

IL NESSO TRA COLPA ED EVENTO NELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE

di Kolis Summerer

(Professoressa Associata di Diritto penale,
Libera Università di Bolzano)

SOMMARIO: 1. La centralità del nesso tra colpa ed evento nel giudizio di responsabilità penale. – 2. Evitabilità dell'evento, concretizzazione del rischio e scopo della norma. – 3. Tra causalità e colpa: indebita sovrapposizione o sostanziale affinità? – 4. Tendenze nella giurisprudenza contemporanea: la credibilità razionale del giudizio alla luce delle contingenze del caso concreto. – 5. Il comportamento alternativo lecito nel giudizio controfattuale. – 6. La cautela doverosa e l'evento tipico. – 7. L'inevitabilità dell'evento e l'inefficacia della regola cautelare nel caso concreto. – 8. Principio di affidamento e sfere di rischio.

1. La collocazione del tema del nesso tra colpa ed evento nel punto nevralgico in cui si incontrano causalità, colpa e imputazione oggettiva ha determinato, oltre che una notevole complessità nelle ricostruzioni dottrinali, forti oscillazioni nella giurisprudenza, specialmente nei settori della responsabilità medica, della circolazione stradale, degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.

Il generale disorientamento può essere solo in parte spiegato con la estrema complessità delle questioni e il loro scarso approfondimento sistematico; esso è, invece, chiaro indice della profonda affinità tra figure e criteri utilizzati. Di ciò pare essere sempre più consapevole la giurisprudenza, le cui recenti prese di posizione dimostrano una crescente padronanza di temi e concetti sviluppati dalla dottrina contemporanea e una maggiore sensibilità verso i complessi intrecci tra profilo oggettivo e soggettivo della imputazione.

Negli ultimi vent'anni, sulla scorta di alcune significative pronunce della giurisprudenza di legittimità, si è avviato un vivace dibattito¹. Il nesso tra colpa ed

¹ Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini (caso relativo al Petrolchimico di Porto Marghera), in *CP* 2009, 2837, con nota di E. Di Salvo, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile (caso della frana di Sarno), in *CP* 2011, 82, con commento di A. Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini (caso della Ferrovia Trento-Malè), in *CP* 2011, 1679, con nota di R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*; Cass. 24.5.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), in www.penalecontemporaneo.it, 11.10.2012, con commento di S. Zirulia, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn (caso Thyssenkrupp), in *CP* 2015, 490, con nota di K. Summerer, *La pronuncia*
[La legislazione penale](#)

evento (un tempo classico esempio di “*law in the books*”) è oggi un tema di forte impatto sulla prassi e trova ampio spazio nelle motivazioni (“*law in action*”)².

Come ha ribadito recentemente la Cassazione, «la colpevolezza impone una verifica complessa, da operarsi su piani diversi, riguardanti l'accertamento in concreto della sussistenza della violazione - da parte del soggetto che riveste una posizione che possiamo definire *lato sensu* di garante - di una regola cautelare (generica o specifica), del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento e della prevedibilità e evitabilità di esso. Di qui, la necessità di verificare, non solo la causalità della condotta (ossia la dipendenza dell'evento da essa, in cui quest'ultima si ponga quale *conditio sine qua non*, in assenza di decorsi causali alternativi eccezionali, indipendenti e imprevedibili), ma anche la idoneità del comportamento alternativo lecito a scongiurare l'evento e la verifica della c.d. concretizzazione del rischio, vale a dire la introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio concretizzatosi con l'evento, posta in essere attraverso la violazione delle regole di cautela tese a prevenire e a rendere evitabile proprio il prodursi di quel rischio»³.

La giurisprudenza è ormai consapevole del fatto che la evitabilità dell'evento, tradizionalmente riferita all'elemento soggettivo del reato colposo, riguarda in realtà sia l'elemento *oggettivo* (sotto il profilo della imputazione dell'evento) sia quello *soggettivo* (sotto il profilo della rimproverabilità personale del soggetto agente)⁴.

Il nesso normativo tra colpa ed evento, in particolare, riguarda la evitabilità dell'evento rilevante non sul piano della *colpevolezza*, quale individuale e soggettiva possibilità dell'agente di evitare l'evento conformandosi alla regola cautelare, bensì sul piano della *tipicità*, quale generale e oggettiva possibilità di evitare o impedire la verificazione di un evento lesivo mediante un comportamento conforme al diritto (lecito, diligente, consentito o doveroso).

L'evitabilità oggettiva dell'evento, invero, incide già sulla tipicità del fatto, in particolare sull'esistenza stessa di una *condotta* penalmente rilevante (perché inosservante di una norma di comportamento e idonea a provocare la lesione di un bene giuridico protetto) e, al più tardi, del *nesso normativo* tra questa e l'evento (perché il comportamento conforme al diritto avrebbe evitato l'evento che la norma violata intendeva prevenire)⁵.

delle Sezioni unite sul caso *Thyssen Krupp*. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa; Cass. 12.7.2012 n. 41184 (caso Eternit siciliana), in *DeJureGFL*.

² Tra le tante, recentissime, v. Cass. 18.1.2022 n. 3541 (infortunio sul lavoro), in *DeJureGFL*; Cass. 11.1.2022 n. 842 (circolazione stradale), in *DeJureGFL*; Cass. 9.12.2021 n. 46164 (colpa medica), in *DeJureGFL*; Cass. 10.11.2021 n. 45589 (circolazione stradale), in *DeJureGFL*; Cass. 18.11.2021 n. 45602 (colpa medica), in *DeJureGFL*; Cass. 11.5.2021 n. 30229 (colpa medica), in *DeJureGFL*; Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), in *DeJureGFL*.

³ Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.; Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.; Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 5.5.2021 n. 21554, in *DeJureGFL*; in precedenza già Cass. 5.4.2016 n. 17000, in *DeJureGFL*; Cass. 18.9.2008 n. 40802, in *DeJureGFL*.

⁴ Cass. 11.11.2020 n. 11657, in *DeJureGFL*; Cass., 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit. In dottrina, v. F. Giunta, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *RIDPP* 1999, 90; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 355 ss.

⁵ Cfr. M. Gallo, *Colpa penale (diritto vigente)*, in ED, VII, 1960, 638; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I. *La fattispecie*, Padova 1993, 289. Come spiega la dottrina che affronta il problema della evitabilità nell'ambito della imputazione oggettiva o nel quadro della c.d. imputazione “per colpa”, «non vi è nulla di personalistico in questo parametro: esso concerne il profilo della realizzazione nell'evento della specifica negligenza o imprudenza che si rimprovera all'agente» (così M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 357). In

È ormai pacifico che la violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento non sono ritenuti sufficienti per l'affermazione di responsabilità colposa, dovendosi anche verificare che l'evento sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito)⁶. Si ritiene, infatti, che non sarebbe razionale pretendere un comportamento che si riveli comunque inidoneo ad evitare il risultato anti-giuridico⁷.

Al nesso causale tra condotta ed evento viene dunque affiancato un ulteriore e particolare nesso (denominato anche "causalità della colpa") tra la condotta viziata da negligenza, imprudenza, imperizia e l'evento⁸. A sostegno dell'esigenza del particolare nesso tra colpa ed evento viene invocato l'art. 43 Cp, ove è stabilito che nell'illecito colposo l'evento deve verificarsi *a causa* di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Accontentarsi del mero nesso causale significherebbe accettare la logica del *versari in re illicita* e rinunciare ad una imputazione realmente personale della responsabilità penale⁹. L'evento deve

giurisprudenza, v. Cass. 12.3.2010, n. 16761, Basile (relativa alla frana di Sarno), cit. Per un inquadramento sul piano della colpevolezza, v. G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in www.la-legislazione-penale.eu, 3.2.2021, 3 ss.

⁶ Da ultimo, v., tra le tante, Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.; Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; in precedenza, Cass. 18.1.2018 n. 10378, in *DeJureGFL*; Cass. 30.5.2017 n. 34375, in *DeJureGFL*; Cass. 11.2.2016 n. 7783, in *DeJureGFL*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 22.12.2010 n. 2597, in *DeJureGFL*; Cass. 9.2.2010 n. 18157, in *DeJureGFL*; Cass. 28.1.2009 n. 9045, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2008 n. 19512, in *DeJureGFL*; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartolini, cit. Dottrina e giurisprudenza utilizzano indifferentemente le locuzioni *comportamento alternativo lecito* e *comportamento alternativo diligente*.

⁷ Così, testualmente, Cass. SU 24.4.2014, n. 38343, Espenhahn, cit.

⁸ In argomento, v. F. Delitala, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 87; M. Gallo, *op.cit.*, 640; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 263; G. Fiandaca, *Il comportamento alternativo lecito*, in *RtrimDProcciv* 1975, 1598 ss.; A. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989, 175 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 421 ss.; M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, pt. II, in *RIDPP* 1989, 1125 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 111 ss.; A. Pagliaro, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1992, 779 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 13, Milano 2004, 408 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 20 ss.; ID., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *CP* 2013, 1224 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, 404; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *CP* 2005, 4107 ss.; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010, 182; A. Massaro, *"Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *CP* 2009, 4699 ss.; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 525 ss.; R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *RIDPP* 2011, 619 ss.; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 223 ss.; G. Civello, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, Torino 2013, 245 ss. Recentemente, ancora S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 50 ss.; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Napoli 2020, 41 ss. Nella manualistica, v. specialmente G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 595. Ammettono pacificamente l'esigenza di una seconda verifica relativa al nesso tra la condotta colposa dell'agente e l'evento, Cass. 12.1.2021 n. 3926, cit.; Cass. 18.1.2018 n. 10378, cit.; Cass. 14.7.2016 n. 40036, in *DeJureGFL*; Cass. 18.5.2011 n. 27735, in *DeJureGFL*; Cass. 19.5.2005 n. 28564, in *DeJureGFL*. V., altresì, in generale sul requisito della "causalità della colpa", Cass. 3.12.2021 n. 838, in *DeJureGFL*; Cass. 11.11.2020 n. 11657, cit.; Cass., sez.un., 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 2.7.2019 n. 43652, in *DeJureGFL*; Cass. 30.5.2017 n. 34375, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 38786, in *DeJureGFL*; Cass. 16.6.2010 n. 32126, in *DeJureGFL*; Cass. 28.1.2009 n. 9045, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.

⁹ Per questo "classico" argomento, v. F. Delitala, *op.cit.*, 87; M. Gallo, *op.cit.*, 640; G. Marinucci, *La colpa*, cit., 272.

dunque trovare il suo specifico *presupposto*, il suo *fondamento* nell'inosservanza della diligenza prescritta¹⁰. Come scrive la Cassazione, «non ogni evento verificatosi può esser ricondotto alla condotta colposa dell'agente, ma solo quello che sia collegato causalmente alla violazione della specifica regola cautelare»¹¹.

In questa prospettiva il concetto di evitabilità si avvicina a quello di causalità, ed è proprio questa la ragione che ha favorito la sovrapposizione tra causalità e colpa, tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, tra nesso causale e nesso (normativo) di rischio.

Emerge, altresì, con particolare chiarezza la fondamentale funzione del criterio del comportamento alternativo lecito nell'ambito degli illeciti *omissivi*, caratterizzati dalla omissione dell'azione doverosa, e degli illeciti *commissivi colposi*, caratterizzati dalla inosservanza di determinate norme di comportamento o diligenza. Al pari dell'accertamento della causalità nel reato omissivo improprio, anche la verifica dell'efficacia del comportamento alternativo lecito nei reati commissivi colposi si colloca in un'ottica prettamente normativa. Ciò dipende dal fatto che sia l'omissione che la colpa possono apprezzarsi soltanto in relazione ad una norma che impone un determinato comportamento. L'indagine controfattuale costituisce, di conseguenza, un passaggio essenziale nei giudizi di causalità ed evitabilità¹².

2. Secondo l'orientamento tradizionale, l'evitabilità *astratta* rappresenta, insieme alla prevedibilità, un criterio per l'individuazione delle regole cautelari (in particolare, l'evitabilità riguarda il contenuto della regola cautelare, ovvero lo specifico comportamento prescritto, che deve essere appunto idoneo ad evitare l'evento), mentre l'evitabilità *concreta* rappresenta un criterio di accertamento della colpa, cioè un criterio di imputazione dell'evento al soggetto¹³.

L'evitabilità può dunque essere valutata *in astratto* ed *ex ante*, con riferimento al contenuto delle regole cautelari e allo scopo di individuare i comportamenti doverosi necessari per evitare la verificazione di un evento dannoso. L'evitabilità può essere valutata altresì *in concreto* ed *ex post*, al fine di accertare nel caso specifico la cosiddetta "causalità della colpa" ovvero la "concretizzazione della colpa nell'evento"¹⁴.

Nella dottrina italiana si è progressivamente consolidata l'idea che il nesso normativo tra colpa ed evento si componga di due requisiti. Seguendo la

In giurisprudenza, v. Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.

¹⁰ Per tutti, v. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 263. In giurisprudenza, v. Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.; Cass. 22.12.2010 n. 2597, cit.; Cass. 23.4.2009 n. 36857, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 19.5.2005 n. 28564, cit.

¹¹ Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass., 29.3.2018 n. 40050, in *DeJureDFL*.

¹² Come afferma la Cassazione (Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.), «da tempo si è introdotta, nello scrutinio dei casi di responsabilità colposa, l'indagine controfattuale, che denuncia i suoi tratti di operazione eminentemente normativa, in maniera peculiare nelle ipotesi di reati colposi, omissivi, impropri». Colgono l'affinità tra causalità e colpa sotto questo profilo, Cass. 9.12.2021 n. 46146, in *DeJureGFL*; Cass. 11.11.2020 n. 11657, cit.; Cass. 2.7.2019 n. 43652, cit.

¹³ F. Stella, *La "descrizione" dell'evento*, I. *L'offesa - Il nesso causale*, Milano 1970, 37; M. Gallo, *op.cit.*, 642; G. Marinucci, *La colpa*, cit., 77; F. Mantovani, *Colpa*, in *DigDPen*, II, Torino 1988, 306; G. Fiandaca, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 1601; M. Romano, *op.cit.*, 432; G. Fiandaca, E. Musco, *op.cit.*, 595.

¹⁴ In giurisprudenza, v. Cass. 4.12.2009 n. 8622, in *RivTrimDPenEc* 2010, 463 ss.; Cass. 10.6.2010 n. 38991 (caso Montefibre), in *DPP* 2011, 185 ss., con commento di F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.

configurazione delineata in dottrina, il nesso normativo tra colpa ed evento si articola in un cosiddetto “primo nesso”, dato dalla realizzazione nell’evento dello specifico rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire, e dal cosiddetto “secondo nesso”, dato dalla evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito¹⁵.

In tutte le argomentazioni basate sull’esigenza di uno specifico nesso tra condotta ed evento ricorrono, da un lato, il criterio della realizzazione o concretizzazione del rischio, per cui l’evento deve rappresentare la concretizzazione del rischio illecito attivato dalla condotta e, dall’altro, quello dello scopo di protezione della norma, secondo cui si può imputare soltanto un evento che ricada nell’ambito di protezione della norma¹⁶.

Come ha ribadito da ultimo la Suprema Corte, «non ogni evento verificatosi può esser ricondotto alla condotta colposa dell’agente, ma solo quello che sia collegato causalmente alla violazione della specifica regola cautelare. Il giudice, pertanto, non può limitarsi ad accertare il nesso di causalità materiale tra la condotta e l’evento dato, ma deve scrutinare quale sia il rischio che la norma violata è intesa a scongiurare»¹⁷. Di qui, la necessità di verificare, non solo la causalità della condotta, «ma anche la idoneità del comportamento alternativo lecito a scongiurare l’evento e la verifica della c.d. concretizzazione del rischio, vale a dire la introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio concretizzatosi con l’evento, posta in essere attraverso la violazione delle regole di cautela tese a prevenire e a rendere evitabile proprio il prodursi di quel rischio»¹⁸.

L’utilità di tali criteri si può apprezzare nei casi in cui il comportamento alternativo lecito avrebbe sì impedito l’evento, ma questo fuoriesca dall’ambito di protezione della norma, potendosi allora espungere i casi in cui l’evento sarebbe stato evitato soltanto per caso. Ciò che conta è soltanto che l’evento potesse in generale essere evitato dalla norma¹⁹.

Numerosi sono gli esempi tratti dalla casistica relativa alla circolazione stradale. Si pensi ai casi di incidenti occorsi in presenza di eccesso di velocità: qui è indubbio che una velocità ridotta avrebbe di fatto evitato l’evento, se non altro perché la vettura avrebbe raggiunto il luogo dell’incidente in un momento diverso. Tuttavia, l’evitabilità dell’evento *hic et nunc* non può considerarsi sufficiente, dovendosi valutare anche la finalità della regola cautelare violata in relazione con l’evento concreto verificatosi. Come spiega la Cassazione, è impraticabile un giudizio controfattuale che ipotizzi una posizione differente del veicolo, rispetto al punto d’urto, conseguente alla eventuale,

¹⁵ G. Marinucci, *La colpa*, cit., 262; ID., *Non c’è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell’evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 15.

¹⁶ In dottrina, v., con accenti differenti, M. Gallo, *op.cit.*, 642; G. Marinucci, *La colpa*, cit., 264 ss.; F. Mantovani, *Colpa*, cit., 309; A. Castaldo, *op.cit.*, 88; S. Canestrari, *L’illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, 153 ss.; G. Forti, *op.cit.*, 421 e 434; M. Donini, *Lettura sistematica*, cit., 635; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 405; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 46 e 61 ss.; M. Romano, *op.cit.*, 410; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 595 ss.

¹⁷ Tra le più recenti, v. Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 5.5.2021 n. 21554, cit.

¹⁸ Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.; Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 5.5.2021 n. 21554, cit.; Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.; per questo indirizzo consolidato, v. in precedenza, Cass. 5.4.2016 n. 17000, cit.; Cass. 18.9.2008 n. 40802, cit.

¹⁹ Sul punto, G. Marinucci, *La colpa*, cit., 272; M. Donini, *Lettura sistematica*, cit., 1122; A. Castaldo, *op.cit.*, 178 ss.

minore velocità del mezzo. «Il ragionamento è fallace, ancor prima che inutile, alla stregua del rilevato difetto di collegamento tra la regola violata e il rischio da essa contemplato» e, così ragionando, «potrebbe affermarsi che anche una velocità superiore (...) (e, quindi, un comportamento ancor più gravemente connotato in termini di violazione del precetto cautelare) (...) avrebbe scongiurato l'impatto». In conclusione, «la sussistenza del fatto non può esser ricollegata alla mera occasione in cui la vittima ha trovato la morte, vale a dire l'impatto tra le due vetture, ma deve essere ricondotta all'accertata esistenza del nesso causale tra l'evento e la violazione del limite di velocità e il mancato adeguamento di essa in relazione alle condizioni della strada e del traffico»²⁰.

Emblematiche sono, altresì, le sentenze relative a incidenti automobilistici causati da invasione dell'opposta corsia di marcia. I giudici sottolineano che la normativa cautelare relativa ai limiti di velocità o all'obbligo di circolare sulla parte destra della carreggiata «è diretta a garantire l'andatura corretta e regolare del veicolo nell'ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono, ma non è intesa a evitare il rischio determinato dall'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dal senso opposto»²¹.

Nel settore della responsabilità medica si è fatto specifico riferimento allo scopo di tutela della regola cautelare in un caso relativo a distocia del feto, in cui non era stato chiarito se la manovra omessa dal medico fosse prevista solo per salvare la vita del feto oppure anche per evitare le conseguenze lesive verificatesi nel caso concreto²².

Similmente, in un caso relativo a lesioni subite da una cliente in un centro estetico in seguito ad un trattamento abbronzante, la Cassazione ha escluso l'esistenza del nesso tra colpa ed evento perché l'osservanza delle norme cautelari, volte ad accertare la non pericolosità dei prodotti utilizzati e il regolare funzionamento degli impianti non era diretta a prevenire reazioni allergiche²³.

Il ricorso al criterio della concretizzazione del rischio ha consentito di affermare la responsabilità di un giostraio per il decesso di una donna, la quale, nel tentativo di accedere alla giostra già in movimento, aveva perso l'equilibrio ed era caduta a terra, urtando la base rotante della struttura, l'accesso alla quale non era stato adeguatamente interdetto. Per i giudici la regola cautelare che impone di interdire l'accesso alla giostra in movimento ha la funzione di evitare che taluno riporti lesioni per effetto del particolare moto dell'impianto. L'evento rientra, pertanto, nell'area del rischio contemplato dalla norma e l'adozione delle misure omesse non avrebbe consentito alla vittima di raggiungere la giostra una volta che questa fosse stata attivata²⁴.

Anche con riferimento alla posizione di garanzia di soggetti incaricati della gestione della cosa pubblica la giurisprudenza si mostra più attenta a verificare la congruenza

²⁰ Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.

²¹ Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 11.4.2019 n. 18802, in *DeJureGFL*; Cass. 4.10.2017 n. 50024, in *DeJureGFL*; Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.

²² Cass. 18.3.2004 n. 24051, in *CP* 2005, 1532, con commento di L. Gizzi, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*.

²³ Cass. 12.5.2015 n. 22835, in *DeJureGFL*.

²⁴ Cass. 3.10.2014 n. 1819, in *DeJureGFL*.

tra evento verificatosi in concreto e rischio preso in considerazione dalla norma. Così, in relazione all'infortunio occorso ad una donna anziana, caduta per una lieve anomalia del manto stradale, non integrante una condizione di rischio per la generalità degli utenti, la Corte ha escluso la colpa del responsabile del servizio di manutenzione delle strade, in virtù dell'argomentazione che il garante non risponde degli eventi che costituiscano la concretizzazione di un rischio (consentito) eliminabile soltanto con un continuo intervento di manutenzione ordinaria che eviti qualsiasi anomalia della strada²⁵.

Ancora, riguardo alla responsabilità del gestore di una pista da sci, la giurisprudenza afferma l'obbligo di «recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o in alternativa rimuovere possibili fonti di rischio, anche esterne al tracciato solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore»²⁶.

In un altro caso, l'imputato dirigente provinciale del settore viabilità aveva ommesso di segnalare e riparare la grave anomalia del piano viabile, che aveva determinato la caduta e la conseguente morte di un motociclista. I giudici hanno escluso che il comportamento imprudente della vittima avesse introdotto un rischio diverso, del tutto eccentrico rispetto all'area di prevenzione delle regole violate dall'imputato²⁷.

In materia di infortuni sul lavoro, merita di essere citata la sentenza relativa all'incidente ferroviario di Viareggio, che ha escluso la configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" per le morti di soggetti estranei all'organizzazione dell'impresa, causate dall'incendio derivato dal deragliamento e successivo ribaltamento di un treno merci, osservando che «è necessario che venga violata una regola cautelare volta a eliminare o ridurre lo specifico rischio derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, di morte o lesioni in danno dei lavoratori o di terzi esposti alla medesima situazione di rischio e pertanto assimilabili ai lavoratori, e che l'evento sia concretizzazione di tale rischio "lavorativo", non essendo all'uopo sufficiente che lo stesso si verifichi in occasione dello svolgimento di un'attività lavorativa»²⁸.

Proprio nel settore degli infortuni sul lavoro si possono cogliere le rilevanti implicazioni pratiche del diverso atteggiarsi del criterio della concretizzazione del rischio.

Si afferma, infatti, la concretizzazione del rischio anche rispetto ad eventi riconducibili al comportamento colposo della vittima, sul presupposto che le cautele doverose del datore di lavoro comprendano anche le misure necessarie a prevenire comportamenti rischiosi e imprudenti dei lavoratori. «Le disposizioni in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro sono dunque dirette a tutelare il lavoratore anche in ordine a incidenti che possano derivare da sua colpa, dovendo il datore di

²⁵ Cass. 27.1.2021 n. 6513, in *DeJureGFL*.

²⁶ Cass. 15.2.2017 n. 14606, in *DeJureGFL*.

²⁷ Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.

²⁸ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (caso di Viareggio), cit.; da ultimo, negli stessi termini, Cass. 18.1.22 n. 3541, cit.

lavoro prevedere ed evitare prassi di lavoro non corrette e foriere di eventuali pericoli»²⁹.

L'orientamento è stato cristallizzato nella pronuncia delle Sezioni Unite relativa al caso Thyssenkrupp, ove si afferma che la condotta colposa del lavoratore può ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo quando sia tale da attivare «un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia»³⁰. La giurisprudenza ritiene, dunque, che il comportamento negligente, imprudente o imperito del lavoratore costituisca concretizzazione di un “rischio eccentrico”, con esclusione della responsabilità del garante, soltanto quando questi «abbia posto in essere anche le cautele finalizzate proprio alla disciplina e governo del rischio di comportamento imprudente, così che, solo in questo caso, l'evento verificatosi potrà essere ricondotto alla negligenza del lavoratore, piuttosto che al comportamento del garante»³¹.

La casistica citata – prevalentemente riferita a ipotesi di concorso di condotte colpose indipendenti – mostra chiaramente che il criterio della concretizzazione del rischio si pone al crocevia tra causalità e colpa, ove viene invocato per risolvere i casi di concorso di cause (ai sensi dell'art. 41 Cp) oppure per affrontare i problemi posti dalla colpa nelle relazioni pluripersonali (*sub specie* principio di affidamento).

3. Nella prassi applicativa non è chiaro, talvolta, se il nesso richiesto tra condotta colposa ed evento coincida con il nesso causale o se integri un *aliud*, complice l'uso promiscuo del concetto di “comportamento alternativo lecito” e il ricorso alla “verifica controfattuale”³². Nelle sentenze spesso non si distingue sufficientemente tra il piano causale (efficacia salvifica della condotta doverosa omessa) e piano della colpa (efficacia del comportamento alternativo lecito) e si segnala la tendenza ad utilizzare il termine “comportamento alternativo lecito” anche in relazione al reato omissivo improprio per indicare il comportamento doveroso omesso³³.

Già nelle sentenze più antiche compare il riferimento ad una causalità “in senso normativo”, per indicare l'esigenza che l'evento debba essere cagionato proprio da quella azione od omissione che fonda un rimprovero nei confronti dell'autore³⁴ e nella giurisprudenza contemporanea è ancora molto diffuso il riferimento alla “causalità

²⁹ Così, *ex multis*, Cass. 17.1.2017 n. 10265, in *DeJureGFL*; Cass. 21.4.2015 n. 22813, in *DeJureGFL*; Cass. 29.9.2005 n. 38877, in *DeJureGFL*.

³⁰ Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; negli stessi termini v. Cass. 13.12.2016 n. 15124, in *DeJureGFL*; Cass. 13.12.2017 n. 15174, in *DeJureGFL*.

³¹ Cass. 18.9.2020 n. 26618, in *DeJureGFL*; Cass. 20.3.2019 n. 27871, in *DeJureGFL*.

³² Per una rassegna giurisprudenziale, v. R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 176 e 205 ss.; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4116. Differenziano chiaramente i due profili, Cass. 23.1.2002 n. 22568, in *DeJureGFL*; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.

³³ Da ultimo, v. Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass., 9.12.2021 n. 46164, cit.; Cass., 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 3.12.2015 n. 2541, in *DeJureGFL*; Cass. 23.6.2015 n. 30350, in *DeJureGFL*. In dottrina, v. P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 104 ss.; R. Bartoli, *Causalità omissiva*, cit., 3227.

³⁴ Cass. 26.3.1941, in *RassGiurCircStr* 1941, 588; Cass. 18.10.1954, in *RivGiurCirc.Str* 1956, 62; Cass. 12.12.1955, in *RespCivPrev* 1956, 131.

giuridica”³⁵, al “profilo causale della colpa”³⁶, al “nesso eziologico” tra la condotta inosservante e l’evento³⁷.

Paradigmatici sono i casi di omissione colposa: data la presenza di analogie strutturali tra omissione e colpa riconducibili alla natura normativa del giudizio di inosservanza di una regola comportamentale, la valorizzazione della componente omissiva della colpa consente di ricostruire la mancata adozione delle cautele doverose come condotta omissiva, convertendo il delitto commissivo colposo in illecito omissivo improprio³⁸.

Nei reati *commissivi* colposi, sussistendo la causalità materiale, il comportamento alternativo lecito viene inquadrato come problema relativo al nesso normativo tra colpa ed evento e, dunque, interno al fatto tipico colposo. Nei reati *omissivi* colposi, non avendo l’omissione causato naturalisticamente alcunché, la verifica della evitabilità dell’evento viene affrontata sul piano della causalità materiale (cosiddetta causalità ipotetica nell’omissione). Il dubbio sulla causalità della colpa si traduce in un dubbio sulla causalità, ovvero in «un dubbio su un momento giuridicamente decisivo della causalità “naturalistica”: che se pure c’è stata [...] trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa»³⁹. La verifica dell’evitabilità dell’evento mediante comportamento alternativo lecito rimane così assorbita nell’accertamento causale, in applicazione dello schema di accertamento controfattuale proprio della causalità omissiva.

Nella prassi si sono registrati numerosi casi di “conversione” di fattispecie commissive colpose in reati omissivi impropri, in particolare nell’ambito della responsabilità medica, degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali⁴⁰.

³⁵ Cass. 19.5.2005 n. 28564, cit.; Cass. 18.3.2004 n. 24051, cit.

³⁶ Cass. 2.7.2019 n. 43652, cit.; Cass. 20.9.2012 n. 38, in *DeJureGFL*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.

³⁷ Cass. 3.12.2021 n. 838, cit.; Cass. 11.11.2021 n. 11657, cit.; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 38786, cit.; Cass. 1.10.2008 n. 39882, in *CP* 2009, 4695, con commento di A. Massaro, *Concretizzazione del rischio*, cit.; Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 6.7.2007 n. 37606, in *DeJureGFL*.

³⁸ Come spiega M. Donini, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio”*, cit., 118, «i casi in cui è difficile distinguere causalità della condotta e causalità della colpa sono quelli in cui la colpa consiste nel non aver attivato *condizioni salvifiche, condizioni negative* (così che l’evento appare sempre come verificatosi “per conto proprio”)». In questi casi, «se non si dimostra la causalità piena del comportamento alternativo lecito, quello impeditivo, che avrebbe attivato le condizioni negative, non c’è prova di nessuna causazione, né da parte della condotta, né da parte della colpa. Il profilo omissivo della colpa resta prevalente». Sull’affinità tra omissione e colpa, v. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 110; G. Forti, *op.cit.*, 27 ss. e 179 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 90 ss. e 409; M. Donini, *La causalità omissiva e l’imputazione per “l’aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 55 ss.; R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino 2010, 91; R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano 2004, 205 ss. Sulla componente omissiva della colpa, v. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 265 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, 374; C.E. Paliero, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIML* 1992, 828 ss.

³⁹ M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., 44. Negli stessi termini, C.E. Paliero, *op.cit.*, 828 ss.; A. Castaldo, *op.cit.*, 167; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 37; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 184; R. Bartoli, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *CP* 2006, 3227; L. Gizzi, *Il criterio della concretizzazione del rischio*, cit., 1541. In giurisprudenza, v. Cass. 6.7.2007 n. 37606, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.

⁴⁰V. ad esempio, Cass. 18.3.2004 n. 24051, cit.; Pret. Torino 9.2.1995 Barbotto Beraud, in *FI* 1996, II, 107; Cass. 15.11.2005 n. 3380, in *CP* 2007, 2793 ss., con nota di G. Amara, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell’imputazione dell’evento*; Cass. 18.6.2009 n. 37478, in *DeJureGFL*; Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit.; Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.; Cass. 24.5.2012 n. 33311 (Fincantieri), cit.; Cass. 21.12.2011 n.

La distinzione tra agire ed omettere si riverbera sulla scelta del criterio di accertamento del nesso tra colpa ed evento. Secondo la concezione tradizionale, infatti, il giudizio circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito seguirebbe criteri differenti nell'ambito del reato omissivo colposo e in quello commissivo colposo. Nel primo, ove causalità della condotta e causalità della colpa coincidono, è necessaria la certezza (probabilità confinante con la certezza o alta credibilità razionale) di evitare l'evento mediante la condotta doverosa omessa, al fine di garantire l'attribuzione dell'evento all'agente quale "fatto proprio"⁴¹; nel secondo, invece, ove è apprezzabile il profilo della causalità della colpa, è sufficiente la probabilità di evitare l'evento mediante comportamento alternativo lecito, dal momento che vi è la certezza della "materiale" causazione dell'evento⁴².

Questa impostazione si è tradotta, a sua volta, nella distinzione tra ragionamento esplicativo-descrittivo (*ex post*), proprio del giudizio di causalità fondato sulla credibilità razionale della spiegazione svincolata dal valore probabilistico della legge di copertura, e tra ragionamento prognostico-predittivo (*ex ante*), caratteristico del giudizio di evitabilità⁴³.

Posto che vi è unanimità circa il fatto che l'imputazione dell'evento debba escludersi quando è certo che nemmeno il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento, si segnala che una parte consistente della dottrina fa leva sul criterio dell'aumento del rischio, imputando l'evento quando la condotta illecita abbia aumentato il rischio di verificazione dell'evento, ovvero il comportamento alternativo lecito avrebbe diminuito le probabilità di verificazione dell'evento o aumentato le *chances* di salvezza del bene⁴⁴.

Il criterio dell'aumento del rischio prevale in giurisprudenza, ove si imputa l'evento anche quando il comportamento diligente avrebbe determinato «apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno» o «avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti termini) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare

1197, in *DeJureGFL*.

⁴¹ Cass. SU 10.07.2002 n. 30328, Franzese, in *CP* 2003, 3798 ss., con nota di E. Di Salvo, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*.

⁴² M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., 76; nel medesimo senso, v. P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 28 ss.; M. Romano, *op.cit.*, 411; da prospettiva peculiare, F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 1679 ss. L'impostazione è stabilmente accolta in giurisprudenza; v. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; da ultimo, Cass. 16.9.2020 n. 28294, in *DeJureGFL*; Cass. 19.7.2017 n. 39445, in *DeJureGFL*.

⁴³ R. Bartoli, *Il problema*, cit., 30; F. Viganò, *op. cit.*, 1681; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 13 ss. Nei medesimi termini, espressamente, Cass. 16.9.2020 n. 28294, cit.; Cass. 19.7.2017 n. 39445, cit.; Cass. 4.5.2011 n. 21028, in *DeJureGFL*.

⁴⁴ Così, ad esempio, A. Castaldo, *L'imputazione*, cit., 147; G. Forti, *op.cit.*, 692; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 408 ss.; G. Fiandaca, *Causalità*, cit., 128; M. Romano, *op.cit.*, 409; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio"*, cit., 116 (pur precisando il criterio nel senso del «più probabile che non»); P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 172 ss.; R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., 106 ss. e 209; D. Pulitanò, *Diritto penale*⁹, Torino 2021, 293.

il bene protetto» o di evitare l'evento, di determinare un evento di intensità lesiva minore o di ritardarne la verifica⁴⁵.

4. Come già accennato, nelle pronunce più recenti si coglie una maggiore attenzione per il corretto inquadramento sistematico delle problematiche e una chiara distinzione dei diversi piani di indagine.

Secondo un orientamento ormai consolidato, «l'accertata sussistenza di una condotta antiggiuridica (...) con violazione di specifiche norme di legge o di precetti di comune prudenza non può di per sé far presumere l'esistenza della causalità tra il suo comportamento e l'evento dannoso, che occorre sempre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'evento si sarebbe ugualmente verificato»⁴⁶.

Come ribadisce la Cassazione, «la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso»⁴⁷.

La Cassazione appare più scrupolosa nella identificazione delle condotte autenticamente omissive e applica il modello commissivo in presenza della introduzione nella situazione concreta di nuovi fattori di rischio, valorizzando l'eventuale omessa adozione di misure preventive doverose sul piano della colpa⁴⁸.

Nella sentenza sul disastro di Viareggio, ad esempio, i giudici osservano che nell'ambito del procedimento «quasi tutti gli imputati ricorrenti sono stati ritenuti responsabili di condotte che vanno qualificate come commissive colpose; ed in effetti i comportamenti che hanno rilievo causale sono di natura attiva, mentre la violazione delle pertinenti regole cautelari valgono a connotarli come colposi» (tra gli altri, l'attestazione di esito positivo del controllo tecnico e la messa in circolazione del carro montante l'assile difettoso). La Corte censura la circostanza che si sia evocata una posizione di garanzia in presenza di una condotta attiva che, in quanto colposa,

⁴⁵ In questi termini, v. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 30.5.2017 n. 34375, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 6.6.2013 n. 31980, in *DeJureGFL*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 6.7.2007 n. 37606, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit. Un consistente filone giurisprudenziale afferma l'imputazione dell'evento nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato «in epoca significativamente posteriore»; con riferimento alla responsabilità medica, v. da ultimo, Cass. 26.1.2021 n. 5800, in *DeJureGFL*; Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 19.7.2017 n. 50975, in *DeJureGFL*; Cass. 21.2.2012 n. 10864, in *DeJureGFL*; per il settore della esposizione ad amianto, v. Cass. 9.3.2016 n. 13138, in *DeJureGFL*; Cass. 27.8.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), cit.

⁴⁶ Così, Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit.; Cass. 24.5.2007 n. 24898, in *DeJureGFL*; Cass. 18.9.2008 n. 40802, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 38786, cit.

⁴⁷ Cass. 5.5.2021 n. 21554, cit.; Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.; Cass. 20.6.2018 n. 32216, in *DeJureGFL*; Cass. 6.5.2015 n. 24462, in *DeJureGFL*.

⁴⁸ Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 12.7.2012 n. 41184 (caso Eternit siciliana), cit.; Cass. 1.3.2011 n. 15002, in *DeJureGFL*; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit. Con riferimento, in particolare, al settore della responsabilità del datore di lavoro per infortuni e malattie professionali, v. l'estesa rassegna di S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., 244 ss.

presenta certamente aspetti omissivi, «i quali tuttavia non si riflettono sulla natura della condotta tipica»⁴⁹.

Significativamente, la giurisprudenza più recente torna a confrontarsi con un altro controverso aspetto dell'accertamento del nesso tra colpa ed evento, ovvero la determinazione della regola di giudizio.

Nel solco dell'insegnamento impartito dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese e nel caso Thyssenkrupp, i giudici affermano che nei reati omissivi colposi anche per l'accertamento della causalità della colpa deve adottarsi il criterio della ragionevole certezza o probabilità logica, non quello delle apprezzabili possibilità di successo⁵⁰. In alcune pronunce si coglie, tuttavia, l'intento di estendere tale acquisizione anche agli illeciti commissivi colposi. Come spiega la Suprema Corte, «il giudizio controfattuale trova il suo terreno di elezione nel ragionamento causale in tema di reato omissivo, ma non si tratta di un ambito esclusivo in quanto tale *iter* logico viene seguito anche in caso di reati commissivi ancorché non si renda necessario esprimerlo nella motivazione»⁵¹.

Secondo i giudici, il meccanismo controfattuale necessario per stabilire l'effettivo rilievo condizionante della condotta umana (così come l'effetto salvifico della condotta doverosa omessa) si deve fondare «non solo su affidabili informazioni scientifiche, ma anche sulle contingenze significative del caso concreto»⁵². Invero, «ciò che si impone di verificare nel giudizio controfattuale è l'elevata credibilità logica dell'efficacia salvifica della condotta alternativa corretta con l'obiettivo di raggiungere una certezza processuale che sia frutto dell'elaborazione, da parte del giudice, delle evidenze disponibili»⁵³.

Non può sfuggire che il riferimento alle «contingenze del caso concreto» e al «paradigma indiziario» implica un giudizio effettuato *ex post* e su base totale⁵⁴, in analogia con le cadenze dell'accertamento causale. Sembra potersi riconoscere il tentativo di uniformare i parametri di accertamento della causalità (omissiva) e della causalità della colpa: la probabilità logica assurge a criterio generale di giudizio, sia negli illeciti commissivi sia in quelli omissivi, in funzione di garanzia e in conformità alla *ratio* dell'imputazione *oggettiva* dell'evento.

Siffatta impostazione segna l'abbandono del parametro di accertamento della evitabilità dell'evento basato sulla mera possibilità (secondo una logica orientata al principio di precauzione) e il superamento del tradizionale orientamento "dualista", che propone criteri differenti per il giudizio circa la evitabilità dell'evento mediante

⁴⁹ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

⁵⁰ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

⁵¹ Cass. 9.12.2021 n. 46164, cit.; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.

⁵² Tra le tante, v. Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 6.7.2021 n. 28182, in *DeJureGFL*; Cass. 24.2.2021 n. 16843, in *DeJureGFL*; Cass. 3.2.2021 n. 5806, in *DeJureGFL*; Cass. 18.11.2020 n. 33230, in *DeJureGFL*; Cass. SU 14.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 4.12.2012 n. 10615, in *DeJureGFL*; Cass. 16.6.2010 n. 32121, in *DeJureGFL*.

⁵³ Cass. 9.12.2021 n. 46164, cit., sulla scorta di Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; nello stesso senso, recentemente, v. Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 24.2.2021 n. 16843, cit.; in precedenza, v. già Cass. 5.4.2013 n. 29889, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2013 n. 18573, in *DeJureGFL*.

⁵⁴ Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 3.2.2021 n. 5806, cit.

comportamento alternativo lecito nel reato omissivo colposo e in quello commissivo colposo⁵⁵.

Com'è noto, tale orientamento muove dal presupposto che il giudizio circa la evitabilità dell'evento riguardi esclusivamente il profilo della colpa e possa di conseguenza assumere carattere meramente probabilistico, non solo rispetto al criterio di giudizio (grado di probabilità o certezza), ma anche rispetto alla base nomologica del giudizio stesso (leggi statistiche, epidemiologiche, meri sospetti di pericolosità e teorie scientifiche non ancora accreditate). Come spiegava la Cassazione nel caso relativo alla frana di Sarno, «le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno natura non di verifica a posteriori della riconducibilità di un evento alla condotta di un uomo, ma funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi»⁵⁶.

Dall'esame delle numerose sentenze che oggi affrontano il tema della evitabilità dell'evento e della concretizzazione del rischio nell'illecito colposo (nei più svariati ambiti), si ricava l'impressione che nella prassi si stia facendo largo un orientamento più rigoroso che, per affermare l'imputazione, ritiene necessaria la ragionevole certezza o alta credibilità razionale (c.d. probabilità logica) che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento, pena la violazione del principio *in dubio pro reo* ⁵⁷.

Si tratta di una presa di posizione significativa, posto che – come riteniamo – la colpa non può essere slegata dalla spiegazione causale, in particolare in relazione al profilo “causale” dell'addebito colposo, perché l'evento concreto non risulterebbe più riconducibile al tipo di evento che la regola cautelare mirava a prevenire⁵⁸. Inoltre, nei contesti a causalità complessa o multifattoriale le incertezze riguardo alla spiegazione dei fenomeni investono inevitabilmente anche il piano della colpa, ostacolando, in particolare, la chiara descrizione dell'evento e l'identificazione delle condotte idonee a prevenirlo.

Non può sottovalutarsi il fatto che la giurisprudenza, interrogandosi circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento lecito, finisca per adottare un medesimo metodo di accertamento sia per il rapporto di causalità sia per la colpa, attuando così implicitamente la identificazione tra causalità (penalmente rilevante) e

⁵⁵ Si rinvia alla dottrina e giurisprudenza citate nelle note 42 e 43.

⁵⁶ Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit. Per questo indirizzo nella giurisprudenza in materia di amianto e altre sostanze tossiche, v. Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartolini, cit.; Cass. 24.5.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), cit.; Cass. 12.7.2012 n. 41184 (caso Eternit siciliana), cit.

⁵⁷ In questo senso, v. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 273; L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2000, 1067 ss.; F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano 2006, 131 ss.; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4135. In dottrina, sono critici nei confronti della indicata “tesi differenziatrice”, da posizione differenti, F. Viganò, *op.cit.*, 1701 ss.; R. Bartoli, *Il problema*, cit., 91; C. Perini, *op.cit.*, 586; G. Civello, *op.cit.*, 273 ss.; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., 138 ss.

⁵⁸ G. Forti, *op.cit.*, 503 ss.; C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in *RIDPP* 1997, 1495 ss.; L. Fornari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno della imputazione colposa*, in *RIDPP* 1999, 725; F. Stella, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *RIDPP* 2004, 379 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP* 2008, 648.

causalità della colpa. Le soluzioni adottate in giurisprudenza si rivelano, dunque, condivisibili, apparendo frutto di intuizioni corrette, malgrado argomentazioni non sempre limpide e lineari.

Da tempo in dottrina si rinvengono voci che sostengono, più o meno apertamente, che il nesso normativo tra colpa ed evento (il c.d. nesso di rischio) rappresenti un vero e proprio requisito causale, una sorta di specificazione della causalità, nella misura in cui non soltanto la condotta dell'agente deve essere causale rispetto all'evento, ma proprio *quelle caratteristiche* della condotta, che ne determinano la illiceità⁵⁹. In quest'ottica, «le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli articoli 40 e 43 Cp – l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare – non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, e, dunque, coincidono»⁶⁰.

In questo quadro appare decisiva la prova della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito – quale unica “causalità” penalmente rilevante – in termini di credibilità razionale, in virtù della esclusione di fattori causali alternativi e della valutazione della efficacia preventiva della regola cautelare violata alla luce delle contingenze concrete.

5. Le osservazioni svolte inducono ad affrontare il problema della individuazione del comportamento alternativo lecito idoneo ad evitare l'evento, ovvero la determinazione delle cautele doverose.

Nonostante la sua rilevanza pratica, il tema ha trovato poco spazio in letteratura e in giurisprudenza⁶¹. Nelle sentenze più recenti si rinvengono ancora una volta indicazioni utili e stimolanti.

Mentre nel reato omissivo è l'obbligo giuridico del garante a indicare la condotta alternativa necessaria a impedire l'evento, nel reato commissivo colposo il comportamento alternativo lecito non è sempre predeterminato. Secondo l'impostazione tradizionale, il comportamento alternativo lecito si configura in relazione ad un preciso obbligo di condotta, ovvero si definisce e si individua alla luce della norma violata presa in considerazione nella situazione concreta⁶².

Tranne i casi in cui sia prescritta l'astensione *tout court* dalla condotta vietata e quelli in cui la condotta diligente sia compiutamente descritta da una norma cautelare codificata (si pensi, ad esempio, a valori soglia, tassi alcolemici, limiti di velocità, distanze di sicurezza e simili), sono configurabili numerose condotte alternative lecite e non è affatto chiaro in base a quale criterio si debba selezionare quella rilevante ai fini del giudizio di evitabilità dell'evento. Con riferimento al peculiare settore della

⁵⁹ M. Donini, *Illecito*, 442, nt. 192.

⁶⁰ L. Eusebi, *op.cit.*, 1061.

⁶¹ Se ne sono occupati, G. Forti, *op.cit.*, 714; P. Veneziani, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *CP* 2013, 1224 ss.; G. Civello, *op.cit.*, 251 ss.; K. Summerer, *Causalità*, cit., 283 ss. Appare più ampio il dibattito in relazione al settore della colpa medica, anche in virtù dei controversi interventi di riforma degli ultimi anni; per tutti, v. M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017; D. Micheletti, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *DisCrimen*, 9.5.2019.

⁶² F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., 89.

colpa medica, la dottrina riconosce la frequente presenza di un concorso di regole cautelari, cioè di una molteplicità di opzioni di condotta, che rende assai difficile stabilire – nella prospettiva *ex ante* – quale fosse il comportamento diligente idoneo a prevenire l'esito lesivo⁶³.

Anche quando si tratti di regole codificate, la loro eventuale natura elastica pone non trascurabili problemi di definizione contenutistica⁶⁴. Come spiega la Cassazione, «qualora si assuma la violazione di una regola c.d. “elastica” (che necessiti, cioè, per la sua applicazione di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare, al contrario di quelle cosiddette “rigide”, che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento) è necessario, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta anti doverosa, procedere a una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto»⁶⁵.

La ricostruzione della condotta alternativa lecita è poi condizionata dal parametro di accertamento adottato, oscillante tra l'agente ideale dotato della miglior scienza ed esperienza e l'*homo eiusdem* (o addirittura differenti figure di agente modello all'interno di un medesimo ambito di attività)⁶⁶.

Neppure il riferimento allo scopo di tutela della norma consente di determinare in modo univoco il comportamento diligente prescritto. Non sempre la *ratio* preventiva della norma è chiara e spesso le regole cautelari presentano uno spettro preventivo assai ampio; talvolta non esiste alcun comportamento alternativo lecito, a causa delle caratteristiche della situazione concreta, che rendono impossibile l'osservanza della norma (come quando, ad esempio, in una strada particolarmente stretta risulti impossibile mantenere un adeguato margine di sorpasso) o impongono di verificare se, nella situazione concreta, esista una diversa regola cautelare in grado di prevenire eventi lesivi.

A questo proposito va ribadita l'ammissibilità di una colpa generica (in funzione integratrice e sussidiaria) anche in caso di osservanza di regole cautelari scritte⁶⁷. Occorre, tuttavia, «farsi carico delle istanze di determinatezza e di rispetto del principio di colpevolezza», come osserva la Cassazione, assicurando che la regola cautelare di fonte sociale sia preesistente al fatto e oggetto di accertamento processuale. Secondo la Corte, «anche quando la diligenza doverosa sia specificata da regole cautelari contenute in enunciati, sì che la loro violazione può dar luogo ad ipotesi di colpa specifica, il gestore del rischio è tenuto ad osservare preesistenti regole

⁶³ 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 c.p., in www.la legislazione penale.eu, 7.12.2017, 8 ss.; G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 18 ss., ove segnala un fenomeno di «strumentalità alternativa», ritenendo «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 'tranillo' insidioso (e costituzionalmente illegittimo, ex art. 27, 1° comma, Cost.) di una costruzione a posteriori dei requisiti della colpa».

⁶⁴ Così, Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.

⁶⁵ Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.

⁶⁶ In merito alle implicazioni di tale scelta, v. recentemente G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 3 ss. Per il riferimento al parametro della “miglior scienza ed esperienza”, v. F. Mantovani, *Colpa*, cit., 306; ID., *Diritto penale*¹¹, Padova 2020, cit., 364 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2019, 260; da ultimo, M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 165 ss.

⁶⁷ Sui rapporti tra colpa generica e specifica, v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, Torino 2021, 314 ss.; D. Castronuovo, *Colpa penale*, in *ED, I tematici II, Reato colposo*, Milano 2021, 213 ss.

cautelari non positivizzate pertinenti a tale gestione quando risulti *ex ante* l'inefficacia preventiva delle regole positivizzate, alla luce delle conoscenze scientifiche, tecniche o esperienziali pertinenti»⁶⁸.

Di fatto, l'operazione di sostituzione della condotta illecita con il comportamento alternativo lecito è aperta ad infinite variabili e manipolazioni. Quando si tratta di creare uno scenario controfattuale è necessario procedere aggiungendo elementi non meramente congetturali e ipotetici, poiché altrimenti non vi sarebbero limiti alla fantasia dell'interprete (e del giudice). Piuttosto, occorre individuare, sulla base delle conoscenze scientifiche e delle massime di esperienza, un "mondo simile", tenendo conto del contesto causale esistente

Anche la giurisprudenza, del resto, è consapevole della necessità di prendere in considerazione esclusivamente cause probabili e spiegazioni alternative plausibili, ancorate ad elementi di fatto, e non circostanze meramente congetturali ed ipotetiche, laddove afferma che «la prospettazione di una spiegazione causale alternativa e diversa [...] non può essere affidata solo ad una indicazione meramente possibilista, ma deve connotarsi di elementi di concreta probabilità, di specifica possibilità, essendo necessario, cioè, che quell'accadimento alternativo, ancorché pur sempre prospettabile come possibile, divenga anche, nel caso concreto, *hic et nunc*, concretamente probabile, alla stregua, appunto, delle acquisizioni processuali»⁶⁹.

Nella sentenza sul disastro di Viareggio, la Cassazione ha respinto le argomentazioni dei ricorrenti, che ritenevano di non poter escludere decorsi ipotetici alternativi produttivi di eventi analoghi a quello verificatosi in concreto. I giudici hanno chiaramente sottolineato che «un evento diverso da quello concretamente verificatosi e puramente ipotetico (nel caso specifico, il deragliamento comunque determinatosi, con altro carro, in altro luogo, in altro tempo) non può essere assunto a termine della relazione causale»⁷⁰.

La determinazione della condotta doverosa è particolarmente difficile nelle situazioni in cui interagiscono più fattori di rischio o sono presenti fenomeni a eziologia complessa, nei settori segnati dalla rapida evoluzione delle conoscenze e delle tecniche di gestione del rischio e nei contesti di cosiddetta colpa relazionale, caratterizzati cioè dalla interazione di più soggetti⁷¹.

⁶⁸ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), cit.

⁶⁹ In questi termini, Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 47474, in *DeJureGFL*; Cass. 20.12.2008 n. 10789, in *DeJureGFL*. Hanno correttamente negato la rilevanza del decorso causale alternativo prospettato anche Cass. 9.6.2011 n. 28782, in *DeJureGFL* (il caso riguardava un oculista che, a conclusione di un intervento per l'estrazione della cataratta non aveva effettuato la sutura della ferita, a causa dello stato di agitazione della paziente e provocando la fuoriuscita di tessuto oculare con conseguente compromissione della vista; la difesa sostenne che anche qualora la paziente fosse stata sottoposta ad anestesia generale per procedere alla sutura, l'intubazione avrebbe potuto determinare il medesimo evento dannoso); Cass. 12.11.2008 n. 4107, in *CP* 2010, 1462 (uno psichiatra aveva rilasciato un certificato di idoneità all'uso di armi ad un paziente, che successivamente aggredì alcune persone; la circostanza che il paziente avrebbe potuto comunque compiere il fatto procurandosi l'arma sul mercato clandestino fu considerata irrilevante dalla Corte); Cass. 12.7.2011 n. 38774, in *DeJureGFL* (alcuni medici, imputati per lesioni per aver cagionato una distocia di spalla ad un nascituro a causa dell'omessa diagnosi di macrosomia del feto e dell'omessa effettuazione del parto chirurgico, si difesero sostenendo che un'analogha lesione avrebbe potuto verificarsi anche durante l'operazione di taglio cesareo).

⁷⁰ Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.

⁷¹ C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., *passim*; G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*:

In questi ultimi, specialmente, il ragionamento ipotetico-controfattuale, volto ad individuare il comportamento alternativo lecito, si articola su più livelli, dovendosi tenere conto anche delle (ipotetiche) condotte di terzi che interagiscono con l'agente e dei loro (ipotetici) effetti. Quando il comportamento alternativo lecito si innesta su costellazioni complesse (come ad esempio la cooperazione colposa, il concorso di cause colpose indipendenti, la delega di funzioni, la successione di garanti, le attività di *équipe*), implicando la sollecitazione, la segnalazione o il coinvolgimento di altri soggetti, l'accertamento è segnato da un elevato grado di incertezza⁷².

Rispetto alle condotte umane ipotetiche entrano in gioco diversi elementi: la (libera) scelta e decisione di un terzo, la fedeltà dell'individuo alle norme (o la propensione a violarle), l'esistenza di norme di comportamento vincolanti per i destinatari. Si tratta, in ogni caso, di fattori non determinabili *ex ante* e rispetto ai quali non esistono generalizzazioni causali ritenute valide.

Dottrina e giurisprudenza hanno espresso con vigore la necessità che le condotte di terzi siano assunte come lecite e conformi al diritto e alla diligenza. Così, nell'ambito della responsabilità medica, deve ritenersi che se l'agente avesse avvertito tempestivamente il medico, la vittima sarebbe stata salvata, perché si suppone che il medico avrebbe agito secondo le *leges artis*⁷³. Tale valutazione dovrà essere condotta secondo parametri standardizzati, salvo l'accertamento di concreti elementi che facciano supporre un comportamento non conforme da parte del terzo. In analogia con i criteri che regolano l'applicazione del principio di affidamento, la fiducia nel comportamento osservante del terzo «trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale il soggetto garante del rischio è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della "ragionevole" prevedibilità in base alle circostanze del caso concreto»⁷⁴.

Il principio è stato ribadito, da ultimo, nella sentenza sull'incidente ferroviario di Viareggio: «Quando la ricostruzione del comportamento alternativo lecito idoneo ad impedire l'evento deve essere compiuta nella prospettiva dell'interazione tra più soggetti, sui quali incombe l'obbligo di adempiere allo stesso "dovere" o a "doveri" tra

costi e tempi dell'adeguamento delle regole di diligenza, in *RIDPP* 2005, 40; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 1227; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1594 ss.; A. Perin, *op.cit.*, 234 ss.; G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in www.la legislazione penale.eu, 3.2.2020.

⁷² P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit. 1242; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica*, cit., 1632; A. Gargani, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *IP* 2000, 578 ss.; A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento medico sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *DPP* 2001, 477 ss.; L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 821 ss.; M.L. Mattheudakis, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *CP* 2010, 1478 ss.

⁷³ Cass. 2.7.2015 n. 31244, in *CP* 2016, 609, relativa al caso di un'ostetrica, che aveva omesso di allertare tempestivamente i medici di guardia riguardo ai segnali di sofferenza fetale del nascituro, in seguito deceduto per le gravi patologie riportate. L'orientamento è costante in giurisprudenza, v. Cass. 12.12.2014 n. 20063, in *DeJureGFL*; Cass. 16.7.2009 n. 35027, in *DeJureGFL*; Cass. 29.1.2004 n. 21709, in *DeJureGFL*. In dottrina, v. P. Veneziani, *La causalità della colpa*, cit., 1242.

⁷⁴ Cass. 26.11.2020 n. 6490 (incidente del Porto di Genova), in *DeJureGFL*; Cass. 8.1.2021 n. 32899 (incidente ferroviario di Viareggio), cit.; Cass. 12.5.2017 n. 35585 (naufragio della Costa Concordia), in *CP* 2018, 1103 ss., con nota di G. Bova, A. Marchini, *Il caso "Costa-Concordia": profili di responsabilità penale del comandante*.

loro collegati, la valutazione della condotta di colui che è tenuto ad attivare altri va effettuata assumendo che il soggetto che da esso sarebbe stato attivato avrebbe agito correttamente, in conformità al parametro dell'agente "modello" (...) Si tratta di un principio che sottende l'analisi della struttura dell'accertamento causale richiesto, il quale non può fare a meno di ricorrere a massime di esperienza attinenti al comportamento atteso nell'ambito della ordinaria esplicazione dei compiti. Motivo per cui è del tutto ragionevole utilizzare un criterio di "regolarità comportamentale", a meno che non siano dimostrate nel processo circostanze specifiche che contraddicono nel caso concreto la pertinenza di un simile criterio»⁷⁵. Nel caso specifico, i giudici non hanno dubitato della valenza impeditiva del comportamento alternativo lecito, considerato che non poteva avere alcun rilievo l'ipotesi congetturale che l'anomalia documentale ascrivibile agli imputati avrebbe anche potuto non essere individuata dal soggetto terzo deputato al controllo.

Analogamente, quando si rimprovera il datore di lavoro di non aver fornito un dispositivo di protezione individuale e si afferma che l'infortunio si è determinato a causa di tale omissione si postula che il lavoratore avrebbe fatto uso del dispositivo ove consegnatogli⁷⁶.

Il problema del corretto svolgimento del giudizio controfattuale è stato affrontato anche in un'altra recente sentenza, ove i giudici hanno supposto il comportamento diligente da parte della vittima e non – come suggerivano le difese – un comportamento inosservante meramente ipotetico. Nella fattispecie, gli imputati, accusati della morte di una ragazza per non aver installato un camminamento pedonale a lato del guardrail, affermavano che la condotta omessa non avrebbe evitato l'evento, non potendosi affermare con ragionevole certezza che la vittima avrebbe utilizzato il camminamento pedonale piuttosto che attraversare imprudentemente, come accaduto, la strada. La difesa degli imputati, insomma, aveva erroneamente incentrato il ragionamento non sulla condotta alternativa che si sarebbe potuta/dovuta pretendere dagli imputati, ma sull'agire, del tutto ipotetico e astratto, della vittima⁷⁷.

6. In numerose sentenze uno dei principali motivi di ricorso (regolarmente respinto dalla Cassazione) è dato dalla insufficiente determinazione del comportamento alternativo lecito. Spesso i giudici si limitano ad accertare la violazione di una norma cautelare, seguita dal verificarsi dell'evento che essa mira a scongiurare, affermando — sulla scorta di un ragionamento circolare — che un comportamento diligente e prudente avrebbe evitato l'evento lesivo, senza specificare in che cosa dovesse consistere la condotta alternativa. Raramente si approfondisce la questione della reale idoneità preventiva o del grado di efficacia delle cautele conoscibili ed esigibili al momento della condotta⁷⁸.

⁷⁵ Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit. Cfr. anche Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.

⁷⁶ In questi termini, ancora Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.

⁷⁷ Cass. 15.10.2021 n. 3519, in *DeJureGFL*.

⁷⁸ Per un'ampia disamina, v. S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in ED, *I tematici II, Reato*

Nella giurisprudenza di legittimità più recente si registra una maggiore attenzione rispetto all'esigenza di un più puntuale accertamento della cautela doverosa prescritta nel caso concreto e la Cassazione ha più volte sottolineato che il comportamento alternativo lecito deve essere determinato sulla base dell'acquisizione di elementi precisi e affidabili, e non esclusivamente di generiche asserzioni circa regole di prudenza ipoteticamente violate⁷⁹.

I giudici di legittimità hanno ripetutamente affermato che «il giudizio controfattuale richiede innanzitutto che venga preliminarmente descritto ciò che è accaduto; solo dopo aver accertato "che cosa è successo" (si propone al riguardo la definizione di "giudizio esplicativo") è possibile chiedersi cosa sarebbe stato se fosse intervenuta la condotta doverosa ("giudizio predittivo")»⁸⁰. Ne consegue che solo dopo aver identificato compiutamente la condotta doverosa può risolversi il quesito in merito alla sua valenza salvifica⁸¹. Senza una preliminare incontrovertita delimitazione del quadro fattuale quell'attitudine si può predicare solo in termini astratti⁸².

Come osserva la Cassazione, «lo sforzo di individuazione della regola cautelare non viene richiesto solo rispetto a quella positivizzata; vi è consapevolezza che esso deve essere ancor più rigoroso quando venga evocata la prudenza, la diligenza, la perizia. Per quanto possa risultare difficile distinguere l'una dall'altra, esse non si risolvono in formule vuote di contenuto, ma alludono ancora a comportamenti cautelari identificati dal sapere diffuso e quindi non esimono il giudice dalla necessità di indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso»⁸³.

Con riferimento al caso di un automobilista che, procedendo ad una velocità eccessiva in rapporto alle peculiarità della strada e alle condizioni meteorologiche, aveva investito un pedone che aveva attraversato repentinamente la strada, i giudici escludono la violazione della regola cautelare laddove non si proceda alla previa determinazione della velocità che risulti — non *ex post*, ma *ex ante*, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto — adeguata allo stato dei luoghi e idonea ad evitare l'investimento⁸⁴.

Nell'ambito della responsabilità medica, si è ritenuto insufficiente il generico riferimento ad un intervento medico tempestivo, senza valutare la specifica capacità salvifica del comportamento alternativo lecito in termini di alta probabilità logica e senza indicare gli elementi fattuali (età del paziente, pregresse patologie, immunodepressione ecc.), che avrebbero permesso di concretizzare il giudizio controfattuale⁸⁵. In un altro caso, i giudici di legittimità hanno censurato la Corte

colposo, Milano 2021, 582 ss. In dottrina, v. L. Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, in *RTrimDPenEc* 2009, 969; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 1240 ss.; D. Micheletti, *La responsabilità del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *www.discrimen.it*, 8.05.2019, 20 ss.

⁷⁹ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro di Viareggio), cit.

⁸⁰ Cass. 16.6.2016 n. 39445, cit. Cfr. altresì Cass. 16.9.2020 n. 28294, cit.; Cass. 15.1.2020 n. 12353, in *DeJureGFL*.

⁸¹ Cass. 16.6.2016 n. 39445, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 6.6.2013 n. 31980, cit.

⁸² Cass. 13.1.2013 n. 23339, in *DeJureGFL*.

⁸³ Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.; Cass. 14.4.2016 n. 31490, in *DeJureGFL*.

⁸⁴ Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 7.2.2020 n. 10152, in *DeJureGFL*. Analogamente, sempre nell'ambito della circolazione stradale, v. Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.; Cass. 20.9.2012 n. 38, cit.

⁸⁵ Cass. 20.2.2020 n. 15080, in *DeJureGFL*; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 6.7.2021 n. 28182, cit.; Cass., 24.2.2021 n. 16843, cit.

territoriale, che aveva evocato in modo apodittico la miglior scienza ed esperienza del settore, le buone pratiche ampiamente diffuse e consolidate nel settore di competenza del medico, lo stato dell'arte, senza peraltro indicare la fonte dalla quale aveva tratto la conoscenza, e hanno ribadito che «la complessità della medicina preclude l'assunzione di giudizi che non siano nutriti dell'analisi tecnica dei dati disponibili, concernenti il paziente e la malattia»⁸⁶.

Anche nella sentenza relativa all'incidente del Porto di Genova il tema della esatta individuazione del comportamento alternativo lecito, resa più difficoltosa dalla natura elastica delle regole cautelari violate, è oggetto di approfondita analisi. La Cassazione afferma che «il comportamento alternativo non è stato desunto dagli elementi indiziari concretamente emersi e non poteva certo essere ipotizzato in astratto dall'organo giudicante, essendo noto che, in tema di colpa generica, l'individuazione della regola cautelare non scritta eventualmente violata non deve essere frutto di una elaborazione creativa, fondata su una valutazione ricavata *ex post* ad evento avvenuto e in maniera del tutto astratta e svincolata dal caso concreto, ma deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento, per poi procedere formulando l'interrogativo se questo fosse prevedibile ed evitabile *ex ante*, con il rispetto della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico scientifiche e delle massime di esperienza. Nel momento in cui non viene individuata la condotta alternativa doverosa, si è al di fuori della colpa, non essendo concretamente desumibile la violazione di una regola cautelare - generica o specifica - tesa ad impedire la concretizzazione del rischio di verificazione dell'evento»⁸⁷.

La Suprema Corte riconosce le insidie del processo di identificazione della regola violata, il pericolo di un approccio "creativo", e non meramente ricognitivo, in violazione dei principi di legalità e di colpevolezza. Si ribadisce, allora, che non è consentito «muovere a ritroso dalla situazione così come si è verificata chiedendosi cosa avrebbe impedito il suo dipanarsi», poiché «quella che risulterebbe individuata sarebbe la regola cautelare dell'evento singolare e non una regola astratta, preesistente all'evento ed idonea a prevenire eventi del genere di quello effettivamente occorso»⁸⁸.

Il ragionamento della Corte implica, altresì, la consapevolezza che il comportamento alternativo lecito non può identificarsi in una mera condotta osservante delle regole cautelari (contrapposta alla condotta inosservante delle medesime regole), ma è costituito da una condotta che, se posta in essere, sarebbe stata idonea ad evitare l'evento⁸⁹. Nelle sentenze più recenti si intravede la valorizzazione del contenuto "modale" della regola cautelare, cioè delle prescrizioni comportamentali volte a gestire un determinato fattore di rischio e a prevenire uno specifico evento lesivo⁹⁰. Così, per la Cassazione «la colpa non consiste nella violazione

⁸⁶ Cass. 16.6.2016 n. 39445, cit.

⁸⁷ Cass. 26.11.2020 n. 6490, cit. Analogamente, Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.; Cass. 13.12.2016 n. 9390, in *DeJureGFL*.

⁸⁸ Cass. 24.4.2014 n. 34119, in *DeJureGFL*.

⁸⁹ Così, chiaramente, già Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit. («La regola cautelare deve, necessariamente, avere carattere "modale", deve cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari ad evitare il verificarsi dell'evento»).

⁹⁰ Al riguardo, in dottrina, F. Giunta, *Illiceità*, cit., 233 ss.; recentemente, v. D. Micheletti, *La responsabilità*, cit.,

di una generica obbligazione di diligenza dal contenuto neutro ed indeterminato, bensì nella violazione di una specifica regola (...) di condotta che prescrive modalità di comportamento da adottare in un caso concreto per evitare il verificarsi di uno specifico evento offensivo»⁹¹. «La regola cautelare alla stregua della quale deve essere valutato il comportamento del garante, non può rinvenirsi in norme che attribuiscono compiti senza individuare le modalità di assolvimento degli stessi, dovendosi, invece, avere riguardo esclusivamente a norme che indicano con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare il verificarsi dell'evento»⁹².

La regola cautelare trova legittimazione proprio nell'efficacia (non nella forma o validità della sua positivizzazione) e va dunque osservata, sempre che risulti in concreto efficace rispetto allo scopo⁹³. Come conclude la Cassazione nel caso dell'incidente ferroviario di Viareggio, né la posizione di garanzia né la regola cautelare positivizzata sono da sole sufficienti a definire quale comportamento si sarebbe dovuto porre in essere, poiché «l'indagine va estesa alle pertinenti regole comportamentali, che si impongono nel caso concreto per la loro riconosciuta efficacia cautelare»⁹⁴.

Si è già detto che le modalità di individuazione della condotta doverosa sono condizionate dalla natura *generica* o *specificata* della colpa e, specialmente, dal carattere *aperto* o *elastico* delle regole cautelari, dovendosi adeguare il giudizio alle peculiarità della situazione concreta. Assume qui una importanza centrale la descrizione dell'evento: occorre stabilire se si debba considerare il concreto evento realizzatosi ovvero una categoria di eventi riconducibili alla medesima causa. Siccome la regola cautelare formalizza un giudizio di prevedibilità ed evitabilità di un evento dannoso, si tratta di stabilire se l'evento concreto possa essere ricompreso tra quelli che, nella redazione della regola cautelare, si volevano evitare.

Dopo la sentenza su Porto Marghera si consolida in giurisprudenza la distinzione tra regole cautelari cosiddette "rigide" («che prendono in considerazione solo uno specifico e determinato evento») e regole cautelari cosiddette "aperte" («dettate sul presupposto che esistano o possano esistere conseguenze dannose non ancora conosciute»). Queste ultime sono suscettibili di progressivo ed automatico aggiornamento alla luce dell'evoluzione del sapere scientifico⁹⁵. Nei settori caratterizzati dal costante mutamento e dal progressivo adeguamento delle regole cautelari (per es., infortuni sul luogo di lavoro o malattie professionali) il legislatore sovente sceglie di costruire una regola cautelare mediante clausole generali e criteri indeterminati; tuttavia, il rischio di "elaborazione creativa" di regole non positivizzate deve indurre l'interprete a specificarle, di volta in volta, mediante il rinvio alle cautele che la scienza, l'esperienza o l'evoluzione tecnologica sono in grado di suggerire⁹⁶.

9.

⁹¹ Cass. SU 22.1.2009 n. 22676, in *DeJureGFL*.

⁹² Cass. 19.11.2015 n. 12478 (riguardante la Commissione Grandi Rischi nella vicenda del terremoto dell'Aquila), in *Fl* 2017, II, 149 ss., con nota di C. Brusco, *Il principio di precauzione nell'ordinamento penale. La causalità psichica*.

⁹³ In questi termini, Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

⁹⁴ Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.; Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.

⁹⁵ Cass. 11.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 6.7.2007 n. 37606, cit.; Cass. 20.4.2005 n. 11351, in *DeJureGFL*.

⁹⁶ Così, Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 13.12.2016 n. 9390, cit.; da ultimo, ancora Cass. 8.1.2021 n.

Poiché l'individuazione del comportamento alternativo lecito è rimessa ad un momento successivo a quello della condotta, occorre procedere con estrema prudenza, onde evitare il rischio di valutare retrospettivamente il giudizio formulato *ex ante* in base al risultato concreto verificatosi (secondo la distorsione cognitiva che induce ad affermare la prevedibilità di un evento infausto in seguito alla sua verifica — cosiddetto *hindsight bias* — e la evitabilità di un evento a seconda della sua gravità — cosiddetto *outcome bias*)⁹⁷. Diversamente il giudicante finirebbe per fare coincidere la condotta diligente prescritta *ex ante* con quella che *ex post* avrebbe evitato l'evento⁹⁸.

L'individuazione della regola cautelare e del suo ambito di protezione avviene in un'ottica *ex ante*; ai fini della colpa possono dunque rilevare esclusivamente le leggi causali scientifiche disponibili al momento della condotta, con la conseguenza che eventuali progressi tecnologici o nuove acquisizioni scientifiche non possono in alcun modo incidere sulla valutazione già compiuta⁹⁹. Si segnalano, tuttavia, frequenti manipolazioni nella prassi, specialmente nella casistica relativa alla esposizione a sostanze tossiche, ove il problema investe sia la descrizione dell'evento da prevenire sia l'individuazione delle misure necessarie per fronteggiare il rischio¹⁰⁰.

Il procedimento ipotetico-controfattuale pone l'interprete davanti ad un dilemma: considerare l'evento naturalistico nella sua concretezza, così come si è verificato *hic et nunc*, tenendo conto di tutte le circostanze e modalità di verifica, con la conseguenza di affermare l'evitabilità dell'evento, perché una condotta alternativa non avrebbe certo cagionato proprio quell'evento; oppure considerare l'evento nella sua astratta riconducibilità al tipo di evento previsto dalla norma, con la conseguenza di escludere l'evitabilità dell'evento quando il comportamento alternativo lecito avrebbe condotto ad un evento dello stesso *tipo* di quello previsto dal legislatore.

Si è criticamente rilevato che la ri-descrizione dell'evento specifico verificatosi *hic et nunc* come evento “di genere” conduce ad una imputazione basata sulla mera inosservanza della regola cautelare e sul *versari in re illicita*¹⁰¹. Tuttavia, l'opposta tesi

32899 (disastro di Viareggio), cit.

⁹⁷ In merito, v. G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 48 ss.; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 1240; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 105 ss.; G. Civello, *op.cit.*, 73 ss.; G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 18. Anche nella giurisprudenza più recente si registra una maggiore consapevolezza circa i pericoli di surrettizie valutazioni a posteriori; v. Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), cit.; Cass. 26.11.2020 n. 6490 (incidente del Porto di Genova), cit.; Cass. 11.2.2020 n. 15258, in *DeJureGFL*; Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 23.5.2013 n. 36400, in *DeJureGFL*; Cass. 13.12.2006 n. 9390, cit. In merito, v. S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema*, cit., 581 ss.

⁹⁸ Mette in guardia da questo rischio, Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.

⁹⁹ Sul punto, v. G. Forti, *op.cit.*, 664; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 85 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione*, cit., 647. In prospettiva più ampia, 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*, II, cit., 1751 ss.; R. Bartoli, *Causalità e colpa*, cit., 623.

¹⁰⁰ Ampiamente, S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., 95 ss.

¹⁰¹ G. Forti, *op.cit.*, 437 ss.; L. Fornari, *op.cit.*, 719 ss.; C.E. Paliero, *op.cit.*, 844; C. Piergallini, *Attività produttive*, cit., 1483 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 129 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione*, cit., 650 ss.; A. Perin, *op.cit.*, 155 ss. Per una definizione generica di evento-danno, in giurisprudenza, v., a partire da Cass. 6.12.1990 n. 4793, Bonetti, in *CP* 1992, 2754 e in *FI* 1992, II, 36, relativa al disastro di Stava, la giurisprudenza costante in materia di malattie professionali ed esposizione a sostanze tossiche: v. Pret. Torino 9.2.1995 Barbotto Beraud, cit.; Cass. 19.9.1997, in *IP* 1998, 541, con commento di P. Veneziani, *Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali: una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo*;

della descrizione iper-concretizzante dell'evento (e del decorso causale che vi ha condotto) rischia di vanificare lo scopo della previsione di regole cautelari (soprattutto se positivizzate) e il significato della loro violazione sul piano oggettivo della tipicità¹⁰²

Si fa largo in giurisprudenza l'indirizzo per il quale l'evento in concreto verificatosi non può che appartenere al *tipo* o alla *classe* di eventi presi in considerazione dalla regola cautelare e deve realizzarsi attraverso canali tipici di rischio¹⁰³. Come bene spiega la Cassazione nel già ricordato passaggio della sentenza relativa all'incidente del Porto di Genova, l'individuazione della regola cautelare violata «deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento»¹⁰⁴.

La questione si presenta con grande frequenza nella prassi. Da ultimo, nel caso del disastro di Viareggio, i giudici hanno confermato l'orientamento per cui «la descrizione dell'evento non può discendere oltre un determinato livello di dettaglio e deve mantenere un certo grado di categorialità, giacché un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene sempre, inevitabilmente, unico ed in quanto tale irripetibile ed imprevedibile»¹⁰⁵. Analoga impostazione era stata seguita dalle Sezioni unite nel caso Thyssenkrupp, in cui l'evento "incendio" aveva assunto le caratteristiche peculiari del fenomeno noto come "*flash fire*", rispetto al quale si configuravano cautele specifiche e non quelle, indifferenziate, previste per fronteggiare un generico rischio di incendio¹⁰⁶.

Il procedimento di "generalizzazione" dell'evento concreto è funzionale non soltanto alla definizione *ex ante* del perimetro di tutela della regola cautelare, ma si attua anche sul piano della "causalità della colpa". Anche l'efficacia del comportamento alternativo lecito va infatti rapportata, *ex post*, all'evento concreto ri-descritto come "evento-tipo". Anche qui «l'evento in concreto verificatosi è la risultante di un'operazione di sottrazione – di tutti quei caratteri che non assumono rilevanza ai fini del giudizio – e di evidenziazione proprio di quelli significativi; sono

Cass. 11.5.1998 in *FI* 1999, II, 236; Cass. 30.3.2000, *ivi*, 2001, II, 278, con commento di R. Guariniello, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*; Cass. 11.7.2002 n. 988, in *DeJureGFL*; Cass. 19.6.2003 in *FI* 2004, II, 69; Cass. 28.6.2007 n. 39606, in *DeJureGFL*; il caso del Petrolchimico di Marghera App. Venezia 15.12.2004, in *RIDPP* 2005, 1670 ss., con nota di C. Piergallini, *Il paradigma della colpa*, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartolini, cit. Più recentemente, v. ancora Cass. 11.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 10.6.2010 n. 38991 (caso Montefibre), cit.; Cass. 13.11.2011 n. 17442, in *DeJureGFL*; Cass. 11.2.2010 n. 8641, in *DeJureGFL*; Cass. 27.8.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), cit. Nel settore degli infortuni sul lavoro, v. Cass. 12.10.2011 n. 46819, in *DeJureGFL*. Con riferimento all'alluvione di Messina, v. Cass. 16.2.2012 n. 17069, in *DeJureGFL*. In dottrina, per questa impostazione, v. C. Ruga Riva, *Principio di precauzione*, cit., 1769; aperture in questo senso anche in R. Bartoli, *Causalità e colpa*, cit., 619 ss.; D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma 2012, 143 ss., il quale tuttavia restringe l'ambito dei sotto-eventi prevedibili.

¹⁰² Manifestano perplessità in questa direzione, F. Palazzo, *Morti da amianto*, cit., 185 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 182 ss.

¹⁰³ G. Forti, *op.cit.*, 439; R. Bartoli, *Causalità e colpa*, cit., 622; C. Piergallini, *Attività produttive*, cit., 1490; S. Canestrari, *op.cit.*, 168 (con riferimento all'analoga problematica nell'ambito dell'illecito preterintenzionale). In giurisprudenza, v. Cass. 22.9.2011 n. 38786, cit.; Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartolini, cit.

¹⁰⁴ Cass. 26.11.2020 n. 6490, cit.

¹⁰⁵ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.; in precedenza, Cass. 28.6.2007 n. 39606, cit.; Cass. 19.11.2015 n. 12478, in *DeJureGFL*.

¹⁰⁶ Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.

essenzialmente gli aspetti concorrenti alla ricostruzione causale avallata dall'accertamento probatorio»¹⁰⁷.

Se in molti casi la verifica controfattuale consente di affermare con certezza l'evitabilità dell'evento, in altri il comportamento alternativo lecito non avrebbe evitato l'evento *tout court*, ma solo influenzato le sue caratteristiche, la sua specifica dimensione di tempo e di luogo o le modalità di verifica.

Nella giurisprudenza relativa alla responsabilità medica e alle malattie professionali sono molto numerosi i casi in cui si attribuisce rilievo alla accelerazione o alla intensificazione della lesione (rispetto al decorso alternativo ipotizzato). La fattispecie di omicidio, in particolare, si presta a sostenere l'argomentazione che qualunque anticipazione dell'evento (anche di pochi istanti) è penalmente rilevante e imputabile. L'evento viene pacificamente individuato non soltanto nella morte del paziente, ma anche nell'accelerazione del decorso, costituente sostanziale sottrazione alla persona offesa di un periodo apprezzabile della propria vita¹⁰⁸.

Ebbene, i casi di anticipazione o accelerazione dell'evento pongono evidentemente un problema di "descrizione" dell'evento tipico, che implica la (assai spinosa) quantificazione dello spostamento temporale ritenuto rilevante, "significativo" o "apprezzabile".

7. A conclusione del nostro percorso giurisprudenziale occorre esaminare più attentamente le ragioni per le quali l'evento appare inevitabile e il comportamento alternativo lecito inidoneo a prevenirlo.

Si tratta di comprendere l'esito dell'interrogativo controfattuale (talora ingannevole, come ha dimostrato la secolare controversia relativa alla affidabilità del criterio della *c.s.q.n.*) e la *ratio* della esclusione della responsabilità (che esige un corretto inquadramento sistematico).

Non sempre l'inefficacia del comportamento doveroso e diligente è indice dell'assenza del nesso normativo tra colpa ed evento o della concretizzazione del rischio. Si pensi ai casi in cui l'interprete (erroneamente) assegni rilevanza a decorsi causali meramente ipotetici e congetturali o alle ipotesi in cui le cautele prescritte si rivelino obsolete, *ab origine* inadeguate, oggettivamente insufficienti a fronteggiare il rischio.

Ben più interessanti per la nostra indagine sono le costellazioni in cui operano regole cautelari c.d. improprie (caratterizzate, cioè, da una "ontologica" debolezza preventiva) o intervengono fattori causali concorrenti.

Il primo caso concerne le condotte che violano una norma priva di efficacia preventiva assoluta, poiché volta non ad impedire la verifica di eventi lesivi, ma esclusivamente a ridurre determinati rischi (su questo principio si basa, peraltro,

¹⁰⁷ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

¹⁰⁸ Nel quadro di condotte qualificate come omissive, v. Cass. SU 10.7.2002 n. 30328, Franzese, cit.; Cass. 26.1.2021 n. 5800, cit.; Cass. 16.9.2020 n. 28294, cit.; Cass. 21.1.2020 n. 19856, in *DeJureGFL*; Cass. 19.7.2017 n. 50975, cit.; Cass. 16.11.2017, n. 7659, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2013 n. 18573, cit.

l'esistenza dello stesso concetto di rischio consentito)¹⁰⁹. Non è un caso che la casistica esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza si collochi nell'ambito di attività rischiose consentite (circolazione stradale, attività medica, produzione industriale, sicurezza sul luogo di lavoro), dove permane una fascia di rischio residuo ineliminabile, e l'agente, insieme ad un rischio tipico, genera allo stesso tempo rischi socialmente adeguati. Escludere l'imputazione in virtù dell'argomento che il comportamento alternativo lecito non avrebbe con certezza evitato l'evento, equivale a vanificare la *ratio* delle regole cautelari nel settore delle attività pericolose consentite¹¹⁰.

Lo scopo del criterio del comportamento alternativo lecito è allora quello di evitare che colui che ha determinato un rischio debba rispondere, oltre che del rischio illecito (non consentito), anche dei rischi consentiti connessi alla sua attività. I rischi consentiti non possono essere trattati come socialmente inadeguati soltanto perché *casualmente* si accompagnano a rischi tipici; in questo modo si trattano in modo differente rischi identici per ragioni fortuite. La domanda corretta dunque non è se la condotta illecita abbia aumentato il rischio dell'evento (il che è certo *in re ipsa*), ma se la condotta lecita avrebbe determinato un rischio uguale, maggiore o minore rispetto a quello ritenuto tollerabile e accettato dall'ordinamento.

L'imputazione deve essere, pertanto, esclusa allorché la cautela violata dall'agente non abbia determinato alcun rischio che non fosse già connesso generalmente allo svolgimento dell'attività consentita (al trattamento così come prescritto dalla scienza medica o alla lavorazione di una determinata sostanza pericolosa nel rispetto delle misure precauzionali imposte), come quando la sua esecuzione determini di per sé un rischio (residuo) consentito (dovuto, ad esempio, alla pericolosità intrinseca dell'attività, alla particolare costituzione della vittima o alle insufficienze del concreto contesto in cui l'agente opera) o quando la condotta illecita si limiti a modificare un rischio preesistente (magari generato da altri come, ad esempio, nel caso di esposizione prolungata di un lavoratore a sostanze tossiche) senza incrementare le probabilità di lesione (come nel caso, ad esempio, di una omessa diagnosi oncologica in un paziente dal quadro clinico già compromesso)¹¹¹.

La seconda ipotesi di fallimento *ex post* della regola cautelare è quello in cui l'inevitabilità dell'evento è riconducibile all'intervento di fattori imprevedibili ed eccezionali.

¹⁰⁹ In merito, P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 15, e *passim*; v. anche F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., 106. La distinzione è accolta anche dalla giurisprudenza: Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.

¹¹⁰ In questo senso, nella dottrina italiana, G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 20 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari*, 28; M. Romano, *op.cit.*, 410 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 462; R. Bartoli, *Il problema*, cit., 92. In giurisprudenza, chiaramente, Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.

¹¹¹ In tema di colpa medica, si vedano, ad esempio, Cass. 18.11.2020 n. 33230, cit., che in un caso di omessa e tempestiva diagnosi ha escluso la responsabilità del medico perché alla luce delle contingenze del caso concreto (momento di ingresso al pronto soccorso, tempo necessario per eseguire gli esami strumentali e diagnostici, distanza dal più vicino centro sanitario attrezzato) la condotta doverosa non avrebbe evitato l'evento; Cass. 11.2.2016 n. 7783, cit., che ha escluso la responsabilità del direttore generale di una struttura ospedaliera per il decesso di un paziente a seguito di una epidemia di legionellosi sviluppatasi nel nosocomio, non risultando ancora accertata l'esistenza di un sistema chimico o farmacologico in grado di eliminare completamente la presenza del batterio dal sistema idrico degli ospedali.

Si tratta di ipotesi in cui l'evento appare tipico e la condotta conforme alla norma violata era astrattamente (generalmente) idonea a prevenire quel tipo di eventi, ma nella situazione concreta operano fattori anomali che interferiscono con la normale funzione preventiva della regola cautelare. La casistica è ampia e significativa: in ambito medico può trattarsi di fattori soggettivi legati alla vittima (malformazioni congenite, allergie, condizioni precarie di salute) od oggettivi legati a circostanze che avrebbero reso inutile o impossibile il comportamento osservante (assenza di dispositivi o strumenti, irreperibilità del medico, distanza dall'ospedale, ecc.); nell'ambito della circolazione stradale può venire in rilievo la condotta colposa o fortuita di un terzo o della vittima; nell'ambito delle malattie professionali può individuarsi un fattore causale alternativo della patologia (v. ad esempio, il tabagismo della vittima rispetto alle patologie dell'apparato respiratorio); nel settore degli infortuni sul lavoro può prospettarsi il comportamento negligente o imprudente del lavoratore.

In tutti i casi occorre valutare l'incidenza dei diversi fattori concausali sull'evento, nonché l'effetto della loro reciproca interazione sul giudizio di imputazione (ad es., l'eccesso di velocità o l'andatura irregolare dell'agente, da un lato, e la manovra pericolosa o errata della vittima, dall'altra). Come spiega la Cassazione in un caso relativo alla circolazione stradale, «l'accertata sussistenza di una condotta antiggiuridica di uno degli utenti della strada con violazione di specifiche norme di legge o di precetti di comune prudenza non può di per sé far presumere l'esistenza del nesso causale tra il suo comportamento e l'evento dannoso, che occorre sempre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'incidente si sarebbe ugualmente verificato senza quella condotta o è stato, comunque, determinato esclusivamente da una causa diversa»¹¹².

Anche nell'ambito della responsabilità medica possono configurarsi casi in cui l'evento trova una causa diversa rispetto alla negligenza o imperizia del medico. Si pensi, ad esempio, ai casi di omessa diagnosi tumorale, ove è necessario accertare se la comparsa o l'aggravamento delle metastasi siano riconducibili alla tardiva scoperta e cura della neoplasia, cioè se l'errore e il conseguente ritardo diagnostico abbiano influenzato il decorso della patologia o se questo fosse addebitabile esclusivamente alle caratteristiche genetiche particolarmente aggressive del tumore.

La Cassazione, nella pronuncia relativa alla frana di Sarno, si dimostra consapevole del diverso significato che può avere l'inevitabilità dell'evento, là dove spiega che «non bisogna confondere i casi nei quali l'osservanza della regola cautelare non sarebbe stata comunque idonea ad evitare il verificarsi di "quello" specifico evento (per es. il chirurgo esegue impropriamente un intervento chirurgico che comunque non avrebbe potuto salvare la vita del paziente) dai casi nei quali l'evento finale non era evitabile ma, in concreto, è stato cagionato da una diversa causa (nell'esempio del chirurgo si può fare l'ipotesi in cui l'agente tagli inavvertitamente un vaso provocando la morte del paziente che comunque non era evitabile per la gravità della malattia; si pensi ancora al caso della errata somministrazione di una medicina con esito mortale quando la

¹¹² Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit. V. inoltre, sempre relativamente a incidenti stradali, Cass. 7.2.2020 n. 10152, cit.; Cass. 30.5.2017 n. 34375, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.

morte comunque sarebbe conseguita alla somministrazione del farmaco prescritto per la incolpevolmente non conosciuta intolleranza del paziente)»¹¹³.

8. È evidente che la problematica del comportamento alternativo lecito si intreccia con il fenomeno dell'intervento di circostanze anomale o imprevedibili e di fattori di rischio eccezionale e esorbitante, tali da compromettere l'efficacia di cui è accreditata *ex ante* la regola cautelare¹¹⁴.

È proprio il fallimento "occasionale" del comportamento alternativo lecito a rendere arduo l'accertamento della causalità e colpa. Come scrive la Cassazione, «per la regola cautelare l'eccezione è il fallimento, l'inefficacia prevenzionale rispetto al rischio»¹¹⁵.

L'inefficacia della regola cautelare (e del comportamento alternativo lecito) può indicare che nel concreto contesto causale sono presenti fattori di rischio ulteriori e diversi rispetto a quelli presi in considerazione *ex ante* dalla norma di condotta. Questa, tuttavia, non è una evenienza eccezionale, anzi. Soprattutto in contesti tipicamente "colposi" le regole cautelari hanno la funzione di impedire la realizzazione di eventi lesivi mediante la neutralizzazione di altre cause che potrebbero cagionarli. In questa prospettiva, la condotta illecita dell'agente costituisce sempre soltanto *una* delle condizioni che hanno determinato l'evento (e mai di per sé la causa esclusiva dell'evento).

In numerose sentenze (in materia di infortuni sul lavoro e sulla circolazione stradale) il concorso di condotte colpose indipendenti fa vacillare il criterio della *c.s.q.n.* sul piano della verifica causale, ma può determinare il fallimento del comportamento alternativo lecito sul piano dell'accertamento della colpa oggettiva. Come abbiamo visto, per ovviare a questo inconveniente e poter stabilire un nesso tra colpa ed evento la giurisprudenza, da un lato, ricorre al criterio della concretizzazione del rischio (in combinazione con quello dello scopo di protezione della norma); dall'altro, invoca il principio di affidamento per definire lo spettro dei rischi di "competenza" dell'agente.

La formulazione tradizionale ritiene che, in caso di condotte colpose indipendenti, non possa invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché la sua responsabilità persiste in base al principio di equivalenza delle cause, salva l'affermazione dell'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che presenti il carattere di eccezionalità e imprevedibilità¹¹⁶.

¹¹³ Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.

¹¹⁴ Colgono questo aspetto, G. Forti, *op.cit.*, 674; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 61; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 415; R. Bartoli, *Il problema*, cit., 95 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia* 2015, 509 ss.

¹¹⁵ Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

¹¹⁶ *Ex multis*, Cass. 10.10.2017 n. 50038, in *DeJureGFL*. Così, per Cass., 29.4.2003 n. 41985, l'imprenditore-costruttore che costruisca una macchina industriale priva dei dispositivi di sicurezza, nella specie priva del dispositivo di arresto, non può invocare il principio dell'affidamento qualora l'acquirente utilizzi la macchina ponendo in essere una condotta imprudente, in quanto tale condotta sarebbe stata innocua o, comunque, avrebbe avuto conseguenze di ben diverso spessore qualora la macchina fosse stata dotata dei presidi antinfortunistici. Sempre nel settore degli infortuni sul lavoro, v. Cass. 19.10.2021 n. 38424. Nel settore della

Nel settore della circolazione stradale, ove si ritiene che le norme cautelari impongano severi doveri di prudenza e diligenza proprio per fare fronte a situazioni di pericolo, anche quando siano determinate da comportamenti irresponsabili di terzi, la fiducia del conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente.

Tuttavia, la giurisprudenza più attenta comincia ad osservare il fenomeno dell'affidamento nell'altrui condotta osservante alla luce del profilo relazione della colpa¹⁷.

Il principio di affidamento trova, così, un contemperamento nel principio, secondo cui il soggetto garante del rischio risponde del comportamento imprudente altrui soltanto quando questo appaia ragionevolmente prevedibile in base alle circostanze del caso concreto¹⁸. È stata ripetutamente affermata la necessità di tener conto degli

responsabilità medica, Cass. 10.10.2017 n. 50038, cit., ha confermato la responsabilità per la morte di un paziente, conseguente alla trasfusione di sangue non emocompatibile, del tecnico addetto al servizio trasfusione che aveva consegnato all'infermiere le sacche destinate ad altro paziente, dei medici che avevano ordinato la somministrazione senza verificare la corrispondenza del gruppo sanguigno del paziente con quello indicato sulle sacche, e dell'anestesista rianimatore - chiamato per un consulto in seguito alla crisi ipotensiva del paziente - che aveva omesso di ricercare autonomamente la causa di tale crisi. Per un caso analogo, v. da ultimo Cass. 2.2.2022 n. 4323, in *DeJureGFL*. Per una diversa casistica v. anche Cass. 26.11.2020 n. 6490 (incidente al Porto di Genova), cit.; Cass., 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), cit.; Cass. 12.5.2017 n. 35585 (naufragio della Costa Concordia), cit. Diversamente, in altro contesto, Cass. 2.7.2014 n. 36920, in *DeJureGFL*, ha riconosciuto l'effetto "interruttivo" del nesso causale in presenza di una condotta altamente imprudente e deliberatamente rischiosa della vittima, che rappresenta una condizione sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (nella fattispecie, la Corte ha escluso la responsabilità per omicidio colposo del proprietario di un terreno, aperto al pubblico e non lontano dalle piste di sci, in cui era avvenuto un incidente mortale; un uomo, a bordo di una motoslitte, pur essendo a conoscenza della pericolosità del luogo per la presenza di depressioni profonde del terreno non facilmente visibili, aveva cercato di saltare uno di questi ampi fossati, schiantandosi al suolo). In motivazione, i giudici hanno precisato, altresì, che la cautela doverosa (la recinzione del fossato) posta a fondamento dell'addebito «è riferibile ad un'area di rischio nettamente distinta da quello poi realizzatosi: il rischio, cioè, di cadute accidentali da parte di chi vi si avvicinasse, non quello - oggettivamente e notevolmente diverso - cui si è volontariamente esposto la vittima nel tentativo, tragicamente fallito, di saltare da una sponda all'altra con la motoslitte lanciata alla sua massima velocità».

¹⁷ Cass. 8.10.2009 n. 46741, in *DeJureGFL*, ove riconosce che «il principio di affidamento opera già sul piano dell'imputazione oggettiva, quando contribuisce a definire sfere di competenza e di responsabilità» e che «le esigenze della vita di relazione e di personalizzazione della responsabilità che fondano il principio concorrono comunque a modellare la colpa, orientano la misura ed i limiti del dovere normativo di prevedere, ridimensionano il pervasivo dovere di prevedere sempre e comunque le altrui condotte irregolari». Per una rivisitazione di questi temi, v. recentemente, Cass., 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit. In dottrina, v. per un inquadramento generale, M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997; ID., *Affidamento (principio di)*, in *ED, I tematici II, Reato colposo*, Milano 2021, 1 ss. Si vedano, inoltre, A. Gargani, *op.cit.*, 578 ss.; A. Vallini, *Cooperazione e concause*, cit., 477 ss.; O. Di Giovine, *op.cit.*, 424 ss.; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica*, cit., 1632; L. Cornacchia, *La cooperazione colposa*, cit., 821 ss.; L. Riscato, *L'attività medica d'equipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013; M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *RIDPP* 2018, 1220 ss.; D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, in *www.archiviopenale.it*, 2019, 1, 3; A. Perin, *op.cit.*, 236 ss.; A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 8.05.2020; S. Tordini Cagli, *Sfere di competenza e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 3.10.2020.

¹⁸ Per il limite della ragionevole prevedibilità degli eventi applicato al settore della circolazione stradale, v., tra le tante, Cass. 3.12.2021 n. 838, cit.; Cass. 27.4.2017 n. 25552, in *DeJureGFL*; Cass. 9.1.2015 n. 12260, in *DeJureGFL*; Cass. 15.11.2013 n. 8090, in *DeJureGFL*.

elementi di spazio e di tempo, e di valutare se l'agente abbia avuto la possibilità di evitare l'evento: la prevedibilità ed evitabilità vanno cioè valutate in concreto¹¹⁹.

Si ammette inoltre che, pur all'interno di contesti cooperativi, vi siano sfere di rischio gestite in via esclusiva dai diversi soggetti, che possono fare affidamento sull'assolvimento dei compiti da parte del relativo titolare sino a quando non venga meno la prevedibile corretta gestione del rischio¹²⁰.

Pure nel settore degli infortuni sul lavoro, la giurisprudenza contemporanea, abbandonato il criterio dell'imprevedibilità del comportamento del lavoratore, sostiene che «affinché la condotta del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia»¹²¹.

Come già segnalato, in alcuni ambiti di attività l'operatività del principio di affidamento viene circoscritta e la sfera di rischio assegnata al soggetto gravato da una posizione di garanzia o tenuto al rispetto di determinate cautele si estende fino a ricomprendere anche le negligenze del soggetto beneficiario della tutela apprestata dall'ordinamento. Il fatto che le norme cautelari possano prevedere ampi obblighi di gestione del rischio connesso alle altrui condotte imprudenti ha importanti riflessi sull'accertamento del nesso tra colpa ed evento (per il tramite del criterio della concretizzazione del rischio) e sull'ampiezza della (auto)responsabilità dei soggetti¹²².

Trova conferma, comunque, la constatazione che il tema del nesso tra colpa ed evento (“nesso di rischio” o “causalità della colpa”) ci colloca in un punto nevralgico – e dolente – della dogmatica contemporanea, ovvero nel “cuore” della imputazione penale, ove si intersecano causalità, omissione, colpa, affidamento, autoresponsabilità, rischio consentito, in perenne oscillazione tra i due poli della “tipicità” e della “colpevolezza”.

¹¹⁹ Cass. 8.10.2009 n. 46741, cit.

¹²⁰ Cass. 20.4.2017 n. 27314, in *DeJureGFL* («La responsabilità penale di ciascun componente di una équipe medica non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore diagnostico genericamente attribuito alla équipe nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica, in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri»).

¹²¹ Cass. SU 24.04.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 20.2.2020 n. 9216, in *DeJureGFL*; Cass. 18.9.2020 n. 26618, cit.; Cass. 20.3.2019 n. 27871, cit.; Cass. 13.12.2017 n. 15174, cit.; Cass. 13.12.2016 n. 15124, cit.

¹²² Riguardo alle interessanti implicazioni del principio di autoresponsabilità, v. il recente volume collettaneo curato da M. Helfer, M. Ronco, *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden Baden, Torino 2020.