

prof. FAUSTO GIUNTA
Università di Firenze

LA LEGALITÀ DELLA COLPA

SOMMARIO: 1. Ascrizione e descrizione nella teoria della colpa. – 2. L'evoluzione delle regole prudenziali; le cautele procedimentali. – 3. L'importanza del disvalore di azione nel reato colposo. - 3.1. In particolare: logica del profitto e violazione della normativa antinfortunistica. - 3.2. La violazione delle *leges artis* e il carattere solidaristico dell'attività medica. - 3.3. Le sfaccettature della colpa stradale. – 4. Disvalore di azione e riparazione. – 5. Il disvalore di azione nello specchio della tipicità. – 6. Colpa generica *versus* colpa specifica. – 7. Le prassi cautelari e la concertazione dei protocolli preventivi. – 8. Responsabilità colposa e riserva di legge: la “chiusura” del cerchio. – 9. La legittimazione del giudizio di colpa.

1. *Ascrizione e descrizione nella teoria della colpa*

L'incontro della teoria della colpa con il principio di legalità e i suoi corollari (dalla determinatezza all'irretroattività della legge penale sfavorevole, passando per l'attualmente vituperato canone della riserva di legge) era inscritto nel genoma della concezione autenticamente normativa del dovere di diligenza. Basti pensare a una delle prime tappe della “nuova” impostazione: la teoria dei reati colposi come “fattispecie aperte” – secondo la rinomata concezione di Hans Welzel¹ – conteneva *in nuce* l'esigenza di un completamento del fatto di reato. Ebbene, proprio sulla scorta delle critiche indirizzate alla teoria degli *offene Tatbestände*, che lasciava “aperti” i tipi colposi, non si manca di riconoscere oggi che la colpa è innanzitutto un problema di tipicità².

La storia è nota: per lungo tempo si è ritenuto del tutto pacificamente che detto completamento dovesse avvenire in base a valutazioni fattuali rimesse al giudice. Ed è opinione tuttora diffusa che l'implementazione del tipo colposo

¹ Cfr. *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fabrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, p. 14 s.; *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 82. Da noi, per tutti, v. G. FORTI, *Colpa ed evento*, Milano, 1990, p. 136 ss.

² Cfr. per esempio C. ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, p. 1063 s., che è stato tra coloro che hanno confutato l'impostazione welzeliana (C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Göttingen, 1970, p. 53 s.). Nella nostra più recente manualistica, v. S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, p. 413.

competa principalmente ai criteri di imputazione dell'evento non voluto. Da qui l'intreccio tra la dogmatica della colpa e quella della causalità, in nome del riscatto di entrambe le categorie dal rischio di favorire un regresso verso forme di *versari in re illicita*.

L'obiettivo prioritario delle tradizionali impostazioni normative, in perfetta continuità con le concezioni psicologiche di matrice ottocentesca, era infatti la conciliazione della colpa, quale forma di responsabilità per l'evento non voluto, con il principio di colpevolezza. Il problema della tipicità dei reati colposi rimaneva invece nell'ombra, perché veniva affidato agli anzidetti criteri di imputazione. Non c'è dubbio che essi, percorsi "a ritroso", consentono all'interprete di decifrare l'identità della regola cautelare violata, ravvisandola nel comportamento che, in base a un giudizio controfattuale del tutto simile a quello che si utilizza per l'accertamento della causalità, avrebbe evitato l'evento o quanto meno ne avrebbe ridotto in modo significativo le probabilità di verificazione. Si tratta, però, di un metodo ricostruttivo impervio e incerto, comunque pensato più per il giudice che sul concetto di negligenza è chiamato a costruire un giudizio di responsabilità penale, che per il cittadino il quale è tenuto quotidianamente a districarsi tra regole cautelari e situazioni di pericolo.

In breve: l'approccio tradizionale ricostruiva la tipicità colposa in termini non già descrittivi, ma puramente ascrittivi. In quest'ottica, e tornando alla struttura dei reati colposi, la condotta tipica corrispondente alla violazione della regola cautelare doverosa non costituiva un dato di partenza, ma l'esito di un complesso e articolato ragionamento imputativo.

Per questa impostazione, dunque, i tipi colposi verrebbero a differenziarsi dalle restanti fattispecie penali, il cui compito è per l'appunto quello di descrivere in termini generali e astratti il comportamento vietato, affinché sia conoscibile *ex ante* e possa fungere da regola di condotta. Orbene, una delle caratteristiche della dogmatica della colpa è stata, e continua a essere, il tentativo di giustificare questa deroga, ossia l'impossibilità di stabilire in anticipo e con sufficienti margini di certezza la regola cautelare doverosa dotata di efficacia liberatoria.

Si muove infatti dalla convinzione che le situazioni di pericolo che fanno scattare il dovere di diligenza non consentono, a causa della loro varietà, di prevedere e descrivere in termini astratti ed esaustivi il ventaglio delle regole cautelari doverose ed efficaci. La qual cosa – a ben vedere – significa negare la stessa possibilità di una tipicità. Così ragionando, la colpa diventa un giudizio direttamente sull'agente *hic et nunc*, dal momento che, al di fuori della media-

zione della tipicità (che è pur sempre predicato di una condotta), il giudizio di colposità finisce per investire direttamente l'agire concreto nella situazione concreta. E ciò a dispetto del diffuso insegnamento secondo cui una delle principali ricadute sistematiche delle concezioni normative della colpa è stata l'affermazione del reato colposo come illecito dotato, prima ancora che di una sua peculiare colpevolezza, di una sua peculiare tipicità. Detto altrimenti: rinunciando alla pre-determinazione della regola cautelare, come autonoma norma comportamentale, generale e astratta nonché distinta dal divieto penale e destinata a integrarlo, l'impostazione tradizionale e ancora prevalente giunge in realtà a esiti applicativi che non differiscono significativamente da quelli cui conducono le c.d. concezioni soggettive della colpa, le quali modellano il giudizio di responsabilità sull'evitabilità dell'evento in concreto secondo le capacità (anche superiori) dell'agente reale³.

Come si diceva, l'impostazione corrente, nel ricostruire *ex post* la tipicità colposa⁴, inclina a considerare la norma cautelare principalmente come una regola di giudizio nelle mani del giurista, piuttosto che come regola di condotta per il cittadino. Bisogna aggiungere adesso che, intervenendo *ex post*, i criteri di imputazione chiamati a forgiare la tipicità colposa risentono inevitabilmente, nella loro applicazione pratica, del senno di poi, con conseguente deformazione del giudizio di colpa. La recente giurisprudenza non manca di esempi. Si pensi alla nota vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera⁵: a

³ Per tutti G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, New York, 1991, p. 319 s., secondo il quale la responsabilità per colpa non si fonda sulla "mediazione" del dovere di diligenza, ma sull'obbligo di omettere la condotta negligente direttamente imposto dalla fattispecie incriminatrice, talché la negligenza non è una componente della colpa, bensì il rimprovero di colpa in se stesso. Analogamente, v. nella nostra letteratura U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, p. 31 s. Precisazioni al riguardo in M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 147 s. Per l'impostazione "soggettiva" v. anche G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 635 s.; G. STRATENWERTH - L. KUHLEN, *Strafrecht*, I, *Die Straftat*, Köln, 2004, p. 371.

⁴ Per tutti, H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, p. 564 s. Non devono fuorviare, invece, le rassicurazioni puramente verbali di quella parte della dottrina secondo la quale la violazione del dovere di diligenza va accertata in base a valutazioni *ex ante* (così per esempio J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2006, p. 249). Il giudizio rimane storicamente *ex post* e privo di correttivi rispetto all'influenza del senno di poi.

⁵ Con riferimento alle sentenze di merito (Trib. Venezia, sez. I, 22 ottobre 2001 e App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004), v. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1697 s. Con riguardo alla pronun-

differenza dell'agente che affronta la situazione di pericolo sulla base delle conoscenze consolidate e disponibili al momento della condotta, il giudice, nella tranquillità metafisica del suo pensatoio (dove la funzione di tutela della norma penale non pesa meno della giustizia del caso concreto), è in grado di distillare le cautele più varie, comprese quelle inverosimili *ex ante* o non ragionevolmente pretendibili, perché sproporzionatamente onerose o perché sperimentali o semplicemente perché non sufficientemente note e accreditate al momento del fatto.

2. *L'evoluzione delle regole prudenziali: le cautele procedurali*

L'elaborazione della responsabilità per colpa deve tenere in adeguata considerazione la fenomenologia dei fatti colposi che giungono all'attenzione del giudice penale.

In passato il laboratorio teorico della colpa si avvaleva di una casistica che rifletteva, seppure in ritardo sui tempi, gli stili di vita e i fattori di pericolo tipici della società preindustriale. Si trattava di accadimenti che conseguivano allo svolgimento di attività pericolose, per lo più corrispondenti all'esercizio di diritti di libertà (si pensi all'esempio, di carrariana memoria, della serva che con il lume a petrolio inavvertitamente dà fuoco alle tende della sala, o, per attingere alla letteratura meno risalente, ai casi della nutrice che nel sonno soffoca il neonato che le dorme accanto, del cacciatore che per errore ferisce il compagno di caccia, del contadino che dimentica di legare il cane mordace lasciando che aggredisca il passante, e via discorrendo).

Oggi la casistica di riferimento è ben diversa e comprende principalmente la causazione involontaria di eventi pregiudizievoli, che si verificano nello svolgimento di attività pericolose autorizzate in ragione della loro utilità sociale. Si pensi, per esempio, alla circolazione stradale, all'attività medica, alla produzione industriale e più in generale alla sicurezza sul lavoro; settori, questi, che, in misura ora maggiore ora minore, registrano da tempo un atteggiamento di fondo inteso alla tolleranza del rischio insito nello svolgimento dell'attività pericolosa. Si avverte l'esigenza, cioè, di far convivere coefficienti di

cia di legittimità che ha chiuso la vicenda giudiziaria (Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675), v. in senso critico D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 s. Per una diversa valutazione, v. R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*, in *Foro it.*, 2007, II, c. 550.

rischio e utilità dell'agire⁶. Non a caso è in relazione alle attività pericolose socialmente utili che storicamente si è sviluppata la teoria del rischio consentito⁷, come area di franchigia penale per gli eventi verificatisi in presenza di regole cautelari idonee a ridurre i fattori di rischio, senza eliminarli del tutto⁸.

Ebbene, le regole cautelari tipiche delle attività socialmente utili esprimono con maggiore immediatezza il necessario bilanciamento tra l'interesse ordinamentale al loro svolgimento e la tutela dei beni giuridici. Ed è significativo che la dottrina più autorevole non annoveri più, tra le regole cautelari tipiche delle attività pericolose giuridicamente autorizzate, la c.d. regola dell'astensione⁹, la cui violazione darebbe vita – secondo l'opinione corrente – alla c.d. colpa per assunzione. Ciò conferma il carattere modale della regola cautelare¹⁰, la sua natura facoltizzante strettamente legata alla sua funzione, che è quella di indicare il modo in cui va svolta l'attività pericolosa. Per questa ragione la regola cautelare – qui il discorso attiene essenzialmente alla colpa generica – non può consistere *sic et simpliciter* in un dovere di astensione: diversamente opinando, infatti, essa finirebbe per operare come un divieto, ossia alla stregua del suo opposto logico. Con ciò non si intende negare che anche il divieto possa avere una funzione cautelare, ma semplicemente sottolineare che l'istanza di tipicità è pienamente soddisfatta solo dalla posizione di un divieto espresso, ossia dalla positivizzazione dell'esigenza prudenziale in forma di inibizione dell'attività pericolosa.

Ma vi è anche un altro dato, parimenti frutto della modernità, del quale

⁶ Per un'analisi di questi problematici settori sotto il profilo della responsabilità colposa, v. ampiamente P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Milano, 2003, p. 168 s.

⁷ Cfr. ancora H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 132 s. Nella nostra letteratura, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, p. 341, che costituisce su dette ipotesi la colpa c.d. speciale.

⁸ Su questo tipo di cautele, v. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 15 s.; l'A. definisce improprie le "regole cautelari che, a fronte della prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo".

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 331 e 341.

¹⁰ Si tratta di un'affermazione sempre più condivisa. Da ultimo, in argomento v. G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, p. 947 s. Nella manualistica, S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 422 e 433.

occorre tenere conto. Le regole cautelari, che un tempo erano in prevalenza di produzione sociale, presentano oggi uno spiccato coefficiente di giuridicità. Il riferimento non è soltanto alle regole cautelari positivizzate da leggi e regolamenti, ossia poste da fonti abilitate alla produzione di norme giuridiche, quanto e soprattutto alla creazione di cautele che non discendono dall'alto di una volontà normativa, ma provengono dall'attività regolativa privata, sia essa spontanea (come avviene con le linee-guida sempre più frequenti nel campo della medicina), oppure indotta dalla normativa ordinaria (si pensi alla elaborazione del piano di sicurezza per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o all'adozione dei modelli organizzativi e gestionali quali condizioni di esenzione della responsabilità da reato dell'ente collettivo). Ciò che caratterizza questo fenomeno è l'esigenza di standardizzare il rischio insito nelle attività pericolose, sottraendo la scelta della cautela da adottare alla variabilità dell'esperienza individuale. Per questa via, in luogo delle tradizionali cautele, che si esauriscono in singole contromisure al fattore di rischio, si affermano progressivamente nella realtà di tutti i giorni regole prudenziali complesse, consistenti in programmi cautelari (i c.d. protocolli), i quali disciplinano lo svolgimento delle attività pericolose, secondo precise modalità e sequenze, che si intersecano con il costante monitoraggio dei fattori di rischio. Il dovere di diligenza si articola nel rispetto, talvolta prima ancora nella progettazione, di un'adeguata procedura prudenziale.

3. *L'importanza del disvalore di azione nel reato colposo*

Gli sviluppi della responsabilità colposa portano a rivalutare l'importanza del c.d. disvalore di azione dell'illecito colposo, per lungo tempo trascurata dalle concezioni normative, le quali, privilegiando il problema dell'imputazione, polarizzavano l'interesse sul disvalore di evento, onde contrastare la degradazione dell'offesa al ruolo di mera condizione di punibilità. Ogni teorica è figlia del suo tempo. Si comprende, pertanto, che una volta sottratta la colpa al cono d'ombra della responsabilità oggettiva occulta¹¹, si sia opportunamente acuita la sensibilità per il versante della tipicità colposa, sotto il profilo dell'eterointegrazione della fattispecie penale ad opera della regola cautelare.

Su quest'ultimo punto si tornerà più avanti. Al momento è necessario soffermarsi sull'importanza che ha assunto il disvalore di azione nel trattamento

¹¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 381.

dell'illecito colposo: esso, a parità di gravità dell'evento non voluto, differenzia oggi i reati colposi sotto il profilo del trattamento, dimostrando che il concetto di negligenza non è neutro e indifferenziato, ma consente di declinare la responsabilità penale ben oltre la tradizionale dicotomia tra colpa lieve e colpa grave.

3.1. *In particolare: logica del profitto e violazione della normativa antinfortunistica*

A titolo puramente esemplificativo si pensi alla colpa del datore di lavoro per violazione della normativa antinfortunistica. L'utilità sociale dell'attività imprenditoriale è fuori discussione. Il datore di lavoro, però, è chiamato a investire in sicurezza. Per lo più la violazione delle cautele doverose risponde in questa materia alla logica del risparmio, ossia del maggior profitto per la classe datoriale a discapito della sicurezza dei lavoratori. Ciò attribuisce alla negligenza un disvalore più accentuato, una sorta di antagonismo sociale latente. Da qui la severità della legislazione nella repressione di questo tipo di colpa (il riferimento è da intendersi alle aggravanti di cui agli artt. 589, comma 2, e 590, comma 3, c.p. e alla previsione della procedibilità d'ufficio per le lesioni personali) e il rigore condivisibile, anche se non privo di eccessi, della giurisprudenza in sede di accertamento (il pensiero va alla irrilevanza della colpa concorrente del lavoratore, che non fa venir meno la responsabilità del datore di lavoro anche quando questi ha fornito ai dipendenti le istruzioni di sicurezza previste dalla legge; egli, secondo la giurisprudenza, ha il dovere di assicurarsi che il lavoratore vi si conformi, talché solo comportamenti abnormi, ossia assolutamente eccezionali e imprevedibili, del lavoratore possono esonerarlo da pena¹², decretando che in questa materia non trova applicazione il generale principio di affidamento).

3.2. *La violazione delle leges artis e il carattere solidaristico dell'attività medica*

Diversamente, nel campo della responsabilità medica, stante l'impronta puramente altruistica dell'attività pericolosa, la recente giurisprudenza, con un chiaro *revirement* degli orientamenti rigoristici affermatasi nell'ultimo decen-

¹² *Ex plurimis* v. Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2008, Petrillo, in *Guida dir.*, 2008, n. 49, p. 72 s.; ID., 5 giugno 2008, Stefanacci, *ivi*, 2008, n. 33, p. 101 s.; ID., 8 aprile 2008, D. S., *ivi*, 2008, n. 27, p. 90; ID., 5 dicembre 2007, San Martino, *ivi*, 2008, n. 8, p. 48.

nio del secolo scorso, ha assunto un atteggiamento più equilibrato non solo in sede di accertamento della causalità (superando l'inaccettabile tesi che riconosceva rilevanza causale alla colpa del medico quando il suo agire diligente avrebbe assicurato probabilità di successo pari al 30%¹³), ma anche nell'individuazione dell'area del rischio consentito, che si è significativamente ampliata con l'abbandono della regola dell'astensione¹⁴. Non solo: a differenza di quanto accade, come già segnalato, con riguardo alla colpa del datore di lavoro per violazione della normativa antinfortunistica, nella recente giurisprudenza di legittimità un fattore di esclusione della responsabilità del medico viene ravvisato, pure in presenza della violazione delle *leges artis*, nella scarsa collaborazione del paziente, non tanto (come ovvio) nel caso estremo di legittimo rifiuto della terapia, quanto nell'ipotesi in cui il paziente sia refrattario al trattamento¹⁵, o contravvenga alle raccomandazioni del medico curante, anche sotto il controllo di quest'ultimo¹⁶.

In effetti la dimensione giudiziaria della colpa medica presenta indubbie particolarità. Sovente l'instaurazione del processo penale è funzionale non già all'affermazione del diritto penale sostanziale, ma al perseguimento di finalità ulteriori e ultronee. Si possono distinguere due diverse forme di strumentalizzazione della giurisdizione penale. La prima consiste nell'utilizzare il processo penale al fine precipuo di ottenere una condanna provvisoria al risarcimento dei danni, da definire in sede civile, con risparmio di tempo e soprattutto di costi (il pubblico ministero patrocinava gratuitamente la causa del paziente, il quale non deve sostenere nemmeno la spesa delle consulenze tecniche che si rendessero necessarie). La seconda strumentalizzazione è di segno opposto. Il paziente o i suoi parenti sono mossi da intenti di ritorsione nei confronti del medico, per il suo comportamento deontologicamente scorretto o per la scar-

¹³ Il riferimento è alla giurisprudenza dei primi anni '90. V. per esempio Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 1992, Silvestri, in *Dir. famiglia*, 1992, p. 580; Id., 12 luglio 1991, Leone, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 414.

¹⁴ V. l'analisi della casistica giurisprudenziale condotta da D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in questo *Annuario*, *infra*, p. 179 s.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2005, Da Re, in *Dir. giust.*, 2005, n. 41, p. 42; in relazione a questa pronuncia v. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, *cit.*, p. 211.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, Lo Presti, che affronta il caso di un paziente che, operato di un tumore sottomandibolare e trasferito al reparto di otorinolaringoiatria prima del tempo di osservazione che, secondo la buona pratica clinica, avrebbe dovuto trascorrere in terapia intensiva, si alzava dal letto, si toglieva la maschera dell'ossigeno e riprendeva a fumare, andando incontro a morte per ipossia e ipercapnia. Anche su questa sentenza v. i rilievi di D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, *cit.*, p. 212 s.

sa sensibilità mostrata nei confronti del paziente. Poco conta la causalità del suo agire colposo: il processo serve a fargli scontare la colpa del suo modo di relazionarsi con gli assistiti. È del tutto ovvio che altro è la villania, altro la responsabilità penale.

Al fine di ovviare agli eccessi in cui è incorsa negli ultimi lustri la giurisprudenza, si potrebbero prendere in considerazione le proposte di sottrarre la responsabilità medica al raggio di azione del diritto penale¹⁷. A ben vedere, uno strumento di delimitazione normativa meno drastico esiste già. Il riferimento è al disposto dell'art. 2236 c.c., che circoscrive la responsabilità professionale ai soli casi di dolo o colpa grave quando lo svolgimento della prestazione comporta la risoluzione di questioni particolarmente complesse e difficili. A fronte di una parte della dottrina che, in nome dell'unità dell'ordinamento giuridico, considera tale clausola valevole anche per i reati colposi¹⁸, la giurisprudenza prevalente è ferma da tempo sulla conclusione opposta¹⁹.

Ma l'importanza del disvalore di azione nella responsabilità penale del medico sopravanza l'ambito della colpa in senso stretto e finisce per condizionare lo stesso confine tra il dolo e la colpa, denunciando come la semplice accettazione del rischio insito nella violazione delle *leges artis* si riveli insufficiente a configurare una responsabilità a titolo di dolo eventuale. Ciò emerge dalla recente giurisprudenza di legittimità, che muovendo dall'apprezzamento positivo dell'assunzione di rischio insita nello svolgimento dell'attività medica, ravvisa la colpa anche nei casi in cui l'agente imperito, operando in assenza di consenso o in presenza di consenso invalido, abbia accettato l'eventualità che si verifichi l'evento avverso²⁰. Per la sussistenza del dolo viene richiesta, infatti, una

¹⁷ Con riguardo alla legislatura in corso, cfr. per utili informazioni M. DE BAC, "L'errore non sarà più reato". Pronta la legge per i dottori, in *Corriere della Sera* del 16 novembre 2008, p. 24.

¹⁸ Cfr. A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, 1992, vol. XLIV, p. 1293 s. In argomento, v. ampiamente M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006, p. 747 s.

¹⁹ Cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2005, 28617, Ced 2005, 232447; ID., 25 settembre 2002, Amato, in *Riv. pen.*, 2003, p. 110; ID., 1° ottobre 1999, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469 con nota di A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, p. 477 s. In argomento v. le perplessità di G. CANZIO, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 667 s. Di recente v. però Cass. pen., 21 giugno 2007, B., in *Riv. pen.*, 2008, p. 842, secondo cui, nel campo della colpa medica, l'art. 2236 c.c. può trovare applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà.

²⁰ Da ultimo, Cass. Sez. Unite, 18 dicembre 2008, Gulini, in *Guida dir.*, 2009, n. 7, p. 54 s. Poco prima, v. Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2008, M.D., in *Guida dir.*, 2008, n. 42, p. 99; ID.,

volontà di nuocere del tutto inverosimile, fino a prova del contrario, nell'agire del medico, che è pur sempre proteso al bene del paziente, anche quando l'intervento terapeutico sconfina nella temerarietà o si estrinseca nella violazione di diritti fondamentali del paziente, tra cui spicca il principio dell'autodeterminazione terapeutica.

3.3. *Le sfaccettature della colpa stradale*

Un discorso ancora diverso va fatto con riguardo ai reati stradali e segnatamente alle lesioni personali, anche gravi e gravissime. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale porta a distinguere sempre più nettamente due tipologie di reati colposi commessi in violazione della normativa in materia di circolazione stradale. Da un lato, vengono in rilievo gli eventi causati dall'inosservanza di regole cautelari che possono definirsi di tipo ordinatorio, in quanto la loro funzione preventiva si sostanzia nella necessaria condivisione da parte degli utenti della strada di codici comportamentali convenzionali, tali da rafforzare il principio di affidamento e rendere prevedibile l'altrui comportamento (il riferimento è all'obbligo di dare la precedenza a chi viene da destra, fermarsi allo stop, usare i segnalatori di direzione, ecc.). Si tratta di regole relazionali, perché mirano a ridurre i fattori di pericolo connessi allo svolgimento dell'attività pericolosa da parte di più soggetti, talché il loro coordinamento assume già in sé funzione preventiva. Dall'altro lato, il riferimento è ai reati connessi alla violazione delle regole cautelari la cui funzione precipua è quella di contenere i coefficienti di rischio della singola attività pericolosa in sé considerata, ossia indipendentemente dai rischi connessi all'interferenza dell'agire altrui (si pensi all'eccesso di velocità o all'inidoneità fisica dell'automobilista e al correlativo divieto cautelare di mettersi alla guida sotto l'influenza di sostanze alcoliche o stupefacenti).

Ebbene, come noto, in linea generale le lesioni personali colpose connesse alla violazione delle norme in materia di circolazione stradale sono soggette

16 gennaio 2008, *ivi*, n. 15, p. 93. Una tendenza analoga si riscontra in materia di lesioni personali causate nello svolgimento di competizioni sportive. La Suprema Corte ha ritenuto che rientra nell'ambito delle lesioni personali colpose anche l'atto di violenza fisica finalizzato a conseguire, sia pure in forma illecita, e dunque antisportiva, un obiettivo agonistico. Così, Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2005, F., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1584, con nota di S. RAFFAELE, *Tipicità e giustificazione di lesioni personali in ambito sportivo*, p. 1589 s. Ne consegue che il dolo dello sportivo viene a colorarsi di una connotazione ulteriore, qual è l'intenzione di arrecare un pregiudizio al soggetto passivo della violenza.

oggi alla competenza del giudice di pace, con la conseguenza che esse sono punite con una pena non detentiva. Evidentemente, alla base del trattamento sanzionatorio meno severo di tali ipotesi vi è un apprezzamento più benevolo del loro disvalore di azione, anche in considerazione della generalizzata deregolamentazione che caratterizza questo settore della vita sociale. Dal punto di vista sociologico, infatti, la colpa stradale costituisce la concretizzazione di un fattore di pericolo diffuso che interessa tutte le classi sociali allo stesso modo ed è soggetto a copertura assicurativa obbligatoria. Al rischio di diventare vittime di un reato colposo connesso alla violazione delle norme cautelari in materia di circolazione stradale corrisponde, cioè, il rischio di essere autore del medesimo fatto, con la conseguente identificazione del cittadino ora nelle vesti di artefice della negligenza, ora in quelle della vittima del reato.

Diversamente la responsabilità colposa di chi guida in condizione di ebbrezza o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti è stata oggetto di un considerevole irrigidimento del trattamento sanzionatorio ad opera del c.d. pacchetto sicurezza (d. l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modifiche nella l. 24 luglio 2008, n. 125). Il riferimento è, da un lato, al ripristino per dette ipotesi della competenza del giudice ordinario, con conseguente ritorno alla pena detentiva, dall'altro lato, all'introduzione di due nuove circostanze aggravanti ad efficacia speciale per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi (artt. 589, comma 3, e 590, comma 3, c.p.), che incrementano considerevolmente la pena e impediscono, a norma del nuovo art. 590-*bis* c.p. (anch'esso introdotto dall'anzidetto intervento novellistico), che le eventuali attenuanti concorrenti possano ritenersi equivalenti o prevalenti, salvo che si tratti della minore età (art. 98 c.p.) e, nel caso di cooperazione colposa, del contributo di minima importanza (art. 114 c.p.).

In breve, nell'ambito della colpa stradale, quale fenomeno trattato in linea di principio con benevolenza, la recente legislazione isola, in apparente controtendenza politico-criminale, un'ipotesi di responsabilità connotata da massima gravità sanzionatoria, in ragione dell'elevato disvalore di azione, a sua volta espressione di un'altrettanto grave colpevolezza, che sembrerebbe atteggiarsi come forma di rimproverabilità intermedia tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, sul modello dell'istituto della *Recklessness* (sconsideratezza)²¹, tipica del diritto penale inglese.

²¹ Il nostro legislatore parrebbe essersi ispirato all'accezione oggettiva di *Recklessness* (*type Recklessness*), per lo più criticata in dottrina (v. F. CURI, *Tertium datur*, Milano, 2003, p. 75 e p. 93), perché il giudice non deve accertare la decisione dell'agente di ignorare il rischio connesso al suo agire imprudente.

4. *Disvalore di azione e riparazione*

Il disvalore di azione incide dunque sulla gravità del reato colposo e ne influenza il trattamento sanzionatorio, differenziandolo in ragione del diverso apprezzamento ora della funzione sociale della condotta pericolosa da cui origina il reato colposo (altro è l'atto medico volto alla salute del paziente, altro l'uso dell'automobile al solo fine di provare l'ebbrezza della velocità), ora del tipo di regola cautelare in cui si sostanzia l'addebito (altro è l'errore che si verifica nell'esecuzione di un complesso protocollo terapeutico, altro il porsi alla guida in stato di ubriachezza).

Si consideri inoltre che, com'è noto, la minore gravità dei reati colposi, rispetto a quelli dolosi, dipende in linea di principio dalla loro natura involontaria e dal ritenuto maggiore impegno che occorre per evitarli: a differenza di quanto avviene per i reati dolosi, per evitare i reati colposi non basta semplicemente astenersi dal volerli, ma occorre altresì che l'agente si conformi ad apposite modalità esecutive di tipo cautelare. Ebbene, la natura non antagonista del fatto colposo, che pregiudica la vittima, ma non si indirizza contro di essa, spiega l'odierna tendenza alla valorizzazione del risarcimento del danno come modalità di trattamento differenziato dei reati colposi, nella premessa che essa sia sufficiente a cicatrizzare il (modesto) conflitto sociale creato dal fatto dannoso involontario. Il riferimento va, *de iure condito*, all'art. 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che, pensando anche, se non principalmente, alle lesioni personali colpose connesse alla circolazione stradale (fatta eccezione, come si è detto, per i casi di guida in condizione di ebbrezza o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti), consente al giudice di pace di dichiarare l'estinzione del reato quando l'imputato, pure avvalendosi della copertura assicurativa, ha dimostrato di "aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato".

Ma non solo: *de iure condendo*, sono allo studio meccanismi di conciliazione per le lesioni personali colpose connesse a malpratica medica, le quali mirano a favorire, con la necessaria collaborazione della compagnia di assicurazione della struttura sanitaria interessata, il tempestivo, ancorché non integrale, risarcimento del paziente offeso, disposto a rinunciare alla tutela giurisdizionale attraverso, se del caso, la remissione della querela eventualmente sporta²².

²² V. per esempio la delibera della Giunta della Regione Toscana n. 1019 del 27 dicembre 2007, con la quale è stata avviata la fase sperimentale di un servizio di conciliazione dei danni

Soluzioni conciliative di questo tipo non sono previste invece (e comprensibilmente) per i fatti colposi caratterizzati da un diverso e più accentuato disvalore di azione. Si pensi, per l'appunto, al settore della sicurezza sul lavoro: qui la violazione delle cautele antinfortunistiche sta a significare che il conflitto tra la finalità lucrativa perseguita dal datore di lavoro e il bene della sicurezza dei lavoratori, si è risolto con la prevalenza della prima sul secondo, ossia con un inaccettabile sovvertimento della gerarchia dei valori in campo.

5. *Il disvalore di azione nello specchio della tipicità*

Quanto si è venuto fin qui osservando testimonia che la responsabilità per colpa è entrata in una nuova fase evolutiva, caratterizzata, per un verso, dalla crescita d'importanza del disvalore di azione (a fronte dell'interesse prioritario tradizionalmente tributato al disvalore di evento dell'illecito colposo²³) e, per l'altro, dal conseguente spostamento dell'attenzione dai criteri di imputazione dell'evento ai connotati di tipicità della regola cautelare, quale elemento normativo integratore della fattispecie colposa.

Il numero chiuso dei reati colposi non dipende soltanto dal principio della loro espressa previsione legislativa (art. 42, comma 2, c.p.), ma anche dal numero chiuso (seppure in continua crescita, nonostante l'operare anche in questo settore della desuetudine) delle regole cautelari esistenti. Si tratta, dunque, di una doppia frammentarietà: la discontinuità propria del diritto penale si combina con il carattere puntiforme del dovere di diligenza, che si concretizza nel rispetto di regole di comportamento preesistenti alla situazione di pericolo e riconoscibili *ex ante* da parte dell'agente. Pertanto, i reati colposi sono sempre a "forma vincolata", posto che ogni violazione di regola cautelare scolpisce altrettante modalità della condotta tipica.

Questo profilo non ha mancato di affiorare nella giurisprudenza di legittimità, allorché si è correttamente affermato che il giudice non è facitore, ma solo fruitore di regole cautelari²⁴. Detto altrimenti: nell'accertamento della

conseguenti a errore medico. Sulle linee attuative della citata sperimentazione, che sono state approvate con successiva delibera n. 649 del 4 agosto 2008, v. l'articolo di M. MENCHINI, *In corsia l'errore si concilia*, ne *Il sole 24 ore*, Sanità Toscana, supplemento al n. 37 del 23-29 settembre 2008, p. 1.

²³ Nella nostra letteratura, v. ampiamente N. MAZZACUVA, *Il disvalore di azione dell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 241 s.

²⁴ Seppure isolatamente, v. pressoché testualmente Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2000, Frat-

colpa (*rectius*: della regola cautelare), al pari di quanto accade in materia di causalità, l'interprete ricorre a un sapere esterno e specialistico, che, se del caso, entra nel processo attraverso la consulenza tecnica (o meglio: attraverso il necessario contraddittorio tra gli esperti). Dal punto di vista metodologico, in entrambi i casi il giudice è vincolato da un parametro di giudizio che egli non crea, ma trova, trattandosi per l'appunto di un fondamentale elemento di tipicità: le leggi scientifiche di copertura per quanto concerne la causalità e la regola cautelare per quanto attiene la colpa. Sennonché, nell'accertamento della causalità la legge scientifica di copertura ha una funzione meramente descrittiva, mentre nell'accertamento della colpa la regola cautelare violata fonda il giudizio di antidoverosità della condotta.

Di conseguenza, per quanto si parli al riguardo di "legge causale" è fin troppo ovvio che il termine "legge" non è usato come sinonimo di "norma" in senso stretto. La causalità appartiene infatti al novero delle leggi descrittive, ossia prive di contenuto deontico²⁵, ragion per cui essa rileva come regola di giudizio, non di condotta. Ciò spiega perché, nonostante la sua indiscussa funzione integratrice della causalità, la sua scoperta successiva al fatto di reato sfugge alla disciplina della legge penale nel tempo. La spiegazione causale si fonda su una legge che, affermando una verità (anche sopraggiunta), ha una efficacia necessariamente retroattiva. La validità di un giudizio espresso in termini di verità è sottratto infatti al trascorrere del tempo.

Diversamente, e come si è già detto, le norme cautelari nelle quali si rifrange il dovere di diligenza sono prima di tutto regole di condotta per il cittadino e, successivamente, nel caso di loro violazione, fungono da regole di giudizio ai fini di un'eventuale affermazione di responsabilità. In questo caso il parametro di giudizio non potrà che coincidere con quello che *ex ante* fungeva da norma di comportamento, con conseguente assoggettamento dell'avvicendamento di regole cautelari ai principi che governano la temporalità nel diritto penale²⁶. In

ta, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1217, secondo la quale aggiunge che "in tema di colpa [...] il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute o conoscibili dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia".

²⁵ G.H. VON WRIGTH, *Norma e azione*, trad. it., Bologna, 1989, p. 41.

²⁶ Sul complesso fenomeno delle modificazioni mediate della fattispecie colposa per successione di regole cautelari integratrici, v. diffusamente D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 477 s.; nonché L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 248 s.

questo senso, l'accertamento della colpa del fatto storico presuppone l'accertamento della colpa del fatto tipico (ossia la previa individuazione della cautela doverosa). Essendo la fattispecie colposa aperta, il suo completamento deve precedere la sua applicazione. È quanto accade, del resto, nei casi in cui il legislatore ricorre alla tecnica del rinvio. Ebbene, in relazione alla colpa generica è acquisizione condivisa che le qualifiche di negligenza, imprudenza e imperizia siano elementi normativi; nelle ipotesi di colpa specifica, poi, la fattispecie penale è eterointegrata per definizione.

6. Colpa generica versus colpa specifica

L'attenzione per la legalità della colpa ha reso palese il vuoto di positività che caratterizza la colpa generica e, soprattutto, le implicazioni negative che ne discendono sul versante della determinatezza dei reati colposi²⁷.

Per ovviare a quest'ultimo inconveniente parte della dottrina tedesca ha ritenuto di elaborare una complessa criteriologia finalizzata a declinare il requisito dell'*Anlass* (ossia della percepibilità della situazione di pericolo), in modo da rendere preventivamente l'esito del giudizio di responsabilità colposa²⁸. Questo schema di ragionamento, sebbene miri a vincolare la discrezionalità del giudice, non incrementa per contro la determinatezza della responsabilità sotto il profilo della regola di condotta cui deve attenersi il cittadino. Detti criteri, infatti, si dirigono esclusivamente al giudice quali strumenti diagnostici della colpa. Non a caso è stato osservato che in fondo questa impostazione propone una moderna lettura della colpa basata sulla psicologia della percezione²⁹, la quale, mentre consente di individuare quando e a quali condizioni l'agente avrebbe dovuto rendersi conto della situazione di pericolo, non contribuisce a specificare, specie in assenza di cautele positivizzate, a quali regole di comportamento avrebbe dovuto attenersi l'agente che avesse percepito correttamente i fattori di rischio della sua condotta.

Com'è evidente, il problema più avvertito è costituito oggi dalla tendenziale indeterminatezza della colpa generica. Così, mentre in passato, quando la

²⁷ In argomento, v.: G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fabrlässigen Erfolgsdelikten*, Tübingen, 2001, in particolare, p. 135 s.; R.A. MIKUS, *Die Verhaltensnorm des fabrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin, 2002, p. 32 s.; A. COLOMBI CIACCHI, *Fabrlässigkeit und Tatbestandesbestimmtheit*, Köln, 2006, p. 13 s.

²⁸ Cfr. G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, cit., p. 410 s.

²⁹ Così A. COLOMBI CIACCHI, *Alla ricerca della determinatezza della fattispecie colposa: i recenti sviluppi della dottrina tedesca*, in *Indice pen.*, 2005, p. 772 s.

positivizzazione delle cautele era un fenomeno marginale, la dottrina prevalente si sforzava di omologare la colpa per inosservanza di legge alla colpa generica (ritenendo che anche l'essenza della prima risiedesse essenzialmente nella prevedibilità/evitabilità dell'evento), oggi, in presenza di regolamentazioni precauzionali minute e dettagliate sempre più frequenti, si avverte la necessità di ricostruire la colpa generica alla stregua dei migliori standard di tipicità cui può pervenire la colpa specifica quando la fattispecie colposa è integrata da una regola cautelare determinata sotto il profilo della condotta e del suo presupposto di operatività.

Da qui le riserve che sono state avanzate in relazione all'eccessiva elasticità del principale parametro di modulazione del dovere di diligenza nella colpa generica. Il riferimento è da intendersi alla figura dell'agente modello³⁰, che finisce per allargare eccessivamente il raggio di azione del dovere di diligenza e la circonferenza della responsabilità colposa. Del resto una delle ragioni di apprezzamento della figura del *bonus pater familiae*, che è l'ascendente diretto dell'agente modello, risiede non a caso nella indeterminatezza degli standard valutativi di riferimento, propria delle strutture elastiche del diritto³¹. Da qui, e coerentemente, la comprensibile opposizione – ma con riferimento precipuo alla diversa struttura e funzione della responsabilità civile – a quelle letture delle clausole generali, ivi comprese le nozioni di diligenza e perizia, che puntino a ricondurle entro schemi di normalità statistica³², tali da frustrare la duttilità applicativa di dette regole aperte.

Sennonché nel diritto penale questa impostazione del dovere di diligenza, che ha incontrato oppositori pure nel settore civilistico³³, va ribaltata, per l'importanza prioritaria e assorbente che riveste l'istanza di certezza. Quest'ultima viene perseguita anche a discapito della completezza della tutela

³⁰ Cfr. V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss. nonché ID., *Colpa*, in *Diritto penale*, della Serie "I dizionari sistematici", a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 145 s. Per una recente ricapitolazione dei criteri di individuazione dell'agente modello e degli argomenti che militerebbero a favore della sua persistente validità, tuttora ritenuta dalla dottrina dominante, v. F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, p. 280 s.

³¹ Di recente in argomento, v. E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 81, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³² S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 721 s.

³³ Cfr. per esempio C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 993 s. e in particolare p. 1006 s., che considera "imprecisa e contraddittoria" la figura del buon padre di famiglia.

(principio di frammentarietà). Si tratta di una scelta ideologica: il nostro sistema, seguendo una tradizione oramai risalente e diffusa, ha subordinato chiaramente la tutela penale alla legalità, quale valore prioritario.

7. *Le prassi cautelari e la concertazione dei protocolli preventivi*

Se parametri di giudizio totalmente elastici o, da altra angolazione, interamente fattuali non consentono di forgiare un giudizio di colpa penale rispettoso dell'istanza di legalità – fondato cioè su regole cautelari riconoscibili e, in quanto tali, preesistenti sia al giudizio che alla stessa condotta – non resta che cercare soluzioni alternative. In questa prospettiva è utile ricordare che il dovere di diligenza non è un concetto esclusivamente penalistico; quanto ai suoi contenuti, essi hanno una matrice sociologica, considerato che, per comune riconoscimento, le regole cautelari provengono, attraverso una lenta decantazione, dall'immenso serbatoio dell'esperienza collettiva.

Si può parlare al riguardo di prassi cautelari rilevanti per il diritto, che derivano dallo stesso processo di formazione della consuetudine³⁴, la quale, nell'epoca del primato del diritto positivo, ha mantenuto significativamente una presenza, seppure defilata, nel novero delle fonti di produzione. D'altro canto, le prassi cautelari hanno influenzato a lungo la fisionomia della colpa anche al di fuori della materia penale. Basti ricordare che, nel campo della responsabilità civile, il criterio dell'osservazione statistica della realtà (*id quod plerumque accidit*) è stato utilizzato per dare sostanza alla figura del buon padre di famiglia, per impedire cioè che essa, trasformandosi in una pura idealità, si rifrangesse negli opposti parametri ora del *vir diligentissimus*, ora dell'*aurea mediocritas*³⁵. È caratteristica delle figure ideali cui sovente ricorre l'argomentazione giuridica, infatti, condensare metaforicamente opposti inconciliabili, lasciando poi al giudice il compito di sciogliere caso per caso e a sua discrezione l'antinomia.

Il riferimento alle prassi cautelari laicizza la nozione di diligenza, conferendole un carattere tecnico e contrastandone l'immanente tensione etica. Diversamente, l'accezione deontologica dell'agente modello, apparendo sempre più

³⁴ Nella manualistica, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 330 s.

³⁵ P. FORCHIELLI, *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t.1, Milano, 1991, p. 293 s. e spec. p. 294, che, intendendo "il buon padre di famiglia" come sinonimo di "buon cittadino", finisce per identificare il criterio misuratore del dovere di diligenza con il "comportamento della maggioranza dei cittadini".

il ritratto dell'uomo con troppe qualità, esercita una spinta costante verso livelli di eccellenza nell'adempimento dell'aspettativa di diligenza anche a discapito della certezza e riconoscibilità della regola cautelare³⁶. Non si dimentichi infatti che la colpa, come tutti i parametri normativi, non sta nella testa di chi agisce, ma in quella di chi giudica. In breve: dare di più è certamente auspicabile ed eticamente apprezzabile; un atteggiamento meno solidaristico, però, non può essere penalmente stigmatizzato nella misura in cui esso si sia conformato alle regole prasseologiche disponibili, pur senza correggerle o migliorarle. Deve trattarsi – ovviamente – delle prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate perché solo esse consentono un punto di equilibrio tra l'istanza di tutela, da un lato, e la riconoscibilità della regola, dall'altro.

Non solo: i recenti sviluppi della nozione di consuetudine, mentre tendono a sminuire l'importanza tradizionalmente riservata al requisito soggettivo dell'*opinio iuris ac necessitatis* (elemento, questo, capace di perpetuare più che fondare la norma consuetudinaria), valorizzano il profilo oggettivo della ripetizione dell'uso, aggiungendo un nuovo e fondamentale elemento strutturale, costituito dall'origine necessariamente non conflittuale della consuetudine³⁷, quale regola che, nel silenzio delle istituzioni preposte alla produzione del diritto, nasce dalla spontanea autoregolazione del corpo sociale. Si attenuano così i rischi, paventati di recente³⁸, di avere delle consuetudini caratterizzate dallo stesso inconveniente delle leggi: ossia l'essere il prodotto di una maggioranza ai danni di una minoranza soccombente. Se si accetta questa impostazione la consuetudine non potrebbe essere né causa, né espressione di un conflitto sociale, là dove una siffatta eventualità non può escludersi invece per le leggi, specie se prodotte da un Parlamento espressione di un sistema elettorale maggioritario.

Peraltro lo spontaneismo che caratterizza il processo di formazione delle prassi cautelari non preclude affatto spazi al confronto tra i soggetti interessati ai fattori di rischio, ossia tra coloro che li producono e coloro che vi sono esposti. Più che mai nella moderna società del rischio è necessario favorire e incrementare la partecipazione democratica alla valutazione dei livelli di tute-

³⁶ Per una ricognizione sul versante civilistico, v. E. CARBONE, *Diligenza e risultato*, cit., p. 85.

³⁷ In argomento, di recente, v. S. ZORZETTO, *Introduzione*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. Zorzetto, Pisa, 2008, p. 13 s.

³⁸ A. GENTILI, *La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio juris all'electio juris*, in *La consuetudine giuridica*, cit., p. 150 s.

la. A differenza dello strumentario tradizionale che affida al giudice questo compito, il metodo della concertazione rimette al corpo sociale la determinazione delle prassi cautelari, le quali, se ritenute insoddisfacenti, possono essere pur sempre neutralizzate da un'apposita positivizzazione di regole più efficaci e sovraordinate. Ciò accresce la legittimazione della responsabilità colposa, omologandola al principio di legalità ed escludendo che competeva al giudice (peraltro al giudice tecnico, ossia reclutato per concorso), il compito pedagogico di instillare nei cittadini, a colpi di pena, lo slancio etico verso standard di tutela più elevati.

Volendo, ci si può anche intrattenere sulla minore efficacia preventiva delle prassi cautelari rispetto a quella della migliore scienza ed esperienza e discettare, su basi pseudoempiriche che non vanno oltre l'orizzonte soggettivo degli usi praticati o conosciuti, su quanto le prassi siano sciatte o virtuose. È un modo, non un argomento, per eludere il problema della legalità della colpa, là dove sarebbe già un risultato tutt'altro che trascurabile che le condotte pericolose si conformassero alle migliori prassi applicative distillate dai settori più efficienti e sensibili della nostra non disprezzabile società.

8. Responsabilità colposa e riserva di legge: la "chiusura" del cerchio

Solo la previa determinazione della regola cautelare consente dunque di omologare la colpa al principio di determinatezza. Il rischio consentito, da questa angolazione, altro non è che l'effetto liberatorio dell'osservanza delle cautele doverose. Esso, per contro, viene a perdere il rilievo di categoria autonoma, destinata a raccogliere criteri che, attraverso un bilanciamento degli interessi inevitabilmente discrezionale, consentano al giudice di ritagliare *ex post* l'area di accettabilità sociale dell'evento non voluto che diparte dalla condotta pericolosa³⁹.

³⁹ In argomento, cfr. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 55 s. Tra i tanti che hanno espresso riserve sulla nozione di rischio consentito sotto il profilo della sua esatta delimitazione operativa, v. M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 209 s.; e più di recente G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 548, i quali osservano correttamente che la categoria del rischio consentito comporta "valutazioni e bilanciamenti che sarebbe opportuno non affidare al solo giudice penale". In termini più generali, per una critica della dottrina e della pratica giudiziaria che riconoscono al giudice sempre maggiori ambiti di discrezionalità, v. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 499.

D'altro canto, ritenendo che, come nella colpa per inosservanza di legge, anche nella colpa generica il dovere di diligenza si sostanzia nell'osservanza di regole (cautelari) di condotta, ne discende che l'indiscussa unità strutturale della responsabilità colposa comporti in ogni caso l'eterointegrazione della fattispecie penale: ossia la sua "chiusura" ad opera di regole positivizzate o prasseologiche.

Si porrebbe a questo punto il problema della compatibilità della colpa con il canone della riserva di legge, quando la regola cautelare è posta da una fonte non legislativa. Con riguardo alla colpa specifica la questione potrebbe risolversi invocando la giurisprudenza costituzionale che ammette l'eterointegrazione quando è funzionale alla specificazione tecnica della norma penale⁴⁰. La specificazione tecnica è infatti la caratteristica della regola cautelare, specie di quella positivizzata. Semmai, maggiori dubbi potrebbero sollevarsi in relazione alla colpa generica: il ricorso agli usi – è stato obiettato – sarebbe una violazione della riserva di legge addirittura plateale⁴¹. In realtà, l'eterointegrazione della fattispecie colposa attraverso gli usi si porrebbe pur sempre nell'ambito, comunemente ammesso, della consuetudine integratrice⁴². Ma il punto non è questo: bisogna tener conto che l'alternativa comunemente praticata – ossia il completamento della fattispecie colposa attraverso le valutazioni fattuali del giudice – porta a conseguenze ben più gravi, perché viola tutte le articolazioni del principio di legalità, non solamente il corollario della riserva di legge.

Il profilo assorbente è dunque un altro ed è stato colto dalla citata giurisprudenza costituzionale. La specificazione tecnica della fattispecie incriminatrice da parte di fonti subordinate alla legge, come tali non abilitate alla produzione del diritto penale, è ammessa se serve ad assicurare alla fattispecie la necessaria determinatezza, posto che l'indeterminatezza della norma penale aprirebbe un *vulnus* maggiore, qual è l'*arbitrium iudicis*. In breve: pensate come garanzie che si sommano l'una all'altra, la riserva di legge e la determinatezza entrano oggi, sempre più spesso, tra loro in bilanciamento, con preva-

⁴⁰ Corte cost., sent. 14 giugno 1990, n. 282, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1755, con nota di F. CERVETTI, *Legge n. 818 del 1984 e questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, p. 1764 s.; v. anche i commenti di: F. ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3021 s.; G. VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 996 s.

⁴¹ Così L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 503.

⁴² S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 121.

lenza dell'istanza di certezza. È quanto accade nelle fattispecie eterointegrate da fonti non legislative e, dunque, nella gran parte dei reati colposi.

9. *La legittimazione del giudizio di colpa*

Come si diceva in apertura, il principio della riserva di legge è oggetto oggi di una rivisitazione critica certamente opportuna, ma anche connotata da esasperazioni non sempre disinteressate, in quanto intese a screditare il vincolo della legalità nel suo complesso, e per altro verso, mirate a legittimare gli eccessi di creatività del diritto vivente e la reattività della giurisprudenza nei confronti delle scelte legislative non condivise. A quest'ultimo proposito, talune vociferazioni dottrinali trovano addirittura un inopinato e intempestivo seguito in quelle ordinanze di rimessione che chiamano in causa la Corte costituzionale nell'improprio ruolo di censore del merito legislativo (magari in nome di quel canone di giudizio, rappresentato dal principio di ragionevolezza, che si vuole sempre più flou)⁴³.

Ciò non significa misconoscere che gli input comunitari di tutela sempre più frequenti e stringenti⁴⁴, da un lato, e la crescente presenza di fattispecie incriminatrici integrate da fonti non legislative, dall'altro, portino a ridimensionare il monopolio del Parlamento nella produzione del diritto penale, sotto il profilo della pienezza e responsabilità della scelta politico-criminale.

Il punto è soprattutto un altro: la crisi più profonda è di tipo culturale e riguarda il principio di soggezione del giudice alla legge⁴⁵. Questo fondamentale cardine della nostra tradizione culturale e istituzionale sembra essere divenuto figlio di un dio minore, nonostante la sua dignità di principio costituzio-

⁴³ Di recente v. ad esempio Trib. Padova (Ufficio del GIP), ord. 18 luglio 2006. Il giudice rimettente, muovendo dall'erronea premessa secondo cui l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale consentirebbe oggi un sindacato sulla ragionevolezza intrinseca delle scelte legislative, chiedeva alla Corte di dichiarare illegittimi più profili della nuova disciplina della prescrizione come modificata dalla l. 251 del 2005. Sul prevedibile rigetto della questione da parte della Corte (sent. 324 del 2008), v. D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle "riforme penali di favore": un limite tecnico o di moderazione politica?*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2008, p. 780 s. (delle bozze di stampa).

⁴⁴ In argomento di recente C. PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in questo *Annuario*, 2007, p. 377 s.

⁴⁵ Su questo tema, v. i contributi di W. HASSEMER (*Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*), G. HIRSCH (*Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*) e B. RÜTHERS (*Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*), in questo *Annuario*, 2007, p. 73 s.

nale. La crisi della politica si è estesa progressivamente al primato della legge, quale frutto della politica proveniente dal Parlamento. Per converso, a fronte della legittimazione puramente tecnica della giurisprudenza, tende a riemergere, specie nei settori maggiormente connotati dall'inadeguatezza della nostra legislazione, la mai sopita dimensione etica del giudicare, che si fonde con l'ineliminabile componente politico-criminale dell'interpretazione.

Di ciò, nei termini che si è cercato di descrivere, risente anche la teoria della colpa. Va da sé che la crisi della legalità non può essere colmata dalla supplenza della giurisprudenza, senza accentuare il problema della legittimazione delle scelte che il giudice effettua *praeter legem*. Il problema si pone in particolare per la modulazione del principale ganglio operativo del giudizio di colpa, rappresentato dal dovere di diligenza: essa richiede una più profonda legittimazione sostanziale, quale condizione irrinunciabile per l'efficacia e la giustizia della tutela. Mai come in questo momento storico la società del rischio ha bisogno di potenziare lo strumento della responsabilità colposa, non prima di averlo omologato ai principi fondamentali del diritto penale.