio a protezione dell'incolumità e della salute fisica e mentale del lavoratore», versando in colpa ogni volta che l'adozione di una cautela risultasse possibile all'agente modello.

La conclusione di questa ricognizione è che, anche nel caso di regole scritte, può essere necessario individuare la regola non scritta che dà contenuto concreto alla regola positiva, cosicché il problema della individuazione della regola cautelare non è ancora risolto dalla sola positivizzazione della stessa, poiché restano da individuare quelle regole non scritte che vanno ad integrarla.

Su questo punto, mi sembra utile richiamare una pronuncia (già citata alla nota 22), che contiene una vivida esposizione del cambiamento che ho cercato di delineare, quasi una dichiarazione di intenti che disegna il "tramonto" dell'agente modello e indica il percorso attraverso il quale si dipana il giudizio in caso di addebito colposo. Siamo in tema di **responsabilità medica**: nella specie, l'imputato era un medico accusato di aver cagionato la morte del paziente al quale aveva asportato tessuto osseo dalla teca cranica per effettuare un successivo intervento maxillo-facciale, così come indicato dalle *leges artis*.

Gli è stato contestato di non avere usato **particolare prudenza** e la **perizia** imposta dalla «nozione di comune esperienza nella scienza medica» per la quale, in persone di età avanzata, lo spessore della teca cranica è generalmente inferiore a quello di soggetti più giovani, per cui l'operatore chirurgico deve tener conto delle prevedibili complicità di un trauma indiretto, determinato dall'uso degli strumenti chirurgici.

Si è trattato, peraltro, di una **doppia conforme di condanna** (avendo la Corte territoriale escluso uno degli addebiti colposi, confermando quello inerente alla imperita esecuzione dell'asportazione del tassello osseo dal cranio del paziente, con rimodulazione della pena).

²² sez. 4 n. 25552 del 27/4/2017, *Luciano*, Rv. 270176; sez. 4 n. 12260 del 9/1/2015, *Moccia*, Rv. 263010

²³ «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»

²⁴ S. DOVERE, "I Tematici dell'Enciclopedia del diritto" - voce "Il Reato colposo"

La Corte di cassazione, dichiarata la estinzione del reato per prescrizione, con annullamento senza rinvio, dunque, agli effetti penali, ha annullato con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello, quanto agli effetti civili, ritenendo fondata la censura inerente alla mancata descrizione della condotta colposa rimproverata all'imputato. La Corte ha ritenuto che, ferma restando la competenza per il rischio del medico, la mancanza di conoscenza in ordine al modo in cui egli era intervenuto sul paziente (se con uno strumento meccanico o con uno elettronico) non permetteva di individuare le regole cautelari che ne governavano l'azione e, quindi, di fondare il giudizio di responsabilità.

Nel caso di specie, peraltro, la Corte ha formulato un ulteriore, rilevante principio: ovvero, che non può ritenersi individuata la regola cautelare quando il giudice si limita a fare ricorso ai concetti di prudenza, perizia e diligenza senza indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso che tali regole cautelari imponevano di adottare. **Prudenza, diligenza e perizia non sono vuote formule che basta evocare per risolvere il problema dell'accertamento della condotta colposa. Piuttosto, sono concetti categoriali che, nei singoli casi, devono tradursi in puntuali indicazioni comportamentali**, prodotto delle specifiche circostanze, in presenza delle quali si svolge l'attività pericolosa.

Nella vicenda all'esame in quel processo, la Corte di cassazione ha ritenuto che la motivazione in ordine all'identità della condotta colposa fosse meramente apparente: vi si affermava che l'imputato non era stato prudente nell'uso dello strumento, ma non si erano descritti i parametri che rendono l'uso dello strumento più o meno prudente e tale ambiguità sul tipo di strumento adeguato aveva determinato l'impossibilità di individuare la regola cautelare violata (essendo evidente, infatti, che un trapano o uno scalpello vanno utilizzati osservando regole tecniche diverse da quelle che indirizzano l'uso di uno strumento ad ultrasuoni); inoltre era stata inadeguata la ricostruzione dell'azione chirurgica messa in campo dall'imputato. La Corte di Appello si era limitata a ripetere più volte uno schema incompleto: poiché la lesione del vaso arterioso era stata conseguenza dell'intervento chirurgico, essa era stata determinata da un'imperita e/o negligente manovra chirurgica dell'imputato. Al contrario, quel giudice avrebbe dovuto indicare le modalità che prudenza e perizia prescrivevano nella fattispecie ed individuare l'errore di esecuzione. Inoltre, la Corte di Appello non aveva operato una scelta tra le alternative in campo, tra l'ipotesi, cioè, di un trauma diretto (produzione di una lacerazione corticale mediante le manovre chirurgiche) e quella di un trauma indiretto (esercizio di un'eccessiva compressione della teca cranica).

Anche l'asserita esistenza di una nozione di comune esperienza, per la quale "in persone di età avanzata lo spessore della teca cranica è generalmente inferiore a quello di soggetti più giovani", mancava di conforto nel sapere scientifico veicolato nel processo, atteso che, anche ove ciò rispondesse al notorio (quanto meno della scienza medica), non per questo poteva assurgere a precisa regola esecutiva da osservare nel caso concreto.

In altri termini, bisogna dare contenuto alla regola che **non** va individuata come **regola del caso concreto, ma come regola per il caso concreto**.

Proprio tornando sui concetti di **perizia, prudenza e diligenza**, va ricordato che essi costituiscono i parametri di giudizio del comportamento descritto dalla regola cautelare, nei casi di colpa c.d. generica.

Ma cosa s'intende per perizia, prudenza e diligenza con cui si è soliti identificare la c.d. colpa generica?

Nel codice penale non abbiamo una definizione di ciò che dà vita alla colpa generica. È stata la dottrina a ricercarne i tratti caratteristici, anche se, sulla effettiva riconoscibilità di tre diverse forme di comportamento colposo non vi è neppure concordia: alcuni studiosi ritengono che la colpa si risolva comunque in una negligenza; altri sostengono la fondatezza della distinzione.

Nella giurisprudenza di legittimità si rinvencono risalenti tentativi di definizione.

Così, l'imprudenza è stata identificata nella realizzazione di un'attività positiva che non si accompagna nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui ²⁵, laddove la negligenza ricorrerebbe in corrispondenza di un *non facere*. Con specifico riferimento alla responsabilità sanitaria si è sostenuto che l'errore diagnostico è frutto di imperizia ²⁶; mentre la scelta compiuta dal sanitario il quale, tra due possibili modalità d'esecuzione di un intervento chirurgico, abbia preferito quella ritenuta più agevole ancorché maggiormente rischiosa, integra gli estremi della condotta imprudente ²⁷.

Tuttavia, la Corte di cassazione ha dovuto registrare la difficoltà di procedere ad una soddisfacente delimitazione concettuale delle tre ipotesi, in assenza di indicazioni tassative da parte della scienza penalistica e ha affermato, quanto alla responsabilità sanitaria (ma con riflessi oltre tale settore) che, allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) non offre un soddisfacente strumento euristico. Infatti, ancora «si registra una 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» ²⁸.

Altro profilo problematico è che la regola cautelare alla stregua della quale deve essere valutato il comportamento del garante non può esser rinvenuta in norme che attribuiscono compiti senza individuare le modalità di assolvimento di essi, dovendosi, invece, aver riguardo esclusivamente a norme che indicano con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare il verificarsi dell'evento²⁹. L'obbligo di diligenza e l'obbligo di adottare particolari cautele non sono però del tutto indipendenti tra loro. La norma di dovere risponde alla domanda "*chi deve fare?*"; la regola cautelare dà risposta alla domanda "*come si deve fare?*"? Esse devono essere formulate insieme, perché se risuonassero isolate sapremmo chi deve fare qualcosa, ma non come deve farlo; oppure come deve essere fatto qualcosa, ma non chi deve farlo.

Infine, come avviene all'interno del processo penale, si arriva alla verifica dell'**elemento soggettivo** della colpa.

Anche questo è un segmento nel quale spesso si assiste a fraintendimenti.

²⁵ sez. 4, n. 5576 del 21/5/1985, *Cannella*, Rv. 169631

²⁶ sez. 4, n. 57 del 30/10/1998, dep. 1999, *Capelli*

²⁷ sez. 4, n. 45126 del 6/11/2008, *Ghisellini*

²⁸ sez. 4, n. 23283 del 11/5/2016, *Denegr*

²⁹ sez. 4, n. 12478 del 19/11/2015, dep. 2016, *Barberi*, Rv. 267813-01, sisma L'Aquila

Nella concezione normativa della **colpa** si ha la **scomposizione** di questa in una misura oggettiva e in una misura soggettiva. La colpa, cioè, in base alla formula legale rinvenibile nell'art. 43, cod. pen., presenta un tratto di carattere eminentemente oggettivo e normativo, come visto incentrato sulla condotta posta in essere in violazione di una norma cautelare che esprime la funzione di orientare il comportamento dei consociati e l'esigenza di un livello minimo ed irrinunciabile di cautele; e un altro, di natura più squisitamente soggettiva, solo indirettamente adombrato dalla definizione legale, che serve a segnare il confine con l'imputazione dolosa.

Esso è generalmente individuato «nella capacità soggettiva dell'agente di osservare la regola cautelare, ossia nella concreta possibilità di pretendere l'osservanza della regola stessa: in poche parole, nell'**esigibilità del comportamento dovuto**. Si tratta di un aspetto che può essere collocato nell'ambito della colpevolezza, in quanto esprime il rimprovero personale rivolto all'agente e costituisce un profilo della colpevolezza colposa al quale la riflessione giuridica più recente ha dedicato molta attenzione, nel tentativo di rendere personalizzato il rimprovero dell'agente attraverso l'introduzione di una doppia misura del dovere di diligenza, che tenga conto non solo dell'oggettiva violazione di norme cautelari, ma anche della concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola, valutando le sue specifiche qualità personali ³⁰.

Con una formula che sintetizza efficacemente la ricostruzione sopra tratteggiata, si è affermato che il rimprovero colposo riguarda la realizzazione di un fatto di reato che poteva essere evitato mediante l'esigibile osservanza delle norme cautelari violate³¹.

La disamina è stata necessariamente veloce. Spero, tuttavia, di essere riuscita a dare conto di come si muove la giurisprudenza di legittimità lungo un percorso che ho tentato di tracciare idealmente e che ha come fine ultimo quello di raggiungere una soddisfacente personalizzazione dell'illecito colposo, affinché siano bandite forme di responsabilità da posizione o oggettiva. Non è un percorso semplice, perché è sempre in agguato la preoccupazione di contenere gli spazi di una responsabilità sempre più pervasiva che si accompagna ai mutamenti della nostra società. Lo stesso progressivo abbandono della figura dell'agente modello, più che rappresentare l'esito di una riflessione di tipo teorico, sembra piuttosto il precipitato di tale preoccupazione e della correlata esigenza di ottenere risposte giudiziali che siano in grado di assicurare maggiore determinatezza alla imputazione colposa.

Gabriella Cappello

³⁰ in motivazione Sez. U, n. 38343 del 2014, *Espenhahn*, richiamata in sez. 4, n. 12175 del 3/11/2016, dep. 2017, *Bordogna* e sez. 4, 22022 del 22/2/2018, *Tupini*

³¹ in motivazione, sez. 4 n. 12478 del 19-20/11/2015, *Barberi*; n. 12175/2017, *Bordogna* cit.