

## IN TEMA DI COLPA. UN BREVE GIRO D'ORIZZONTE

di Giovannangelo De Francesco  
(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. La colpa tra regole cautelari generiche e codificate. – 2. La colpa come forma di colpevolezza e il carattere 'strumentale' delle regole cautelari alla luce del parametro dell'*homo eiusdem professionis ac condicionis*. Inammissibilità di una valutazione in chiave oggettiva 'tipica' fondata sulla 'miglior scienza ed esperienza'. – 3. La personalizzazione della colpa e la sua influenza sull'insieme delle dinamiche di imputazione dell'evento. – 4. Due problematiche diverse, ma entrambe peculiari: il caso fortuito e la colpa per assunzione. – 5. La tesi secondo la quale 'non c'è dolo senza colpa'; considerazioni critiche e proposte di soluzione. – 6. La complessa tematica dell'attività medico-chirurgica: tra posizioni di garanzia, regole cautelari, ed inammissibilità di un' 'astensione' da parte del medico in presenza di condizioni d'incertezza – 7. Il carattere di 'alternatività strumentale' delle regole dell'arte medica e le differenze rispetto ad altri tipi di attività rischiose. Le recenti leggi in materia di colpa medica e il loro contributo alla 'riduzione della complessità'. – 8. La c.d. 'misura soggettiva' della colpa. Ragioni della preferenza per un più ampio riconoscimento – anche in sede normativa - di determinate circostanze 'scusanti'. – 9. *Culpa in illicito*: indicazioni essenziali per una corretta impostazione del problema.

1. È a tutti ben noto come la categoria della colpa continui a presentare uno spessore problematico difficilmente comparabile con quello che caratterizza gli altri elementi del reato. Ed anche di recente<sup>1</sup> non si è mancato di evidenziare, prendendo spunto dai problemi connessi all'attuale fenomeno epidemico, come la rilevanza, tutt'altro che trascurabile, attribuita ancor oggi alla colpa 'generica' ponga di fronte ad interrogativi sempre più allarmanti in ordine al suo concreto ambito di estensione, facendo apparire incerta ed aleatoria – in assenza di regole 'codificate' – la pretesa di ravvisare, al momento della condotta, percorsi cautelari in grado di orientare verso la scelta maggiormente conforme alle esigenze preventive.

La soluzione 'ideale', in presenza di simili difficoltà, sembrerebbe davvero essere quella consistente nel privilegiare nella misura più ampia possibile la forma 'specificata' della colpa, fino ad arrivare, al limite, a decretarne la progressiva

---

<sup>1</sup> Cfr. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26.4.2020.

‘sostituzione’ alla colpa generica. La perenne aspirazione del penalista alla predeterminazione tassativa dei confini dell’illecito non può non avvertire la particolare forza di richiamo di una simile prospettiva, la cui valenza garantistica appare, del resto, esaltata in forma paradigmatica dal tentativo di ‘ingabbiare’ la stessa attività medico-chirurgica – campo privilegiato di regole non scritte – negli schemi di ‘linee-guida’, ‘protocolli’, *et similia*, con l’intento di circoscrivere la discrezionalità valutativa del giudicante<sup>2</sup>. Per di più, la figura della colpa specifica sembra prestarsi in maniera esemplare ad accreditare l’idea (oggetto di vasti consensi) di attribuire alla colpa un profilo rilevante in termini di ‘tipicità’, in modo da soddisfare, sul piano processuale non meno che su quello sostanziale, l’interesse ad un controllo il più possibile rigoroso dei confini della responsabilità.

Senonché, malgrado tali considerazioni, pare proprio che della colpa generica – pur ‘maneggiata’ con le debite ..... cautele – non sia impresa facile sbarazzarsi. Non solo è tuttora poco realistico pretendere di disciplinare con regole scritte i mille gesti quotidiani potenzialmente rischiosi (e che del resto consuetudini da tempo diffuse si mostrano tuttora in grado di ‘pilotare’<sup>3</sup>); è altresì difficile arrivare ad ipotizzare, addirittura, la scomparsa di regole positive ‘elastiche’ nel campo delle attività ‘tecnicamente’ qualificate, come ad es. la circolazione stradale, malgrado tali regole rinvino, com’è ben noto, ad apprezzamenti non dissimili da quelli utilizzati nel settore della colpa generica.

Inoltre, lo stesso ‘principio di affidamento’ – che, col delimitare i compiti di ciascun soggetto partecipante alle diverse attività, parrebbe segnare ‘tipicamente’ i confini della dovuta diligenza – presenta, come molti dei suoi fautori riconoscono, dei margini di apprezzamento necessariamente flessibili, in funzione delle mutevoli circostanze in cui il medesimo principio deve ricevere di volta in volta applicazione<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> In argomento, ampiamente, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 229 ss.; A. R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino 2012, 177 ss. e *passim*. Autorevolmente, G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di M. Donini – R. Orlandi, Bologna 2013, 49 ss..

<sup>3</sup> V. F. Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino 2018, 320 s., ed altresì F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova 1993, 242 ss..

<sup>4</sup> In tema, pur con differenti accentuazioni circa i vincoli emergenti dal suddetto principio, cfr. M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997, come pure L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 488 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 424 ss. G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 272 ss.; F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 536 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell’evento. L’abbrivio dell’imputazione colposa*, in *Criminalia* 2015, 519 ss.; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 187 ss., 236 ss., 312 ss., 342 ss.; C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, in *ED, Annali X – 2017*, 238 ss.; L. Risicato, *L’attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L’obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013; C. Silva, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell’attività medica di équipe*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino 2017, 455 ss..

Ed infine, anche nell'ambito delle attività pericolose maggiormente debitorie degli sviluppi della 'modernità' (si pensi al campo del lavoro e della produzione industriale) – nelle quali si avverte l'esigenza di poter contare al più presto su criteri di governo dei 'rischi' congruamente formalizzati – il progressivo evolvere delle conoscenze e delle verifiche sperimentali circa la natura e ed entità di simili rischi fa sorgere la necessità di elaborare di continuo strategie di contenimento dei medesimi prima ancora della loro consacrazione in modelli rigorosamente definiti<sup>5</sup>.

2. Tutto ciò considerato, parrebbe dunque più ragionevole cercare tuttora di bilanciare le esigenze preventive con il profilo 'personalistico' dell'imputazione colposa mediante una oculata suddivisione in corrispondenti figure di agenti-modello di

---

<sup>5</sup> In proposito cfr. N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli 2012, 46 ss. Si veda poi l'interessante volume a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, su *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa 2015. Nel contesto della responsabilità da prodotto cfr. l'ampio volume di C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004. Le tematiche in esame risultano sovente intrecciate alle analisi riguardanti il principio di precauzione come possibile scaturigine di regole cautelari; al riguardo, e pur non affrontando in questa sede un esame specifico di tali questioni, merita ricordare anche gli studi di D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012, 67 ss., 132 ss.; F. Consorte, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino 2013; E. Corni, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino 2013, spec. 153 ss.; G. A. De Francesco, *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *DPP* 2012, 668 ss.; F. Giunta, *Il volto attuale dell'illecito colposo: dovere di diligenza, regole cautelari e principio di precauzione*, in *La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa 2019, 69 ss.; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi della responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli 2012, 153 ss.; A. Orsina, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale. Il TUSL come laboratorio di soluzioni al problema dell'esposizione professionale ad agenti patogeni*, Torino 2015, 54 ss.; E. Penco, *Limiti-soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative, dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *RIDPP* 2019, 215 ss.; A. Perin, *Prudenza*, cit., 79 ss., 354 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP* 2008, 651 ss.; C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale: genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milano 2006, 1751 ss. Nel quadro di scenari di più vasta portata cfr., tra gli altri, i volumi collettanei: G. A. De Francesco e 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; L. Foffani, A. Doval Pais, D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Milano 2014.

Eccessivamente sbilanciata verso una visione pressoché risolutiva del ricorso alla colpa specifica, oppure all'esistenza di consuetudini sociali rigidamente consolidate, ci sembra la concezione di D. Micheletti, *La responsabilità del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *www.disCrimen.it*, 8.5.2019, 20 ss. e *passim* (in argomento, v. già F. Giunta, *La legalità della colpa*, in *Criminalia* 2008, 165 ss.); per alcune critiche al riguardo, cfr. A. Perin, *Prudenza*, cit., 74 ss., 226 ss., 322 ss., 366 e nt. 107, il quale, sulla scorta del principio di affidamento, ritiene di dover giustapporre alle regole già definite quelle emergenti da un processo di concretizzazione (piuttosto che di personalizzazione) sviluppato sulla base di un giudizio in termini di colpa grave.

quanti si trovino ad esercitare le attività poc'anzi richiamate<sup>6</sup>. Da tale punto di vista, come si è già evidenziato in altra sede<sup>7</sup>, parrebbe tuttavia consigliabile far orbitare pur sempre la valutazione della colpa nella sfera del giudizio di colpevolezza. Se è vero che – come autorevole dottrina (Tullio Padovani, in particolare<sup>8</sup>) ha opportunamente avvertito – le regole cautelari devono poter esprimere un coefficiente ‘strumentale’ collegato all’interesse (ad un tempo, del singolo e dell’ordinamento) ad evitare il risultato offensivo, sembra invero difficile poter prescindere dal riconoscimento in capo al soggetto della capacità personale di ‘utilizzare’ un simile strumento in vista dell’obiettivo di impedire il verificarsi di un simile evento.

D'altra parte, una volta ammesso che possono darsi diversi ‘livelli’ di agente all'interno di una medesima categoria di attività pericolosa – sì da doversi differenziare i precetti comportamentali che li riguardano – appare quanto meno problematico giungere a postulare una serie di *distinti ‘fatti tipici’* (colposi) in funzione dei soggetti di volta in volta chiamati ad adeguarsi alle esigenze cautelari<sup>9</sup>.

Né pare convincente, d'altronde, il tentativo di accreditare la rilevanza di uno *standard* unitario ‘massimo’ di diligenza doverosa, espresso dalla c.d. migliore scienza ed esperienza del momento storico, in guisa di piattaforma comune rispetto ad una successiva ‘individualizzazione’ del rimprovero per colpa<sup>10</sup>. Invero, a parte la (giusta)

---

<sup>6</sup> La letteratura in materia è sterminata. La riassumono recentemente monografie come quelle di A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale del rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 186 ss. e *passim* (il quale contesta la figura dell'agente-modello, incontrando tuttavia alcune perplessità da parte di M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 140 nt. 31); M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 64 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 330 ss., 503 ss. e *passim*; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 139 ss. (il quale prospetta la rilevanza del c.d. *homo eiusdem* in sede di colpevolezza); A. Perin, *Prudenza*, cit., 68 ss., 146 ss., 206 ss., 231 ss. In precedenza cfr. G. Forti, *Colpa*, cit., 237 ss.; F. Giunta, *Illiceità*, cit., 125 ss. (che espone a critiche severe l'idea dell'agente-modello; v. anche Id., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *RIDPP* 1999, 96 s., nonché S. Grosso, *Alla ricerca*, cit., 159 ss., e, in precedenza, V. Attili, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *RIDPP* 2006, 1251 ss., con particolare riguardo, tuttavia, all'influenza derivante dagli sviluppi della 'postmodernità'). Per un'ampia teorizzazione del criterio dell'agente-modello, diffuso anche in giurisprudenza, cfr. G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 193 ss., sulla scia di H. Mannheim, *Der Masstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Breslau, 1912, 41 ss. e di M. Gallo, (ora in) *Appunti di diritto penale*, II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico (con la collaborazione di M. Amisano)*, Torino 2001, 156 s.

<sup>7</sup> G. A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 448.

<sup>8</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 262. Sul carattere strumentale delle regole cautelari v. anche L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *CP* 2005, 4111; A. Nappi, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *CP* 2004, 4297; G. Pavich, *La colpa penale*, Milano 2013, 133 ss.

<sup>9</sup> In merito, cfr. i puntuali rilievi di A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 152 s., 161.

<sup>10</sup> Per tale impostazione, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova 2020, 364 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 260, ed altresì M. Grotto, *Principio*, cit., 397 ss., come pure, con alcune significative varianti, S. Grosso, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari*, in *RIDPP* 2016, 170 ss., 174 ss. Per un riesame critico di tale opinione cfr., per tutti, di recente, A. Perin, *Prudenza*, cit., 78 s., 207 ss. E' d'altronde ben noto che una siffatta versione della 'doppia misura' della colpa non appare condivisa dall'opinione maggioritaria, la quale, pur orientandosi a favore di un duplice piano di valutazione, assume la tipicità del fatto

pretesa di non rendere immune da colpa chi si trovi in possesso di tali qualità superiori – pretesa non difficile da soddisfare, una volta che la valutazione della colpa venga appunto ad adeguarsi a tale (più elevato) modello di riferimento<sup>11</sup> – l'idea stessa di ammettere che la violazione della massima diligenza debba giocare a sfavore dei soggetti meno esperti e 'dotati' suscita obiezioni di non poco momento; in effetti, sebbene l'ordinamento consideri ammissibile (ed anzi promuova) lo svolgimento dell'attività anche da parte di soggetti che non si pongano 'al vertice' delle capacità ed attitudini in quel certo ambito professionale, questi ultimi verrebbero considerati in una luce più sfavorevole (trasgressione della regola, ed esclusione del solo profilo 'soggettivo' dell'addebito), pur quando si siano uniformati al livello richiesto dalla propria categoria di appartenenza. Andando al concreto: ipotizzando che un medico specialista, per quanto abilitato ad eseguire determinati interventi chirurgici, non presenti il livello massimo delle cognizioni e ed abilità in possesso del Nobel per la medicina nel settore corrispondente, sarebbe tuttavia irragionevole affermare ch'egli abbia operato (per questa sola ragione) *contra diligentiam*, visto e considerato che la sua posizione risultava pur sempre professionalmente 'qualificata' in relazione al tipo di prestazione concretamente rivolta a beneficio dell'altrui salute.

3. Una volta operati simili chiarimenti (e rinviando a un momento successivo per alcuni aspetti ulteriori inerenti alla c.d. 'doppia misura' della colpa) conviene adesso approfondire quanto si è poc'anzi avvertito circa la difficoltà di 'moltiplicare' le valutazioni di 'tipicità' in funzione dei singoli *homines eiusdem professionis ac*

---

colposo come coincidente con il criterio dell' agente-modello; tra i molti, cfr. G.V. De Francesco, *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *RIDPP* 1991, 134 ss.; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2014, 579 ss. G. Forti, *Colpa*, cit., 234 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano 1995, 427 ss. Tale seconda opinione, tuttavia, risulta anch'essa criticabile, in ragione dell'inaccettabilità, or ora posta in evidenza, di una plurima tipicità differenziata per 'modelli'.

<sup>11</sup> Al proposito, è bene precisare (per quanto ovvio possa sembrare) che il richiamo al possesso di cognizioni o capacità superiori, tali da incarnare eventualmente la miglior scienza ed esperienza concretamente disponibili, non debba essere confuso con il tipo di verifica riguardante il rapporto di causalità (esattamente, sul punto, A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli 2013, 309). La valutazione, ai fini della colpa, dovrà svolgersi in ogni caso in una prospettiva *ex ante*; essendo, del resto, ben possibile escludere la (sola) colpa, laddove il soggetto più 'esperto' abbia pur sempre causato l'evento. L'equivoco potrebbe invero dipendere dalla circostanza che, comparando la condotta di chi non possieda tali superiori conoscenze con quella, ipotetica, di colui che fosse in grado di disporne, si giunga implicitamente a supporre che quest'ultimo avrebbe comunque evitato il risultato offensivo. A ben vedere, lo si ripete, non si potrebbe tuttavia escludere che anche, ad es., il massimo specialista in un determinato settore – od anche colui che solo 'occasionalmente' (in virtù di maggiori conoscenze 'ontologiche') si fosse reso conto di un pericolo ignoto ai più - non riesca ad impedire, pur osservando le cautele suggerite dal proprio 'modello' di riferimento, la realizzazione dell'evento lesivo.

*condicionis*. In una serie di scritti Massimo Donini<sup>12</sup> ha ritenuto, in particolare, di dover precisare che le regole concernenti i soggetti in questione devono essere considerate in una prospettiva *ex ante*, alla stregua di un parametro di 'tipicità soggettiva'; mentre, laddove si discuta degli ulteriori problemi dell'imputazione dell'evento (concretizzazione del rischio, comportamento alternativo lecito – c.d. causalità della colpa – e via dicendo) si tratterebbe di definire la rilevanza degli aspetti 'oggettivi' del fatto colposo, come tale apprezzabile soltanto *ex post*, e dunque in una prospettiva autonoma e distinta rispetto alla suddetta dimensione soggettiva<sup>13</sup>.

Al proposito, si delinea, tuttavia, la necessità di operare un chiarimento. Ed invero, è lo stesso Donini ad avvertire che i profili da ultimo ricordati dovranno essere pur sempre "applicati" a quella medesima condotta soggettivamente tipica<sup>14</sup>. Il che, se non andiamo errati, non può non significare ch'essi devono mutuare una tipicità differenziata da quello stesso modello cautelare diversificato che dovrebbe presiedere all'individuazione della cautela di volta in volta corrispondente al parametro dell'*homo eiusdem* (per di più concepito da Donini come maggiormente individualizzato rispetto al criterio dell'agente-modello) che si assume riferibile all'agente concreto. Ne deriva, in buona sostanza, che verrebbe dunque a prospettarsi nuovamente una molteplicità di valutazioni 'tipiche' anche sul terreno della ricostruzione dei nessi con l'evento; con l'ulteriore conseguenza che quell'aspirazione a giudizi differenziati che qualifica, per concorde opinione, il momento personalistico della colpevolezza, verrebbe ad essere riconosciuta (salvo, come talora si sostiene, un maggior grado di

---

<sup>12</sup> M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 147 ss., 151 ss.; Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13.5.2019, 9 ss., dove ci si accosta al già citato volume di A. Canepa, orientando il criterio dell'*homo eiusdem* verso un piano di valutazione in grado di svilupparsi in direzione di un'ulteriore soggettivizzazione del rimprovero; Id., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 360 ss. e *passim*; Id., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *RIDPP* 2018, 1608 s., all'interno un più ampio scenario sistematico e politico-criminale.

<sup>13</sup> Cfr. M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 151 s.

<sup>14</sup> Così M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 152 e 143 nt. 35. Pensiamo, in definitiva, che con l'alludere ad una dimensione c.d. oggettiva l'Autore venga essenzialmente a riferirsi, riguardo ai problemi d'imputazione dell'evento, ad una valutazione *in concreto* del nesso rilevante: salva restando, in effetti, in tutto e per tutto, la configurazione secondo un metro soggettivo della condotta colposa (sul punto cfr. anche C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 577). In un'ottica maggiormente permeata dal tema della garanzia dell'irretroattività delle regole di diligenza, cfr. poi P. Veneziani, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Reato colposo*, cit., 305, dove vengono riprese alcune osservazioni già svolte dal medesimo Autore nello scritto monografico su *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 73 e *passim*. Peraltro, secondo l'Autore, non dovrebbe escludersi la possibilità di ricostruire l'esistenza di un'altra regola cautelare che avrebbe potuto impedire l'evento (v. anche G. Forti, *Colpa*, cit., 684), cosicché il rapporto *ex ante-ex post* verrebbe, in simili casi, ad essere pur sempre salvaguardato. La tesi non è tuttavia esente da possibili rischi: la 'rideterminazione' della cautela necessaria potrebbe invero fungere da anticamera per una surrettizia neutralizzazione del riferimento all'*homo eiusdem* per il tramite del 'subentro' *iussu iudicis* di un modello di condotta diligente maggiormente 'disponibile' ad un suo utilizzo ai fini del riconoscimento della 'causalità della colpa' (altrimenti contestabile) in capo a colui che non l'avesse adottato. Per ulteriori riferimenti alla tematica del c.d. 'comportamento alternativo lecito', si rinvia ai contributi indicati nella nt. 30.

generalizzazione) per decretare la stessa rilevanza tipica del fatto, 'modellandola', anche quanto al rapporto con l'evento, in funzione di dati che sembrano in verità trascendere la tendenziale omogeneità delle valutazioni che dovrebbero marcare la sua posizione sistematica.

Per noi, che collochiamo la colpa nell'ambito della colpevolezza, le conseguenze or ora ipotizzate si rivelano – com'è agevole comprendere – del tutto in linea con le premesse<sup>15</sup>. E così, ci sembra, in primo luogo, perfettamente ragionevole che, ad es., l'operato di un medico subalterno (il famoso 'coscienzioso internista' evocato da Marinucci<sup>16</sup>), di un principiante neopatentato, o di un lavoratore recentemente assunto da un'impresa edilizia, non possa che essere valutato alla stregua delle capacità in loro possesso: di modo che, qualora costoro si siano attenuti a quanto di meglio si poteva da loro esigere nelle circostanze date (il medico aveva scrupolosamente seguito le indicazioni ricevute, che non erano valse tuttavia a contrastare un improvviso aggravamento della malattia, ed altrettanto aveva fatto il dipendente che si era tuttavia imbattuto in un fattore di rischio a cui non era 'preparato'; mentre il giovane principiante aveva bensì attuato una manovra di emergenza, ma senza praticarla con il livello di perizia proprio del guidatore 'consumato') sembra coerente ritenere che tali soggetti non siano comunque rimproverabili per colpa. Di poi, ed in secondo luogo, laddove, viceversa, gli autori della condotta avessero disatteso i compiti loro affidati, sembra ugualmente fondato ritenere che anche il giudizio circa i rapporti con l'evento non possa che essere operato in relazione al contesto lesivo accompagnatosi a tali violazioni, dovendosi altresì verificare quanto sarebbe accaduto qualora fossero state rispettate le cautele corrispondenti ai modelli di agente di volta in volta applicabili ai soggetti in questione (e non già, in ipotesi, quelle riferibili a soggetti più esperti e professionalmente attrezzati).

---

<sup>15</sup> Non persuade al riguardo la ritenuta "futilità" del problema dell' "inquadramento dommatico" della colpa (cfr. G. Marinucci, *La responsabilità*, cit., 64). A parte la dichiarata preferenza (cfr. Id., *La responsabilità*, cit. 64 s.) nei confronti dell'appartenenza della colpa alla sfera della colpevolezza, resta il fatto che dall'inquadramento suddetto non possono non dipendere una serie di conseguenze applicative di indiscutibile rilievo (cfr., ad es., e senza peraltro negare momenti di reciproca interazione con le logiche del processo, F. Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino 2014, 234 ss.). Una simile circostanza si fonda, del resto, sulla considerazione più generale secondo la quale, a ben intenderla, la questione di cui si discute non appare il frutto di un esercizio puramente formalistico, venendo essa a ricollegarsi all'esistenza di determinate scelte di valore: scelte che tuttavia non sono in grado di dar vita, in quanto tali, ad un regime giuridico ad esse consentaneo, finché non si provveda a trasferirle in "concetti ordinatori" mediante una sistemazione dogmatica "funzionale alla loro realizzazione" (cfr., limpidamente, L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna 1985, 100).

<sup>16</sup> G. Marinucci, *La colpa*, cit., 197.

4. Una volta chiarite tali dinamiche di attribuzione della colpa, occorre tuttavia soffermarsi su un profilo particolarmente significativo, al fine di evitare possibili incertezze nel definire le regole cautelari di volta in volta configurabili. È difficile negare, in effetti, che tra queste regole ben possano figurare degli schemi di comportamento in linea di principio riferibili a tutti coloro che esercitino una determinata attività; in tal senso, il richiamo all'agente-modello dovrà, bensì, essere collegato al tipo di attività esercitata (es. circolazione stradale), ma senza che possa dirsi che la fisionomia del precetto cautelare possa mutare a seconda di determinate 'sottocategorie' quali quelle di cui si è poc'anzi discusso (guidatore principiante, ovvero già dotato di esperienza, ovvero provvisto di capacità ancor più elevate grazie al proprio mestiere di autista aduso a destreggiarsi nelle più svariate contingenze).

Si pensi al caso emblematico della frenata in presenza di strada ghiacciata (laddove sarebbe stato necessario ridurre al più presto, e di parecchio, l'andatura<sup>17</sup>): ognun sa (e certo, trattandosi di un guidatore, può e deve, a maggior ragione, sapere) che un simile comportamento si accompagna facilmente a uno sbandamento del veicolo, con conseguente grave rischio di incidenti. Ma si supponga, tuttavia, che quella formazione di ghiaccio, oltre a collocarsi dietro una piccola discesa (che non la rendeva avvistabile in tempo utile), si rivelasse assai difficilmente immaginabile data la stagione ormai calda, il bel tempo, e la zona pianeggiante. Ed allora: ipotizzando che la regola cautelare (non frenare in quelle circostanze) sia stata disattesa, come poter valutare la responsabilità di quel guidatore? Negare la violazione della regola non sembra possibile; ma nemmeno parrebbe ragionevole affermare l'esistenza della colpa. Piuttosto, a noi sembra, come in altra sede si è cercato di dimostrare<sup>18</sup>, che questo ed altri casi consimili possano essere decifrati facendo ricorso alla categoria – troppo spesso trascurata – del caso fortuito (art. 45 Cp). Senza pretendere di riconsiderare le molteplici interpretazioni di quella figura, si rivela congruo, in effetti, porla in relazione proprio ai casi in cui – non potendosi pretendere dal soggetto un impegno ad informarsi circa determinate circostanze, sì da 'porsi in condizioni' di osservare la regola – quest'ultima, *malgrado in sé e per sé caratterizzata da un significato preventivo di conclamata esperienza*, venga a perdere il proprio ruolo di orientamento rispetto al caso concreto.

Il fortuito determina uno iato, una frattura tra la regola (generica o codificata, non interessa) e la base cognitiva e tecnico-operativa che dovrebbe supportare il suo potenziale teleologico; ed è appunto in considerazione di questa particolare evenienza che tale fenomeno ha ricevuto un riconoscimento normativo *ad hoc*, per il tramite della disposizione sopra menzionata. Certo: ben si può ipotizzare (come del resto è

---

<sup>17</sup> Per tale esemplificazione cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 260.

<sup>18</sup> Cfr. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 455.

stato fatto<sup>19</sup>) che colui che abitasse nelle vicinanze di quel luogo, conoscendone le caratteristiche ed i rischi correlativi, potesse essere in grado di rispettare la regola: ma, per l'appunto, non versandosi qui in tema di causalità, è del tutto ragionevole ammettere che l'esclusione dell'addebito non possa estendersi a chi avesse contezza del pericolo, o, se si vuole, riconoscerne la responsabilità in quanto 'fortuitamente' a conoscenza di quel fattore di pericolo, senza per questo arrivare a postulare (contro ogni barlume di ragionevolezza) un corrispondente onere sul piano cognitivo destinato a gravare su ogni altro partecipante all'attività; così come, d'altronde (ma è soltanto un altro modo di esprimere il medesimo concetto) parimenti assurdo sarebbe postulare un eventuale obbligo di astensione dal porsi alla guida del proprio veicolo, prima di aver 'studiato' in anticipo tutte le singolarità caratterizzanti i percorsi che avrebbero dovuto essere seguiti per giungere a destinazione.

Tali ultime considerazioni appaiono utili per far luce su di un fenomeno, apparentemente analogo, ma in realtà non del tutto assimilabile a quello finora tratteggiato. In tutti i casi in cui un soggetto venga ad esercitare un'attività suscettibile di mettere di fronte a pericoli eccedenti le proprie capacità ed esperienze, si suole invero fare riferimento alla categoria - da tempo oggetto di ampie elaborazioni, specialmente in area tedesca - rappresentata dalla c.d. 'colpa per assunzione'<sup>20</sup>. Sennonché, già ad un primo approccio, chiara appare la differenza tra i fenomeni ricondotti a tale forma di colpa e quello su cui ci si è finora intrattenuti.

Circa i primi, con accurata e pertinente esemplificazione, Ferrando Mantovani<sup>21</sup> ha proposto gli esempi del "medico inesperto o del modesto geometra che si avventurano nella chirurgia d'avanguardia o nella costruzione di arditi ponti di cemento armato", oppure (cogliendone un nesso con la colpa per assunzione non sempre rimarcato a sufficienza) quello della "domestica da poco giunta" da un paese sottosviluppato e "da nessuno istruita sull'uso degli apparecchi elettrici", la quale, nel maneggiarli, abbia provocato un corto circuito con conseguente incendio.

Ebbene, in presenza di tali situazioni, oltre al fatto che le regole cautelari (da cui l'evento è scaturito) dovranno ritenersi violate, non v'è dubbio che sul soggetto che le abbia disattese gravasse, già *ab origine*, un dovere di astensione rispetto all'attività

<sup>19</sup> In proposito, sia pure facendo ricorso ad altri esempi (e con alcune varianti sistematiche a seconda della posizione sostenuta circa l'indole delle componenti assunte a fondamento della c.d. doppia misura della colpa), cfr., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 374; M. Romano, *Commentario*, cit., 428, nonché S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino 2011, 78; G. Forti, *Colpa*, cit., 272; M. Grotto, *Principio*, cit., 402.

<sup>20</sup> Cfr., tra i molti, T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 261; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2017, 302, ed altresì, con ulteriori riferimenti, D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1622 s.; Id., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo*, cit., 218; F. Giunta, *La legalità*, cit., 153; E. Mezzetti, *La colpa per assunzione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli 2010, 512 ss.; C. Piergallini, *Colpa*, cit., 244; N. Pisani, *La "colpa per assunzione"*, cit., *passim*; D. Piva, *Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione*, in [www.disCrimen.it](http://www.disCrimen.it), 9.9.2020.

<sup>21</sup> F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 373 - 374.

intrapresa, finché egli non si fosse posto all'altezza delle cognizioni ed abilità richieste dalle caratteristiche di quest'ultima. Tuttavia, a chi ben guardi, non sfuggirà come la valutazione inerente a simile dovere non possa venire propriamente assimilata alla dimensione cautelare propria delle singole regole di diligenza via via dislocate nel corso dell'attività. Piuttosto, sembra fondato ritenere che tale valutazione venga a mutuare il proprio contenuto deontologico dalla *rilevanza in termini complessivi e globali* del 'modello superiore' di agente in cui il soggetto era venuto ad immettersi. Il che, in buona sostanza, equivale allora a riconoscere che la formulazione di un rimprovero di colpevolezza non possa non implicare, in simili casi, (accanto alla violazione di singole regole) la verifica circa la relazione personale dell'agente con quel *profilo d'illiceità* - insito nell'aver assunto un impegno *ultra vires* - grazie al quale la suddetta 'qualificazione' in termini di divieto è destinata a rispecchiarsi nell'attività in cui è venuta a concretarsi la colpa del fatto. Con l'ulteriore ed importante corollario in base al quale, dandosi il caso di un errore da parte del soggetto in merito all'illiceità di una siffatta 'colpa per assunzione', dovrà dunque stabilirsi se tale errore debba o meno considerarsi 'evitabile', sì da doversi concludere, laddove esso appaia 'scusabile' (come nell'ipotesi della domestica), che il soggetto debba andare esente da pena in virtù del regime attualmente applicabile all'errore sull'illiceità del fatto. Si tratta invero di una soluzione, la quale, mentre da un lato si rivela pur sempre conforme ai contenuti del giudizio di colpevolezza, sembra consentire, dall'altro, di dotare di una più solida consistenza il fenomeno dell'errore sull'illiceità concernenti i fatti colposi: errore la cui rilevanza, sebbene positivamente riconosciuta<sup>22</sup>, rischia sovente di non venire chiaramente distinta dai parametri di giudizio circa la colpa del 'fatto'<sup>23</sup>, con la conseguenza di sconfessarne quella dimensione autonoma che, sia pure con le debite differenze, viene da tempo postulata riguardo alle condotte poste in essere con dolo.

5. L'insieme dei rilievi sinora svolti a proposito dell'individuazione del ruolo e della portata delle regole di diligenza e dei limiti all'imputazione delle condotte inosservanti inducono adesso a soffermarsi sul significato e sul fondamento della posizione teorica, autorevolmente patrocinata (da Giorgio Marinucci), secondo la quale non potrebbe sussistere 'il dolo' in mancanza della 'colpa'<sup>24</sup>: nel senso, così si

<sup>22</sup> V., per tutti, F. Palazzo, *Corso*, cit., 438 s., 449 ss.; F. Giunta, *La normatività*, cit., 110.

<sup>23</sup> Con riguardo alle regole derivanti da consuetudini sociali, sembra adombrare tale circostanza F. Giunta, *La normatività*, cit., 110.

<sup>24</sup> G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 26 ss.; Id., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *RIDPP* 2003, 375 ss. Per una discussione critica al riguardo cfr. C. Fiore, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *RIDPP* 2003, 386 nt. 17; A. Pagliaro, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1992, 795 ss., come pure S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 105 ss.; G.P. Demuro, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano 2010, 199 s.; M. Donini,

osserva, che, per ipotizzare la forma più grave di colpevolezza, dovrebbe richiedersi la necessità che la condotta dell'autore venga a porsi, già prima, in contrasto con un canone di diligenza in grado di supportare, nella forma meno grave della colpa, il contenuto di disvalore insito nel superamento di quel rischio consentito in cui la negligenza si esprime. Esempio paradigmatico, com'è ben noto, è, da tempi ormai risalenti, quello dello zio invitato dal nipote ad intraprendere un viaggio in aereo in modo da far sì che, in caso incidente, il malcapitato passeggero potesse trovare la morte<sup>25</sup>.

La ricorrente formulazione di tale esempio ha incontrato l'atteggiamento di derisione di una parte della dottrina, motivato dal suo carattere anacronistico e dall'influenza di una visione didascalica o 'di scuola' che dovrebbe, oramai, appartenere alle anticaglie della tradizione penalistica. Senonché, oltre al fatto che quell'esempio ed altri consimili hanno costituito l'ossatura e il sostegno argomentativo di una concezione di riconosciuto prestigio come quella della 'causalità adeguata', deve notarsi che il valore degli esempi non dipende dalla loro necessaria 'attualità', quanto piuttosto dalla capacità di rivelare o meno l'esistenza di una corretta percezione dei fenomeni che vi sono rappresentati, e soprattutto di portare ad evidenza possibili equivoci e fraintendimenti tuttora riscontrabili presso quanti s'interrogano sulle tematiche da essi implicate.

Da questo punto di vista deve dirsi, preliminarmente, che quel nipote non potrà considerarsi in dolo, semplicemente perché questo non può sussistere in mancanza di una reale rappresentazione del rapporto causale con l'evento. In sostanza, non essendo quel soggetto a conoscenza di una base fattuale in grado di conferire concretezza al verificarsi dell'evento, dovrà negarsi che egli abbia voluto utilizzare e sfruttare un potenziale eziologico effettivamente rappresentato, finalizzandolo alla realizzazione dell'offesa<sup>26</sup>; il suo sarà piuttosto un atteggiamento di 'speranza', di

---

*Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 57 ss.; Id. *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 316 ss., 329 ss.; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli 2012, 123 ss.; C. Piergallini, *Colpa*, cit., 240. Nel contesto di recenti ed assai ampie monografie cfr. M. L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020, 69 ss.; S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, Milano 2018, 214 ss.

<sup>25</sup> Per un'ampia riflessione circa il 'caso' ricordato cfr. G. De Vero, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1516 ss., il quale adotta un punto di vista peculiare, volto a sottolineare l'insufficienza della (pur legittima, secondo l'Autore) rivendicazione di un sostrato comune al dolo e alla colpa.

<sup>26</sup> D'altronde, pare francamente arduo cogliere le differenze tra l'ipotesi richiamata ed un altro possibile esempio, ritenuto da molti più 'aggiornato', e che dovrebbe mettere in forse la soluzione che andiamo prospettando: quello, cioè, "dell'assegnazione da parte del datore di lavoro, con volontà omicida, all'odiato dipendente di un lavoro particolarmente rischioso, da svolgere però nell'ambito tracciato dalle norme di sicurezza" (cfr., ad es., S. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., 108). E' difficile comprendere, per vero, le ragioni in base alle quali dovrebbero ipotizzarsi gli estremi del dolo, qualora il suddetto dipendente fosse un lavoratore specializzato in quel tipo di mansioni, e come tale in possesso di cognizioni e capacità operative adeguate alla bisogna; laddove ciò non fosse,

desiderio, di 'augurio', per quanto odioso ed esecrabile, ma non certo una scelta consapevole tale da integrare i coefficienti psichici del dolo.

Detto questo, una precisazione ulteriore s'impone. Si ipotizzi che l'aspirante omicida sapesse che un ingranaggio dell'aereo era stata sabotato da un gruppo terroristico, e che dunque la sua condotta consistente nel far imbarcare la vittima su quel velivolo venisse a fondarsi – questa volta sì – sulla rappresentazione del concreto nesso causale; nessuno potrebbe allora dubitare circa l'esistenza del dolo e la conseguente responsabilità del soggetto agente. Peraltro, sarebbe scorretto ritenere che nella situazione ora delineata il dolo potrebbe venire pur sempre ravvisato, sul (solo) presupposto che – fermo l'*animus nocendi* – si debba constatare l'esistenza di un atteggiamento imprudente nell'aver esortato a compiere quel viaggio. Invero, qualora l'aereo fosse stato sabotato, e il nostro nipote avesse invitato lo zio a salirvi *senza conoscere* il fattore di pericolo, il dolo, ancora una volta, dovrà ritenersi insussistente. Il pensiero omicida del nipote, unito ad una condotta da ritenersi imprudente, non saranno invero sufficienti a dar vita a tale coefficiente psicologico; semmai, potranno venire in considerazione, alla luce dello schema sistematico già in precedenza tratteggiato, le caratteristiche proprie di un fenomeno di 'caso fortuito'.

6. L'analisi finora svolta non può esimere, tuttavia, giunti a questo punto, dal compito di fornire alcune delucidazioni con riguardo ad una materia particolarmente problematica, e che ha da tempo interessato, non soltanto le elaborazioni della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza, ma anche, mediante interventi reiterati nel corso dell'ultimo decennio, la politica legislativa penale.

Vogliamo alludere al campo della responsabilità medico-chirurgica, le cui peculiarità – non soltanto riguardo alla verifica sul piano causale, ma anche, per l'appunto, relativamente alla valutazione della colpa – si possono apprezzare sotto molteplici punti di vista, che non è fuori luogo tratteggiare nelle loro linee essenziali. Anzitutto – e prima ancora di 'penetrare' nell'universo della natura e della fisionomia delle c.d. *leges artis* concernenti il settore sanitario – sembra opportuno segnalare la crescente influenza di determinati elementi 'di contesto', per così dire, che vengono a condizionare negativamente la concreta efficacia delle attività rivolte a beneficio della salute<sup>27</sup>. Al proposito, e rendendo finalmente giustizia all'importanza di simili fattori,

---

si dovrebbe infatti negare la premessa dell'intera argomentazione, ossia quella secondo cui il lavoro da compiere risultava nella specie condizionato al rispetto delle regole di sicurezza (il che non implica, peraltro – è il caso di precisarlo – che il dolo possa essere affermato sol che tali regole non risultino osservate, essendo altresì necessario, perché il dolo sussista, che la loro violazione debba venire coscientemente ricollegata alla possibilità di renderla funzionale alla realizzazione dell'offesa).

<sup>27</sup> Cfr., in vario senso, e con frequenti rilievi e spunti di riflessione in ordine ai complessi profili di rilevanza penale dei fenomeni indicati, R. Bartoli, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in RIML 2018, 797 ss.; Id., *Il diritto penale dell'emergenza* "a

contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive, in *www.sistemapenale.it*, 24.4.2020, 9, 12 ss.; A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova del COVID -19*, in *DPP* 2020, 448 s.; M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 160 ss., 206 ss.; Id., *Logiche e modi dell'esonazione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 22.6.2020, 5 ss.; Id., *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *RIML*, 2018, 357; D. Castronuovo, in *Reato colposo*, cit., 219; Id., *I limiti sostanziali del potere punitivo dell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 10.5.2020, 5 e nt. 13; M. Colacurci, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 24.4.2020, 1 ss.; G.A. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, in *RIML*, 2020, 990 ss.; O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017)*, in *RIML* 2018, 842 ss.; A. R. Di Landro, *Dalle linee guida*, cit., 272 ss. e *passim*; G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo*, cit., 118 ss.; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 888 ss.; G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2020 (4), 5, 11; A. Madeo, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino 2020, 61 ss., 85 ss., 146 ss., 168 ss., 236 ss., 242 ss.; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014, 44, 146 ss.; P. Pisa – G. Longo, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze 2010, 7 ss.; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *www.disCrimen.it*, 25.5.2020, 6 ss.; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 19.5.2020, 9 ss.

Deve peraltro ricordarsi che, secondo una tendenza non priva di contenuti innovativi, sarebbe consigliabile, per superare le manchevolezze cui si allude nel testo – e la conseguente, ingiustificata, sovraesposizione sul piano penale del singolo operatore sanitario – introdurre una responsabilità per 'colpa di organizzazione' delle strutture sanitarie: cfr. in particolare M. Colacurci, *Dai colletti ai camici bianchi*, cit., 17 ss. e *passim*; A. Madeo, *Modelli*, cit., 247 ss. (sulla colpa di organizzazione, cfr., tra i molti, C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in *Reato colposo*, cit., 166 s. e R. Blaiotta, *Sicurezza del lavoro e responsabilità dell'ente. Alla ricerca di una dogmatica*, in *Sistema penale* 2020 (5), 58 ss.; e, con soluzioni diverse, A. Fiorella, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di F. Compagna, Napoli 2012, 270 ss.; A. S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli 2019, 205 ss.; E. Villani, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione'*, Napoli 2016, spec. 236 ss. Sulle interferenze tra la colpa organizzativa e la posizione dei singoli individui cfr., ampiamente, V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 438 ss. V. altresì la panoramica 'a più voci' contenuta nei volumi a cura di R. Borsari, *Itinerari di diritto penale dell'economia*, Padova 2018, 243 ss. e *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova 2016). Prendendo indirettamente spunto da un rilievo degli Autori citati (v. M. Colacurci, *Dai colletti*, cit., 2 ss.; A. Madeo, *Modelli*, cit., 250 ss.) volto a temperare la rilevanza del noto limite alla responsabilità dell'ente fondato sul carattere 'economico' del medesimo, siamo tuttavia indotti a riflettere sulla complessiva legittimazione della categoria ora menzionata. In altri termini, parrebbe quasi che, passo dopo passo, di gradino in gradino, il problema di un'efficace predisposizione delle strutture, dei loro meccanismi di funzionamento, e dello svolgimento di adeguati controlli all'interno di ogni struttura, rappresenti un progetto di ingegneria politica e istituzionale destinato a protendersi ben oltre la specifica tematica della colpa di organizzazione quale coefficiente riferibile alla *societas* ex d.lgs. n. 231 (per una visione almeno in parte problematica di tale forma di colpa v. A. Alessandri, *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in *Responsabilità individuale*, cit., 262 ss. e, da un diverso punto di vista, A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *DPP* 2002, 1068 s.). È un problema 'pubblico', o comunque di rilevanza collettiva – mai risolto (né seriamente affrontato) in Italia – quello del perseguimento di un'assai maggiore efficienza dell'intera 'macchina amministrativa' e degli stessi modelli di governo delle entità pluripersonali: ed è un problema che supera le questioni della 'nuova dogmatica' dei tempi nostri, tra cui anche quella, per molti versi inafferrabile, della colpa di organizzazione. La costruzione del futuro sembra esigere un impegno prioritario nel saper finalmente porre rimedio ai 'mali di sempre': ed in tale prospettiva, più che verso

non sono in pochi oggi a lamentare con toni sempre più allarmati i ritardi e le disfunzioni organizzative dovute all'obsolescenza delle strutture esistenti, le lentezze burocratiche e le gravi trascuratezze nell'attività di approvvigionamento di farmaci e di strumenti terapeutici, le difficoltà nel garantire un tempestivo ed efficiente coordinamento tra i diversi operatori in vista di un necessario 'affidamento' reciproco nelle funzioni rispettivamente esercitate, l'incapacità di fronteggiare con un' appropriata azione terapeutica le situazioni di particolare urgenza, complice la scarsità del personale e la mancanza endemica di strategie preventive rispetto ad eventuali e più gravi emergenze, e così via dicendo: un insieme di fattori – è appena il caso di ricordarlo – venuto a manifestarsi in maniera drammatica in concomitanza con la recente vicenda epidemica, la quale ha messo a nudo una realtà sanitaria per troppo tempo lasciata in balia di scelte politiche ed amministrative del tutto inadeguate a fornire una risposta all'altezza dell'imperativo costituzionale di protezione della salute (art. 32 Cost.).

Orbene, non è fuori luogo sottolineare come il complesso di tali circostanze sia destinato ad incidere, prima ancora che sulla valutazione della colpa, sulla stessa definizione delle c.d. 'posizioni di garanzia'<sup>28</sup> rivestite dai componenti il personale sanitario. In altri termini, non è infondato ritenere che, nella misura in cui il quadro ed il 'contesto' che dovrebbe fare da sfondo allo svolgimento dell'attività risulti caratterizzato da una serie di carenze ed inadeguatezze nel predisporre le basi necessarie per un soddisfacente esercizio della medesima, la sfera delle attribuzioni proprie del 'garante' non possa che restarne, già di per se stessa, inevitabilmente condizionata: garante – vale la pena rimarcarlo, anche in vista di una definizione più rigorosa del quadro delle verifiche in sede processuale – non è colui cui venga affidato un impegno svincolato dalla situazione in cui è tenuto ad attivarsi, bensì colui che

---

la *colpa di organizzazione*, si dovrebbe puntare lo sguardo verso la *colpa nell'organizzazione* (a tutti i livelli, pubblici e privati), quale risvolto della mancanza di un'elaborazione aggiornata dei sistemi di disciplina dei 'comparti' in cui vengono ad innestarsi gli adempimenti collegati ai doveri di garanzia e la definizione delle conseguenti responsabilità.

<sup>28</sup> Oltre a quanto si dirà tra breve, per una tematizzazione delle posizioni di garanzia cfr. il classico quadro d'insieme tracciato da G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit., 640 ss.; F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *RIDPP* 2001, 337 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 210 ss., 416 ss. Per una rimediazione del tema cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, riv. e agg. da V. Militello, M. Parodi Giusino e A. Spina, Milano 2020, 408 ss. Un'impostazione peculiare si evince dall'ampia ed approfondita indagine di L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit. Sull'argomento v. d'altronde, gli studi di T. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano 1983, 61 ss.; C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali. Diritto penale societario*, Milano 2003, 22 ss., come pure di F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *DPP* 1999, 620 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999; G. Pavich, *La colpa*, cit., 219 ss.; A. Perin, *Prudenza*, cit. 187 ss., 251 ss., 276 ss. Sull'origine storica delle elaborazioni inerenti alla posizione di garanzia, cfr., di recente, G. Civello, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017, 223 ss.

venga chiamato ad intervenire, *secondo le possibilità obiettivamente esistenti*, nella maniera più consona all'interesse da tutelare. E non è un caso – come si è notato altrove – che, in presenza di situazioni riconducibili al campo delle c.d. 'scelte tragiche' (come quelle originate dalla necessità di curare più persone, laddove i mezzi disponibili risultino insufficienti) possa e debba intervenire la causa d'impunità rappresentata dalla 'forza maggiore' (art. 45 Cp)<sup>29</sup>; grazie alla quale, per l'appunto – e facendo salvo, beninteso, un adeguato riscontro circa i dati rilevanti in simili circostanze (quali l'età dei pazienti, le relative condizioni generali, le rispettive *chances* di sopravvivenza, etc.; e non senza osservare, tuttavia, che proprio l'urgenza e gli eventuali *deficit* organizzativi non potranno sempre garantire l'*optimum* dei controlli ipotizzabili) – la constatata impossibilità da parte del garante di adempiere simultaneamente a più obblighi impedirà di riconoscere nella sua condotta la violazione del dovere corrispondente alla 'posizione' rivestita.

Per altro verso – e questa volta, nell'ottica di una ricognizione 'in positivo', per così dire, degli interventi praticabili – non v'è dubbio che la posizione di garanzia debba essere implementata mediante l'individuazione di determinate condotte in grado di rendere operanti le incombenze che da tale posizione dipendono<sup>30</sup>. E

---

<sup>29</sup> V. anche, volendo, G. A. De Francesco, *Emergenza sanitaria*, cit., 992 s. e già prima Id., *Diritto penale*, cit., 231 s., 335 con specifico riguardo all'attività medico-chirurgica. In senso analogo v. A. Gargani, *La gestione*, cit. 891.

<sup>30</sup> Sul tema, per una compiuta teorizzazione, cfr. i rilievi già sviluppati a suo tempo da F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975, 142 ss. Peraltro, la circostanza che l'implementazione del dovere di garanzia si abbia attraverso il richiamo ad una serie di regole cautelari (ad es., quelle rivolte alla cura del paziente) non implica, a ben guardare, un effetto di integrale esaurimento del primo nell'ambito di una considerazione (*ex ante*) delle soluzioni conformi a diligenza. Si tratta – come ben si sa – di una questione assai dibattuta; ma l'impostazione più convincente sembra dover essere quella in base alla quale l'obbligo di garanzia – oggettivamente proiettato verso uno scenario impeditivo dell'evento sfavorevole – non esclude l'individuazione di ulteriori possibilità d'intervento, funzionali all'ottenimento dell'effetto sperato; sul punto cfr. A. Vallini, *La ricostruzione*, cit., 155-156, il quale formula, tra l'altro, l'ipotesi di un intervento chirurgico che in base alle *leges artis* apprezzabili *ex ante* risultava opportuno rinviare in considerazione dei rischi ad esso associati, e sia pur monitorando periodicamente la patologia – nella specie, un tumore benigno – ; un intervento che, tuttavia, data la crescita eccezionale ed inopinata di quel tumore, fosse tale da rivelarsi *ex post* come la soluzione (che sarebbe stata) preferibile per impedire un aggravamento delle condizioni del paziente (senza con ciò escludere – come sottolinea opportunamente l' A., *La ricostruzione*, cit., 156 e nt. 24 – l'eventualità che ad un mancato aggravamento *hic et nunc* della suddetta patologia venisse pur sempre ad accompagnarsi la realizzazione di effetti collaterali dovuti a quell'intervento, se attuato appunto 'precocemente').

Del resto, si parla non di rado di una componente di *Zufall* insita nelle dinamiche collegate all'imputazione della colpa (l'evento potrà o meno verificarsi in presenza di condotte tutte parimenti contrarie a diligenza: v., ampiamente, per tutti, N. Mazzacuva, *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in *Reato colposo*, cit., 40 ss.); una componente ravvisabile, d'altronde, anche nel caso in cui, *mutatis mutandis*, all'osservanza della regola segua sfortunatamente l'evento (e la penosa constatazione – da parte dello stesso autore – del fatto di averlo cagionato), mentre alla sua inosservanza non faccia seguito alcun esito offensivo (e nemmeno una sanzione 'minore', in ipotesi contravvenzionale o amministrativa). In un quadro del genere, non dovrebbe, allora, destare eccessivo stupore anche la terza possibilità sopra menzionata: ossia, l'eventualità che a un *modus operandi* di per sé non colposo non abbia tuttavia corrisposto una forma d'intervento tale da rivelarsi, *a posteriori*, maggiormente efficace, come pure – *ex adverso* – che a una condotta suscettibile di apparire

l'esigenza di tale implementazione – posta in particolare evidenza soprattutto con riguardo a determinati settori di attività pericolose – è stata, per di più, recentemente valorizzata, non soltanto in relazione alle condotte omissive, ma anche a quelle di tipo commissivo.

Come si è opportunamente sottolineato (ad es., da Rocco Blaiotta<sup>31</sup>) attività come quelle collegate all'esercizio di un'impresa – e, con frequenza ancora maggiore, quelle riscontrabili nel settore medico-chirurgico – concernono una serie di attribuzioni che non si esauriscono nell'*an* di determinati tipi di incombenze, ma si sostanziano, altresì, ed anzi in via preminente, nel *quomodo* e nelle forme del loro adempimento, e più ancora in quell'insieme di 'prestazioni' e tecniche d'intervento che costellano i variegati adempimenti ch'esse comportano; ne consegue, in buona sostanza, che le 'azioni' non in linea con le posizioni funzionali di volta in volta rilevanti finiscono anch'esse col denotare la mancata osservanza dei poteri-doveri inerenti al ruolo del rispettivo 'garante', in un rapporto sistematicamente del tutto affine e complementare rispetto agli eventuali profili 'omissivi' degli interventi richiesti.

Oltre a ciò, proprio nel campo medico-chirurgico, sembra delinearsi una sorta di 'momento omissivo' ancor più penetrante e significativo rispetto a quello riscontrabile in altri settori di attività. Non soltanto, invero, si tratta qui di intervenire su di un processo causale già innescato dalla 'causa' (ossia appunto, la malattia) il cui

---

'altrimenti' come colposa possa 'capitare' di inserirsi in un contesto maggiormente in linea con l'esigenza obiettiva di prevenire l'evento.

Non condivisibile, alla luce delle opinioni qui sviluppate, ci sembra invece l'"unificazione" – nell'ottica del 'giudizio ipotetico' circa il nesso con l'evento – postulata da parte di chi assume quale esclusivo criterio di valutazione quello connesso alla dimensione della condotta in quanto colposa: cfr. F. Viganò, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., 219 ss., 232 ss., 238 ss., 245 ss. Agita, se ben intendiamo, una questione analoga K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 305 ss. e *passim*, la quale, peraltro, valorizza l'opinione di L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2000, 1066 ss. Per una critica al riguardo, sia pur muovendo da premesse diverse da quelle qui sostenute, cfr. M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc.dir., Annali III*, Milano 2010, 689 nt. 160. La bibliografia sul comportamento 'alternativo' in tema di colpa e di omissione è d'altronde vastissima; ci limitiamo a rinviare a F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1288 ss.; R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino 2010, 85 ss. e *passim*; G. Caruso, *La c.d. causalità della colpa nel prisma dell'offensività del torto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., 235 ss.; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP*, 1999, 41 ss.; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, cit., 589 ss., 635 ss.; G. Forti, *Colpa*, cit., 659 ss.; F. Giunta, *Illiceità*, cit., 94 ss., 406 ss.; L. Gizzi, *Il comportamento*, cit., 4109 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., 370 ss., 385 ss.; G. Marinucci, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *RIDPP* 2009, 528 ss.; C. E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIML* 1992, 829 ss.; F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003, 280 ss.; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 287 ss.

<sup>31</sup> R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, 188 ss., 318 ss. Sulla questione cfr. pure P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 284. V., del resto, già in precedenza, i limpidi rilievi di C. Pedrazzi, *Profili problematici*, cit., 222 s.

corso si è tenuti ad *arrestare*. È, per di più, quasi altrettanto ovvio sottolineare come non sia neanche immaginabile (salvo che il paziente dissenta) una *possibile astensione* dall'attività terapeutica (usiamo la formula in senso lato); il bene della salute impone di intervenire nei confronti di tutti coloro che ne possano ricevere un pregiudizio: ed il medico, dal canto suo, risulterà necessariamente vincolato ad una posizione di garanzia tale da rendere inammissibile un rifiuto di attivarsi, o di proseguire nei suoi interventi, a favore del paziente<sup>32</sup>. Nonostante che (come torneremo a ribadire) il 'quadro clinico' (in fase di diagnosi o di terapia, non interessa) venga non di rado a porre di fronte ad un novero di ipotesi esplicative o di modalità d'intervento tali da rendere problematica una scelta definitiva, è fuor di dubbio, in altri termini, che il 'garante' *dovrà fare necessariamente qualcosa, senza poter addurre la persistente difficoltà di identificare il tipo di condotta maggiormente consentanea al caso di specie*.

7. Comincia a questo punto a delinearsi con maggiore evidenza l'intima tensione, per così dire, che caratterizza le attività coinvolte dalla cura della salute. Da un lato, è necessario provvedere, dall'altro non è sicuro in quale modo. L'organismo umano (oltre tutto con peculiarità che variano da persona a persona) presenta una tale complessità di interazioni tra le sue numerose componenti, da suscitare interrogativi e dilemmi talora drammatici per chi venga chiamato ad identificare cause e rimedi efficaci. Non si tratta di situazioni 'semplici' da governare, come quelle che, ad es., possono riguardare un guasto ad un edificio o ad una tubatura d'acqua: pur a voler ammettere che la causa del fenomeno possa richiedere una serie più o meno ampia di accertamenti, la misura volta ad impedire ulteriori danni si rivelerà per lo più vincolata ad un percorso obbligato (una volta identificata l'origine del guasto, si procederà, ad es., alle riparazioni della parte dell'edificio deteriorata, o alla sostituzione della conduttura difettosa o incapace di reggere la pressione dell'acqua). Al contrario, nella materia in esame, domina sovente un'intrinseca e pressoché ineliminabile aleatorietà. Il medico, nel momento di definire una possibile strategia di intervento, è chiamato a bilanciare una pluralità di fattori di rischio, confrontandoli con i benefici attesi: ogni farmaco, per quanto utile, non esclude possibili effetti collaterali; sovente la stessa patologia può essere affrontata con diverse metodiche (ad es., chirurgiche o farmacologiche, od anche, laddove possibile, momentaneamente 'attendiste', in vista di ulteriori dati sintomatici), ciascuna delle quali presenta differenti probabilità di successo, ma può recare con sé più o meno rilevanti controindicazioni; per di più, l'anamnesi del paziente può accompagnarsi a dubbi difficili da rimuovere circa la

---

<sup>32</sup> Con riguardo a tale profilo – a nostro avviso rilevante nella materia *de qua* - interessanti rilievi svolge D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 255 s. Diversa l'opinione di P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, vol. 3, T. II, *I delitti colposi*, nel *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova 2003, 229 s..

possibile inadeguatezza, e persino la pericolosità, di quello che pure sarebbe (o sembrerebbe essere), per il genere di patologia riscontrata, il trattamento elettivo, e così via dicendo.

Date tali intrinseche difficoltà, si può allora comprendere come per lo più soltanto *ex post*, cioè una volta esaminati gli sviluppi della malattia e gli esiti del trattamento, risulti possibile definire nella loro effettiva portata tutti quei rischi, e tutti quei benefici, per come essi realmente si atteggiavano nello specifico caso clinico (che, come si è avvertito, è sempre singolare), e dunque stabilire con sufficiente certezza quale sarebbe stato l'approccio più proficuo tra i molti ipotizzabili. In una prospettiva *ex ante*, viceversa – quella appunto con la quale il sanitario si trova a confrontarsi – le *leges artis* disponibili, per quanto 'strumentali' rispetto all'obiettivo perseguito, si rivelano, come appare ormai evidente, necessariamente caratterizzate da un connotato di *strumentalità alternativa*<sup>33</sup>, ossia non riducibile – come Antonio Vallini<sup>34</sup> ha posto in risalto evocando l'immagine di un 'concorso' di variabili cautelari - ad una sola opzione (o a un novero limitato di ipotesi o di scelte operative); tanto che non possono non apparire del tutto ragionevoli, sul terreno della valutazione della colpa, le censure spesso rivolte nei confronti di quel settore della giurisprudenza, il quale tende talora ad affermare l'inosservanza delle regole fondandosi su di una verifica condotta 'col senno di poi', alla cui stregua 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: e ciò, nonostante il fatto che l'operatore di turno non fosse incorso, in realtà, in un colpevole ritardo nel provvedere, o in una sottovalutazione delle circostanze esistenti, ovvero ancora nell'adozione di scelte terapeutiche divergenti da quelle che al momento della condotta potevano ben apparire consentanee alle particolarità del quadro clinico e delle condizioni complessive in cui versava il paziente.

Il campo dell' 'arte medica' si rivela indubbiamente, a conti fatti, particolarmente problematico; ed anzi, esso presenta alcuni aspetti differenziali perfino rispetto ad un altro settore di attività – già in precedenza richiamato – che pure fa sorgere interrogativi di non poco momento. Alludiamo di nuovo alle tematiche della sicurezza sul lavoro, e alle misure di protezione richieste per fronteggiare rischi sempre nuovi – anche nei confronti di terzi estranei all'impresa - nell'esercizio di un'attività economicamente rilevante. Tuttavia, non è difficile accorgersi come il problema venga

---

<sup>33</sup> Si rinvia in proposito a G. A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *RIML* 2012, 970 s.

<sup>34</sup> Cfr. A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies cp*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 7.12.2017, 8 ss.

qui a delinearli, almeno in linea di principio, nella prospettiva essenzialmente 'diacronica', per così dire, di un evolvere nel tempo delle conoscenze inerenti ai tipi di rischio connessi alle attività considerate: nel senso che la circostanza che, date le cognizioni esistenti circa la portata di certi fattori di rischio, si arrivi a predisporre delle regole capaci di fronteggiarli, non potrà impedire che, in presenza di nuove scoperte tali da portare ad evidenza rischi non ancora testati o eccedenti la misura anteriormente conosciuta, quelle regole debbano subire mutamenti in grado di adattarsi al livello del sapere successivamente acquisito<sup>35</sup>. Ne deriva, nondimeno, che, di fronte alle conoscenze esistenti, l'elaborazione di 'risposte' sul piano preventivo non appare per lo più affidata a valutazioni 'singolari' e intrinsecamente variabili da caso a caso<sup>36</sup>: per 'quel' rischio (così come emergeva in 'quel' certo momento in cui l'attività veniva esercitata) varranno dunque le regole concepite in funzione del suo contenimento (regole, è bene rimarcarlo<sup>37</sup>, con cui dovrà essere valutata in ogni caso la colpa del soggetto operante *illo tempore*); mentre, di fronte all'emersione di fattori di rischio diversi o più gravi grazie alle conoscenze via via acquisite nel campo scientifico e tecnologico, dovranno allora adottarsi i modelli cautelari 'attualmente' considerati maggiormente in grado di contrastarli.

Ben diversa – lo si ripete – è la fisionomia caratterizzante l'attività medico-chirurgica. Pur non potendosi certo negare il progredire continuo della scienza medica ai più svariati livelli, si rivela qui preminente la dimensione, questa volta, 'sincronica' del ventaglio delle soluzioni da adottare: quelle soluzioni, si è detto, si presentano già *hic et nunc* inevitabilmente condizionate da forti incertezze sul piano valutativo e sotto il profilo della stessa scelta dell'intervento da praticare, tanto da rendere particolarmente ardua, di fronte ad uno scenario ampio e multiforme di possibili 'alternative', l'opera di definizione della regola cautelare, senza cadere, allo stesso tempo, nel 'tranello' insidioso (e costituzionalmente illegittimo, ex art. 27, 1° comma, Cost.) di una costruzione *a posteriori* dei requisiti della colpa.

Alla luce di simili premesse, non soltanto opportuna, conveniente, raccomandabile, sensibile alle ragioni dell' 'equità' e della moderazione, quanto invece *assolutamente indispensabile per consentire una valutazione appropriata circa l'esistenza della colpa*, ci pare debba essere considerata la scelta legislativa operata, prima con la c.d. Legge 'Balduzzi' e di poi, mediante l'introduzione dell'art. 590 *sexies*

---

<sup>35</sup> V. per tutti, G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in RIDPP 2005, 21 ss. e, a livello monografico, N. Pisani, *La "colpa per assunzione"*, cit., 25 ss. e *passim*.

<sup>36</sup> Al riguardo cfr. i perspicui rilievi di R. Bartoli, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio*, cit., 118 s.

<sup>37</sup> Cfr., per tutti, D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione*, cit., 651, e, assai di recente, F. Giunta, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in [www.disCrimen.it](http://www.disCrimen.it), 2.1.2021, 10 ss.

Cp, dalla successiva *Legge 'Gelli-Bianco'*<sup>38</sup>. In particolare, una più meditata riflessione circa l'importanza attribuita alle c.d. 'linee-guida' – nel senso di farne discendere una limitazione della responsabilità del medico che vi si sia conformato – induce a ritenere che, piuttosto che limitarsi a discettare circa la 'natura' di simili modelli (dei quali, peraltro, non sembra plausibile disconoscere in linea di principio un significato 'cautelare'<sup>39</sup>), si dovrebbe porre in risalto la *funzione* nell'economia della ricerca di una base valutativa della condotta sanitaria, che non rimanga costantemente in bilico tra indulgenza e repressione di fronte all'interrogativo circa la definizione del *quid agendum* nel contesto delle circostanze 'date'.

In questa prospettiva, sembra allora preferibile – diversamente da quanto potrebbe sembrare ad un primo approccio – enfatizzare meno una dimensione 'tipizzante' obiettiva dei confini dell'illecito che non invece un profilo più strettamente collegato alla colpa nel suo significato personalistico. Le linee-guida – si sa – non sono, esse stesse, sempre caratterizzate da un tenore rigorosamente definitorio; al loro interno non manca di frequente il richiamo a criteri di adeguatezza e di congruenza funzionale, i quali, del resto, fungono da premessa per quella stessa esigenza di adattamento ai casi concreti, che rappresenta un profilo difficilmente eludibile nella materia in esame.

In realtà, se è vero quanto si è detto circa la ineliminabile (diremmo quasi 'ontologica') 'alternatività' *ex ante* dei percorsi cautelari a tutela della salute, sembra

---

<sup>38</sup> In proposito, oltre ai numerosi riferimenti desumibili dalle presenti note, si veda, per un quadro esaustivo, l'ampio studio di M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 261 ss. come pure R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 2020 (7), 97 ss.; G. M. Caletti, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *DPenCont*, 2019 (4), 7 ss.; C. Pezzimenti, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *RIDPP* 2015, 316 ss.

<sup>39</sup> Cfr., sia pure ispirandosi ad un saggio 'relativismo', M. Caputo, *Colpa penale*, cit., 232 ss.; A. R. Di Landro, *Dalle linee guida*, cit., 186 ss.; A. Vallini, *Linee guida*, cit., 7 ss., tutti con ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza. A favore di una tendenziale limitazione delle regole cautelari ai soli 'protocolli' cfr. F. Giunta, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo*, cit., 82 ss.; in senso analogo, ma con ulteriori 'aperture' a favore delle linee guida, cfr. C. Valbonesi, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *RIDPP* 2013, 269 ss. In tale prospettiva si segnalano le interessanti analisi di O. Di Giovine, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *RIML* 2013, 78 ss.; D. Micheletti, *La normatività*, cit., 254 ss.; S. Grosso, *Alla ricerca*, cit., 179 ss. che ravvisa uno stretto collegamento tra linee-guida e miglior scienza, soprattutto in vista della necessità di disporre di 'indizi' e 'circostanze' volti a consentire il giudizio circa il rispetto di tale *standard* di riferimento, attraverso un adeguato confronto dialettico in sede processuale. Forti dubbi in merito all'effettivo valore delle linee guida esprime L. Riscato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 5.6.2017, 9 ss. Né manca il suggerimento di far giocare le linee guida nel quadro di una complessiva valutazione tesa a far emergere il profilo soggettivo della colpa in termini di ulteriore individualizzazione del rimprovero (cfr. C. Pezzimenti, *La responsabilità*, cit., 347 ss. con ulteriori richiami; soluzione la quale, formulata con riguardo alla riforma *Balduzzi*, non coincide, peraltro, con quanto diremo di qui a breve privilegiando il riferimento al parametro, per quanto soggettivo, dell'agente-modello). Per un lucido bilancio dei vantaggi, svantaggi e prospettive di evoluzione del ricorso alle linee guida cfr. C. Brusco, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.11.2017, 211 ss.

piuttosto di poter dire che le linee-guida, col fornire elementi per ridurre l'incertezza valutativa – fornendo indicazioni circa la misura e tipologia di certi rischi o sulla preferibilità in linea di principio di certi approcci – aprano la strada per una visione più equilibrata della posizione del medico e del giudizio circa la colpa o meno di quest'ultimo. Lungi dal rappresentare la soluzione *non plus ultra* (per di più codificata), esse sembrano rivolte ad accrescere la possibilità di una discolpa (per chi vi abbia fatto ragionevole affidamento), nonostante che ad una valutazione espressa *a posteriori* possa affacciarsi l'interrogativo se un differente percorso terapeutico avrebbe potuto rivelarsi maggiormente appropriato. Ed in tale logica, l'apparente ossimoro di un' 'imperizia senza imperizia' che indubbiamente affligge il tenore normativo del predetto articolo non sembra del tutto privo di un significato rivelatore: l'imperizia constatabile secondo un metro 'oggettivizzante' deve cedere alla valutazione del carattere perito o meno della condotta in una dimensione della colpa soggettivamente connotata: per quell'operatore potrà ben affermarsi, allora, l'inesistenza di quest'ultima, in quanto le sue capacità – una volta rapportate al relativo modello – non appaiano incompatibili con una cautela ricostruita *ex ante*, complice il significato e la funzione orientativa giocati dalle pertinenti linee-guida, alle quali tale soggetto era venuto ad ispirare le proprie iniziative terapeutiche.

8. Ferme tali considerazioni, non ci si può esimere dallo svolgere alcune riflessioni ulteriori circa la c.d. 'misura soggettiva' della colpa, la quale, per i sostenitori della c.d. doppia misura attribuita alla medesima (anche se non per tutti<sup>40</sup>, e talora, viceversa, anche per coloro che respingano tale duplice caratterizzazione<sup>41</sup>), dovrebbe comunque evocare un momento soggettivo più accentuatamente 'personalizzato', venendo a toccare il piano di un' 'inesigibilità' concepita in funzione di particolari circostanze che abbiano alterato concretamente i presupposti per potersi adeguare alla cautela richiesta<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> In particolare, e salvo alcune *nuances* a seconda degli Autori (ed escludendosi comunque l'autonomia sistematica di siffatte – quand'anche ipotizzabili – accentuazioni personalistiche), non ad avviso di coloro che ricostruiscono la misura soggettiva alla stregua dell'agente-modello (per i riferimenti cfr., *retro*, nt. 10).

<sup>41</sup> Cfr., ad es., A. Canepa, *L'imputazione soggettiva*, cit., 187 ss. Per la negazione della doppia misura, ma nell'ottica della 'confluenza' delle valutazioni rilevanti in tema di colpa all'interno dell'agente modello, cfr. F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. A. De Francesco, C. Piemontese e E. Venafrò, Torino 2010, 94 ss., sulla scia dell'impostazione adottata nelle già citate opere di Giorgio Marinucci. In senso contrario, di recente, A. Abukar Hayo, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini normativi e culturali al potere coercitivo dello Stato nella teoria del reato*, Napoli 2019, 239 ss.; P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 426 ss., che sviluppa, peraltro, la sua analisi soprattutto con riguardo alle tematiche del dolo.

<sup>42</sup> Cfr. M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 152 ss. Parzialmente conforme A. Canepa, *L'imputazione*, cit., 252 ss. e *passim*. Sul tema, cfr. la sensibile rimediazione di L. Stortoni, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. A. De Francesco e A. Gargani,

Orbene, l'idea di attribuire rilievo a simili circostanze sembra indubbiamente meritare un positivo apprezzamento: senza, peraltro, che si debba riconoscerne in tutti i casi la capacità di far venir meno la colpevolezza, e potendosi invece – in misura forse, addirittura più frequente – tenerne conto anche ai soli fini di una mitigazione del giudizio di rimproverabilità<sup>43</sup>. Non è questa la sede per elencare in maniera dettagliata la fenomenologia di tali situazioni, già analiticamente illustrate nell'approfondita ricerca di Donato Castronuovo: si pensi, tra più significativi – come ricorda l'Autore – a stati individuali, per lo più improvvisi ed inopinati, di “agitazione, stanchezza, spavento, sorpresa, disorientamento”<sup>44</sup>, i quali abbiano colto ‘impreparato’ (senza sua colpa) il soggetto che si trovasse, ad es., impegnato nella guida della propria autovettura, o in un difficile ed improcrastinabile intervento chirurgico.

A proposito di simili fenomeni, sembra opportuno muovere dai rilievi (come sempre ispirati a quel senso di equilibrio e di ragionevolezza che sono tipici dei grandi) formulati da Claus Roxin a conclusione della propria esposizione manualistica sul tema della colpa<sup>45</sup>: laddove, in particolare, l'illustre Autore mostra di non voler assumere una posizione ‘ultimativa’ circa la questione se i fattori sopra considerati (od altri consimili) meritino di essere valutati nella logica della colpa, od invece riportati ad una dimensione più strettamente collegata all'ambito delle ‘scusanti’ e di un eventuale giudizio di inesigibilità (pur sempre applicabile ai fatti colposi). La prospettiva, nel suo

---

Milano 2017, 156 ss., 166 e di F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *CP* 2010, 1237 ss. Da un ulteriore punto di vista il ‘soggettivismo’ nell'ambito della colpa risulta valorizzato da coloro che tendono a riproporne, sia pure con accenti peculiari, una dimensione di carattere psicologico; in proposito cfr. M. Ronco, *Descrizioni penali d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino 2004, 262 ss., al quale si ispira G. Civello, *Il fondamento epistemico-volitivo della responsabilità colposa: nuovi orizzonti dogmatici per la concezione normativa della colpa*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide*, cit., 161 ss.; Id., *Quaestio disputata. Sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *RIDPP* 2016, 1336 ss. (prendendo l'abbrivio dal suo precedente scritto su *La “colpa eventuale” nella società del rischio: epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino 2013). In merito a tale concezione ed alla (pur diversa) caratterizzazione in termini psicologico-normativi della colpa proposta da G. Duttge (*Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen 2001, 357 ss., 368 ss., 410 ss.) si veda l'ampia e penetrante disamina di D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 32 ss., 165 s., 463 ss.

<sup>43</sup> V., per tutti, il sempre fondamentale studio di T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *RIDPP* 1969, 877 ss.

<sup>44</sup> Cfr. D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 598 e *passim*; Id., *La colpa “penale”*, cit., 193 ss., 199 ss., dove ai fini del giudizio di ‘individualizzazione’ della colpa risulta particolarmente sottolineata l'esigenza di fare applicazione del criterio della ‘colpa grave’. Pur seguendo percorsi non sempre omogenei, si mostrano propensi alla valorizzazione di tale parametro G. M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sistema penale* 2020 (5), 19 ss. M. Caputo, *Logiche e modi*, cit., 9 ss.; L. Cornacchia, *Colpa incosciente e colpa lieve: le ragioni di una possibile limitazione della responsabilità penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. A. De Francesco e E. Venafro, Torino 2002, 195 ss. C. Cupelli, *L'anamorfosi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione “costituzionalmente conforme” e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *RIDPP* 2018, 1993 ss.; M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 154 ss.; G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale “per colpa”*, in *Reato colposo*, cit., 117 ss. (con alcuni distinguo in merito alla c.d. ‘misura soggettiva’); D. Negri, in *La prova dei fatti psichici*, cit., 115; A. Perin, *Prudenza*, cit., 330 ss.; D. Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *DPenCont*, 2013 (4), 76 ss..

<sup>45</sup> Cfr. C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1997, 962.

insieme, risulta, d'altronde, valorizzata ed ampiamente tematizzata da Massimo Donini<sup>46</sup>, che ha rimarcato il diverso atteggiarsi della regola – non più ‘di condotta’ (diligente) quanto piuttosto ‘di giudizio’, non essendo possibile erigerla a canone cautelare – in guisa di parametro valutativo intriso della logica propria delle circostanze scusanti (sia pure non integralmente codificate, né del resto, per l' Autore, suscettibili di esserlo) in sede di rimprovero per colpa.

A nostro parere, e senza pretendere di segnare in maniera rigida il confine sistematico tra le diverse ipotesi ricostruttive, sembra preferibile, tutto sommato, far confluire proprio nel settore delle ‘scusanti’ le ipotesi in cui si tratti di definire il regime applicabile a situazioni tali da alterare le condizioni in cui il singolo agente abbia disatteso le regole pur pertinenti al suo proprio ‘modello’. Situazioni che già in passato Giorgio Marinucci riconduceva in vario modo al costringimento fisico, al caso fortuito, alla forza maggiore (o al disposto generale dell'art. 42, 1° comma<sup>47</sup>), che tuttavia ci appaiono destinati ad assumere rilievo su piani differenti, e comunque eccessivamente restrittivi – in relazione alle esigenze qui considerate – quanto al loro spettro applicativo.

Piuttosto, non sembra fuori luogo sottolineare che la categoria delle scusanti meriterebbe – alla luce dello stesso spirito personalistico che permea la nostra Carta costituzionale (e che già da oltre un trentennio ebbe a ‘toccare il cuore’ del Giudice delle Leggi con riguardo all'art. 5 Cp, anch'esso, del resto, nella versione ‘riformata’, parente stretto delle cause scusanti) – di essere ulteriormente valorizzata, facendo altresì tesoro delle aperture offerte dal canone dell' ‘inesigibilità’, alle quali Gabriele Fornasari<sup>48</sup> ha rivolto da tempo la sua attenzione al fine di desumerne importanti indicazioni ermeneutiche. Simili aperture meritano, per l'appunto, di essere sviluppate e, a nostro avviso, convalidate, in nome della legalità e dell'omogeneità delle valutazioni, mediante appositi interventi normativi (senza dimenticare, *de lege lata*, la possibilità di far leva sul richiamo agli ‘stati emotivi o passionali’, già evocati in tempi risalenti da Vincenzo Manzini, ben prima dello stesso codice del '30<sup>49</sup>); e da questo punto di vista, la collocazione nell'orbita delle scusanti dei fenomeni sopra delineati sembra davvero poter rappresentare uno stimolo verso l'attribuzione ai medesimi di una ‘dignità’ normativa in grado di sottrarli al loro inserimento – privo di basi esplicite,

---

<sup>46</sup> Cfr. M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 149 ss.

<sup>47</sup> V. G. Marinucci, *Il reato come ‘azione’. Critica di un dogma*, Milano 1971, 209 ss., 219 ss. In parte analoghe le soluzioni prospettate da T. Padovani, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, in *CP* 1981, 498 ss., il quale, oltre a postulare un carattere maggiormente flessibile delle valutazioni inerenti alle c.d. circostanze ‘anormali’ influenti sulla condotta inosservante, coglie nel caso fortuito un fattore destinato ad incidere sull' ‘evitabilità’ dell'inosservanza, particolarmente significativo in tema di colpa specifica.

<sup>48</sup> V. G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, 333 ss.

<sup>49</sup> Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Milano – Torino – Roma 1908, 58.

e per di più esposto ad interpretazioni giudiziarie fortemente oscillanti, e talora eccessivamente restrittive – all'interno della colpa in quanto tale.

Certo: quanto si è detto non significa punto disconoscere lo stretto legame tra simili scusanti ed il rimprovero a titolo di colpevolezza colposa. Ma nemmeno è una novità la circostanza che le scusanti possano, di volta in volta, essere maggiormente 'connaturate', ora ai fatti dolosi, ed ora ai fatti colposi. Con riguardo (soprattutto) ai fatti commessi volontariamente – è interessante notarlo – è assai recente proprio la tendenza ad un incremento normativo di determinate forme d'impunità che sembrano avvicinarsi proprio all'ambito occupato delle circostanze scusanti. Come un ampio studio (di Domenico Notaro<sup>50</sup>) sulla legittima difesa domiciliare si è proposto di dimostrare, il secondo e il quarto comma dell'art. 52 Cp, da un lato, e il secondo comma dell'art. 55 Cp, dall'altro – introdotti nell'arco temporale 2006-2019 – lasciano invero emergere la plausibilità di una lettura in senso scusante, maggiormente caratterizzata in chiave 'normativo-sociale' nell'art. 52, e più sensibile ad effettive condizioni di turbamento emotivo nell'art. 55 Cp.

Il 'mondo' delle scusanti, insomma, attende di essere regolamentato con ben maggiore acribia, nel segno della ricerca di soluzioni soddisfacenti sul piano politico-criminale e sotto il profilo della tecnica normativa più adeguata a definirne l'ambito di applicazione e la congruenza con lo spirito complessivo del sistema; ed in tale ottica, la materia della responsabilità per colpa si candida indubbiamente a giocare un ruolo particolarmente significativo, in vista di un costante adeguamento del rimprovero penale ad una più compiuta 'personalizzazione' del giudizio, e della connessa esigenza di garantirne un'influenza durevole (ed in grado di prevenire inaccettabili disuguaglianze) sulla concreta prassi giudiziaria.

9. A conclusione di queste brevi considerazioni dedicate al reato colposo (e prescindendo dall'affrontare in questa sede le problematiche di carattere concorsuale, le quali, peraltro, non sembrano discostarsi dalle direttrici sul piano sistematico finora tracciate<sup>51</sup>) alcuni rilievi ulteriori merita la questione, tuttora assai dibattuta, della c.d.

<sup>50</sup> V. D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 253 s., 342 ss. Sulla categoria delle scusanti cfr., in vario senso, T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *RIDPP* 1987, 814 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP* 1990, 56 ss.; Id., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *RIDPP* 1991, 42 ss.; ed altresì A. Cavaliere, *Sistematica del reato e scusanti nel Progetto preliminare di riforma della parte generale*, in *CrD* 2000, 316 s.; E. Venafro, *Scusanti*, Torino 2002; R. Wenin, *La prova delle scusanti*, in *La prova dei fatti psichici*, cit., 157 ss., tutti con ampi riferimenti.

<sup>51</sup> Pur presentando, com'è ovvio, alcune innegabili peculiarità, soprattutto in relazione alle condotte di concorso di carattere non 'causale' (si consenta il rinvio a G. A. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 3.2.2020, 2 ss.).

*culpa in illicito*. Una simile tematica, com'è ben noto, vanta un'elaborazione sul piano storico-dogmatico – e una rilevanza sotto il profilo comparatistico – tali da poterne giustificare un'autonoma trattazione<sup>52</sup>. Ai nostri fini, interessa tuttavia limitarsi ad alcune precisazioni volte a dissipare una serie di equivoci e fraintendimenti che rischiano ancor oggi di oscurare i termini del problema.

L'interrogativo centrale – nella logica della configurazione attuale della colpa – resta essenzialmente quello riguardante la possibilità di concepire delle regole di diligenza rispetto a colui che già 'versi in cosa illecita', sembrando a prima vista discutibile che tali regole possano inerire ad un'attività già costituente oggetto di un divieto (penale) operante in termini assoluti<sup>53</sup>.

Senonché, un esame più attento della questione mostra chiaramente come una conclusione negativa al riguardo non appaia sufficientemente fondata. Invero, a parte la considerazione che, qualora una simile opinione venisse condivisa, vi sarebbe il rischio di dover fare a meno – anche in futuro – del profilo soggettivo della responsabilità penale rispetto ad eventi non voluti<sup>54</sup> (e di rendere ingiustificata, per di più, la scelta di attribuire rilevanza alla colpa riguardo alle circostanze aggravanti), si è forse sottovalutato il dato di fondo in base al quale la colpa non può essere apprezzata *simultaneamente e cumulativamente* rispetto a *fatti diversi* tra loro.

Una simile incomprendione sembra dovuta, anzitutto, al ricorso promiscuo, ora al carattere illecito del fatto, ora alla sua dimensione dolosa. Proviamo allora a modificare, per un momento, l'angolo di osservazione. In particolare, premesso che una qualifica d'illiceità può ben derivare anche da una valutazione extrapenale – ove appunto si tratti di dedurre un divieto in ogni caso della condotta esplicita – si prospetti, ad es., il caso di una violenta gomitata involontaria che provochi la caduta di una persona e la conseguente morte. Ebbene, se è pur vero che le percosse colpose non costituiscono reato, come negare tuttavia che la responsabilità dell'agente debba venire apprezzata muovendo pur sempre dal carattere in ogni caso illecito di quella gomitata? E come negare, altresì, che malgrado tale circostanza, il regime penale

---

<sup>52</sup> Cfr. in proposito l'amplissimo studio di F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005.

<sup>53</sup> Così F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 194, 390; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 270; F. Palazzo, *Corso*, cit., 343 s., ed altresì M. Donini, *L'elemento soggettivo*, cit., 139 nt. 30; Id., *Teoria*, cit., 374 ss.; F. Giunta, *Illiceità*, cit., 365 ss., il quale afferma che eventuali regole precauzionali potrebbero essere adottate soltanto "in via di fatto", senza assurgere a parametri di qualificazione della colpa (v. anche Id., *Culpa, culpa*, in [www.disCrimen.it](http://www.disCrimen.it), 4.6.2019, 6). Peraltro, mentre secondo A. Pagliaro, *Principi*, cit., 360 ss., 426 ss., non si potrebbe parlare di colpa in presenza di un rischio totalmente illecito, ad avviso dei primi quattro Autori citati la colpa potrebbe essere desunta dal connotato di prevedibilità in concreto dell'evento (la cui necessità, d'altronde, pur escludendo che si tratti di colpa, anche A. Pagliaro, *Principi*, cit., 363, 426, giunge a postulare).

<sup>54</sup> Né dovrebbe dimenticarsi la più volte riscontrata 'debolezza' del richiamo alla 'prevedibilità'; sul tema torna di recente Ant. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli 2020, 284 ss., 287 ss., il quale, pur sottolineando l'importanza della prevedibilità, purché 'in concreto', cerca poi di 'modellarla' sullo schema di regole cautelari.

applicabile all'evento-morte debba essere individuato facendo riferimento al parametro della colpa? Ecco allora emergere l'ambiguità di cui si diceva poc'anzi. L'idea sottesa alla pretesa incompatibilità tra illecito e colpa dovrebbe, per potersi liberare da un simile equivoco, essere più propriamente incentrata sull'inconciliabilità tra illecito penale – punito in quanto *doloso* – e violazione di regole cautelari.

È un'idea, da questo punto di vista, che non riesce tuttavia – come avevamo anticipato – a dar conto della sussistenza pur sempre di due diverse qualificazioni riguardanti gli atti compiuti dal soggetto. Ed in effetti, la seconda di esse, presentandosi in una dimensione autonoma rispetto a quella già esauritasi nel fatto investito dal dolo, viene a proiettare l'azione compiuta dal soggetto nello scenario delle circostanze (condizioni della persona, caratteristiche dei luoghi, fattori atmosferici, possibilità di soccorsi, e così via dicendo) che circondano la sua esplicazione, ed in base alle quali si tratta appunto di formulare l'interrogativo che segue: date quelle circostanze, la condotta merita di venire ricondotta sotto il segno della colpa, grazie all'attitudine a denotare in concreto il suo carattere imprudente rispetto al *fatto diverso consistente nel provocare la morte*? Non si tratta soltanto, a ben guardare, di ribadire *sic et simpliciter* la nota opinione secondo la quale a due eventi diversi possono corrispondere due differenti stati psicologici, e cioè, rispettivamente, il dolo (quanto all'evento voluto) e la colpa (rispetto all'evento 'prevedibile'). Piuttosto, come si è cercato altrove di sottolineare<sup>55</sup>, la connessione con un determinato evento viene a condizionare - 'retroagendo', per così dire, sui caratteri della medesima - la stessa fisionomia della condotta, facendo sì che quest'ultima venga ad assumere il proprio *significato tipico* in virtù dello specifico rapporto che la collega a quel particolare risultato; di modo che, e di conseguenza, anche nell'ottica del nesso soggettivo d'imputazione, sarà dunque giocoforza valutare in una prospettiva necessariamente – ed integralmente - *distinta e separata* gli atti compiuti dal soggetto in relazione a quel risultato, ossia stabilendone o meno il carattere colposo secondo una logica indipendente da qualsiasi ulteriore giudizio in termini di rilevanza penale.

Una volta posta la necessità di tale distinzione, non ci parrebbe, poi, di dover indugiare ancora sull'antitesi tra attività lecite ed illecite in guisa di presupposto dal quale far discendere o meno un 'dovere di astensione' (che mal si concilierebbe, secondo alcuni, con la colpa in senso stretto). In realtà, come ha osservato incisivamente Massimo Donini<sup>56</sup>, una cosa è l'attività nel suo complesso ed altra cosa è invece la singola condotta: la quale, se ritenuta contraria all'ordinamento, e tale dunque da poter giustificare un dovere di astensione, non è indicativa, in quanto tale, del carattere consentito o meno dell'attività considerata nel suo insieme.

---

<sup>55</sup> Cfr. G. A. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, 13 ss., sviluppando alcune indicazioni già contenute in Id., *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980, 37 s., 71 ss.

<sup>56</sup> Cfr. M. Donini, *illecito e colpevolezza*, cit., 332.

La notissima sentenza *Ronci* (Cass., S.U., 22.1.2009, n. 2676) ha infine contribuito a stemperare l'alternativa tra 'regole cautelari' e 'prevedibilità in concreto' dell'evento<sup>57</sup>. È invero un'alternativa che, dopo quanto si è detto, non sembra dotata di un significato sistematico realmente apprezzabile. Essa s'intreccia, in verità, con la problematica inerente alla costruzione di un 'modello' di agente allo stesso modo di quanto si verifica riguardo alle altre attività dotate di un margine di c.d. 'rischio consentito'. Una tematica alla quale soprattutto Stefano Canestrari ha dedicato ampio spazio, giungendo ad accreditare l'idea della configurazione di un parametro di giudizio di contenuto maggiormente 'spersonalizzato' e generalizzante<sup>58</sup> (da ultimo fatto coincidere, più in particolare, con un profilo 'razionale' di agente modello<sup>59</sup>).

Tuttavia, la questione potrebbe ricevere luce dalla possibilità, già in precedenza segnalata, di rinvenire regole cautelari (come quella di non correre, né peraltro fermarsi bruscamente, a piedi o in automobile, in presenza di ghiaccio) oggetto di diffusa conoscenza (come di diffusa conoscenza è il rischio di un più grave evento in presenza di atti di particolare violenza). Per il resto (si pensi, tra le altre, all'attività di cessione di stupefacenti) la ritenuta necessità di valutare più articolati elementi di contesto non sembra opporsi – al di là di artificiose elucubrazioni dommatiche – alla definizione di una più articolata suddivisione per agenti-modello, in funzione di coefficienti valutativi fondati sulle circostanze e sui fattori di rischio più o meno agevolmente individuabili ad opera dei singoli autori dell'illecito<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Per un'analisi della pronuncia, con ulteriori riferimenti, cfr. R. Bartoli, "Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare, in *DPP* 2010, 1047 ss.; F. Basile, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 730 ss., 747 ss.; E. Gallucci, *Commento all'art. 586 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, T. II (Artt. 361 – 734 bis), Milano 2019, 3736 ss..

<sup>58</sup> Cfr. S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, 210 ss.

<sup>59</sup> V. S. Canestrari, *La responsabilità preterintenzionale e la colpa in re illecita tra teoria e prassi*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre e M. Caianiello, Bologna 2016, 160 s. Analogamente F. Palazzo, *Corso*, cit., 345.

<sup>60</sup> A favore della possibilità di configurare parametri cautelari non dissimili da quelli relativi alla colpa, cfr., sia pure con diverse accentuazioni, F. Basile, *La colpa*, cit., 302 ss.; A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli 1999, 201 ss.; G. P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *RIDPP* 2020, 543 ss.; G. Marinucci – E. Dolcini – G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2020, 423 ss.; M. L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole*, cit., 145 ss., 174 ss.; V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale, pure come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa 2016, 97 s., 269 ss.

Resta ovviamente inteso che la questione inerente alla disciplina delle figure in esame non potrà ritenersi definitivamente risolta, senza opportuni interventi volti a garantire un maggiore rispetto del criterio di proporzione sul piano sanzionatorio.