

ROCCO BLAIOTTA

LEGALITÀ, DETERMINATEZZA, COLPA ^(*)

1. È oramai acquisito che la fattispecie colposa abbia necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango ben inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo.

A tutta prima questa discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori dovrebbe introdurre una preoccupazione aggiuntiva in termini di legalità e determinatezza. Io oso pensare che sia vero proprio il contrario; cioè che la colpa specifica sia peculiare, ineliminabile espressione del principio di legalità. La fattispecie colposa, col suo carico di normatività diffusa e per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia.

Questo stato delle cose traspare se guardiamo alla storia dell'istituto. Sin dal periodo della rivoluzione francese, infatti, la colpa cessa di essere generica imprudenza e diventa anche violazione di leggi, regolamenti, ordini. Questa stessa normativa noi ritroviamo nei codici preunitari, nel codice Zanardelli e, infine, nel codice Rocco: nulla è sostanzialmente mutato nelle moderne definizioni legali della colpa.

C'è da credere che, come la signoria della legge era l'antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare fosse e sia tuttora l'antidoto più forte contro l'imponderabile soggettivismo del giudice e sia quindi una garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche.

2. Naturalmente, la fiducia che noi possiamo avere nella colpa specifica non può essere illimitata. Anche a questo proposito la storia è maestra. Essa ci mostra che per tutto l'ottocento e fino alla metà dello scorso secolo, prima che alcuni giuristi ci svelassero le sofisticate connessioni che si nascondono dietro questa fattispecie un po' oscura e misteriosa, la colpa specifica è stata intesa in guisa deteriore, essen-

^(*) Il testo riproduce con qualche adattamento la relazione al convegno «*Terzo basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità*», organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane e dalla Camera penale locale a Firenze il 14 e il 15 dicembre 2012.

do fondata sul disvalore d'azione, sulla violazione della regola cautelare. L'evento, come sappiamo, è stato visto come condizione obiettiva di punibilità e questo ha messo in ombra i valori costituzionali ai quali noi ora ci ispiriamo.

La riflessione teorica ci ha spiegato che la colpa specifica non si radica nella sola violazione di una prescrizione ma implica anche la comprensione dei molteplici e peculiari intrecci causali che connettono la condotta all'evento. Noi, ora, parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quanto importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare: nell'evento, si afferma in breve ed efficacemente, si deve essere concretizzato il rischio che la cautela intendeva evitare.

Questo ordine concettuale è penetrato nella giurisprudenza di legittimità. Sia pure con qualche fatica, chi spulcia negli annali rinviene enunciazioni in linea con quanto sin qui sommariamente evocato. Dunque, vi è un importante aspetto della colpa nel quale teoria e prassi in linea di principio convergono, anche se le incertezze applicative, nei casi difficili, rimangono non trascurabili. A tale riguardo occorre rimarcare fortemente che nel presente i giudizi in ordine agli illeciti colposi attengono frequentemente a contesti estremamente intricati, complessi, faticosamente illuminati da sapere scientifico di frontiera, in divenire. Basti pensare ai giudizi in tema di responsabilità professionale del medico o di esposizione lavorativa a sostanze nocive. Ciò comporta che per giudicare, per cogliere gli evocati nessi tra condotta ed evento, occorre poter disporre di sapere scientifico seriamente accreditato. Questa considerazione metodologica implica la necessità di espungere dal diritto penale il principio di precauzione nella sua forma propria, quella cioè afferente al nesso causale: si vuol dire che senza la guida certa di informazioni scientifiche affidabili che leghino la condotta allo specifico evento è ben difficile costruire la "causalità della colpa".

3. Riprenderò un poco più avanti il tema del sapere scientifico.

Qui mi preme di fare cenno ad altre questioni sulle quali permangono incertezze, opacità rispetto ai principi costituzionali che ho evocato all'inizio. Intanto, occorre considerare che della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale ma per certi versi inquietante, dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perché è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite ben fondate, attuali, appaganti rispetto alle esigenze di tutela. Qui si annida un formidabile rischio: il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilan-

ciata dalla terzietà. Il tema è stato recentemente messo in luce dalla giurisprudenza della Corte suprema in un contesto nel quale la categoria del rischio consentito vale a cogliere le ineliminabili difficoltà e le insidie dell'indagine sulla colpa: faccio riferimento al rischio suicidiario del paziente psichiatrico.

Di non minore rilievo mi pare un'altra cruciale questione, pure strettamente connessa al tema della legalità. La presento con una enunciazione forse forte, ma che mi pare realistica. La colpa non è una sola. Vi sono molte colpe, giacché abbiamo diversi ambiti di rischio che sono governati da sistemi normativi distinti: grandi rischi sistemici propri del nostro tempo. Faccio riferimento al rischio della circolazione stradale, a quello connesso alle attività lavorative, a quello terapeutico; ma l'elenco potrebbe continuare. In ciascuno di tali ambiti la colpa assume colorazioni profondamente diverse che in certa misura trascendono, trasfigurano il dato normativo. Pensate alla colpa nell'ambito della sicurezza del lavoro. Qui assai spesso il rimprovero soggettivo letteralmente scolora, scompare. Per esperienza di tanti processi visti nella prospettiva di legittimità posso dire che solitamente di colpa non si parla come di un punto nevralgico del giudizio: l'obbligo di tutela è talmente pregnante a carico del gestore del rischio che, individuato il ruolo di garante, non si manca quasi mai di individuare una cautela che è stata violata. Le ragioni sono agevolmente comprensibili: l'uomo si fa ingranaggio fragile di meccanismi gravidi di pericoli e deve essere protetto, la cautela deve essere estrema. Questo porta, a torto o a ragione, ad interpretare il sistema nel suo complesso in modo rigoroso, qualche volta eccessivamente rigoroso. Vi è, io credo, una grande necessità di recuperare, sia pure prudentemente, in questo delicato ambito, spazio per la responsabilità colpevole come concreto rimprovero per una condotta umanamente esigibile che è mancata ed ha scatenato l'evento. Le indagini sull'imputazione, assai spesso, si muovono attorno all'art. 41 capoverso cod. pen., con la difesa all'affannosa e quasi sempre inutile ricerca di un *quid* che "interrompa" la relazione causale innescata dalla condotta manchevole del garante. Io credo che questo riduttivo approccio cancelli troppo spesso e troppo semplicisticamente l'ineliminabile rilievo della colpa come rimprovero soggettivo. Penso che dovremmo più approfonditamente interrogarci sui fatti e chiederci se l'accadimento fosse concretamente prevedibile ed evitabile da un pur diligentissimo *dominus* della sicurezza. Più semplicemente, dovremmo imparare a distinguere causalità giuridica e colpa.

Un discorso non dissimile può essere fatto per la circolazione stradale. Voi sapete che il principio di affidamento è nato proprio in quest'ambito. Esso, tuttavia, è di fatto negato nella giurisprudenza, in nome di un'istanza di previsione senza limiti dell'altrui mancanza di prudenza. Solo recentemente in qualche sentenza il principio di affidamento è affiorato (enunciazione di notevole rilievo sul piano dei principi) in situazioni nelle quali le altrui condotte risultavano davvero esorbitanti rispetto alle basilari regole della circolazione.

Rispetto a tale stato delle cose alcuni antidoti diretti o indiretti possono essere colti nella giurisprudenza più recente. Ad esempio, traspare in qualche caso una maggiore attenzione nell'individuazione selettiva della figura che concretamente è chiamata a governare un definito ambito di rischio. In questo approccio può scorgersi un itinerario utile per modulare in modo più puntuale, meno indiscriminato, il giudizio di responsabilità, distinguendo, separando i ruoli e le connesse responsabilità. Un modo per sottrarre anche in questo ambito il diritto penale al paradigma del "capro espiatorio".

L'ambito che mi pare maggiormente aperto ad innovazioni applicative che diano forza ai principi è quello della medicina. Il rischio terapeutico presenta alcune interessanti peculiarità. Intanto, si registra un sostanziale vuoto normativo che enfatizza il ruolo della giurisprudenza; al contempo si è in presenza di un'attività davvero difficile e rischiosa che merita una speciale considerazione; infine, l'attività medica è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinazione ai doveri del garante e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato.

Per queste ragioni credo che il contesto del rischio terapeutico sia quello che maggiormente promette di far maturare la colpa sia sul versante della determinazione che su quello della del rimprovero soggettivo.

4. Mi è stato chiesto, nel corso della discussione, dove il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, possa rinvenire la fonte preconstituita alla strega della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni *a posteriori*. A questo puntuale e difficile interrogativo credo che possa e debba essere data, in linea di principio, una ed una sola risposta: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili. L'indicazione è semplice, lineare, ma non altrettanto lo è l'itinerario, che pure la giurisprudenza della mia Sezione ha recentemente indicato, in tema di individuazione del sapere scientifico oggettivo affidabile, neutrale. Tutti sappiamo in quale inquietante misura le informazioni che circolano nell'ambito scientifico possono essere controverse, sommarie, strumentali, parziali, interessate, devianti; ed è chiaro che il compito che la Corte di legittimità ha indicato al giudice di merito è impegnativo quanto ineludibile. Si tratta di acquisire accresciuta consapevolezza delle istanze di oggettività e certezza che premono. Ne risulta chiarito e nobilmente enfatizzato il ruolo di *peritus peritorum* tradizionalmente conferito al giudice. Nessuna rivendicazione di potere e di supremazia. Piuttosto, l'indicazione di un metodo: il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad

una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio. Il perito non è più (non avrebbe mai dovuto esserlo!) l'arbitro che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito cui il giudizio si interessa, spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia. Tutto ciò ha a che fare, a mio avviso, con i temi della legalità e della determinatezza cui il convegno è dedicato. Voglio dire che l'ontologica "terzietà" del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e della parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale.

Certo, l'istanza di chiarificazione della colpa, per sottrarla all'ombra nella quale tanto frequentemente ricade, dovrebbe essere affidata in misura non marginale alla legge. È ben vero che Zanardelli non volle porre nel suo Codice una definizione di parte generale della colpa per la dichiarata difficoltà di comprendere e definire cosa tale figura soggettiva effettivamente sia. Tuttavia molto cammino è stato fatto da allora e non è per nulla vero che nel presente la scienza giuridica non sia in grado di orientare il legislatore. La presenza del professor Grosso mi sollecita a ricordare l'approfondito lavoro della Commissione da lui presieduta, che ha proposto riflessioni, suggerimenti che restano un utile promemoria per chi abbia voglia di governare e disciplinare la pur difficile materia.

L'alternativa è nell'attribuire alla giurisprudenza il governo della materia: un ruolo davvero per certi versi troppo impegnativo e troppo lontano dalle istanze, qui correttamente evocate, di precostituzione normativa di principi e regole. Come al solito, nell'ambito del rischio terapeutico si pongono gli interrogativi più insistenti. Le questioni sul tappeto sono enormi: si tratta di determinare l'allocazione dei costi connessi al danno iatrotrogeno, di costruire uno statuto dell'atto terapeutico, di disciplinare con qualche determinatezza la materia dopo tante oscillazioni della giurisprudenza.

I temi concreti che potrebbero essere evocati sono davvero tanti. Di certo, nel presente, vi sono situazioni nelle quali il terapeuta non sa come debba regolarsi e, comunque si determini, è esposto al rischio di censure giudiziarie. Per fare un esempio noto, di fronte ad un testimone di Geova il medico che interviene rischia l'accusa di violenza privata; quello che non interviene quella di lesioni personali o omicidio colposo. Questa ed altre inquietanti incertezze dovrebbero senz'altro indurre il legislatore ad intervenire organicamente, a creare finalmente, come dicevo, uno statuto dell'atto medico e delle decisioni in stato di incoscienza.

Questa prospettiva non appare realistica nell'immediato e ciò enfatizza innaturalmente il ruolo della giurisprudenza. Si vorrebbe avere il tempo per tracciare una breve storia. Qui è solo possibile segnare con somma semplificazione qualche tap-

pa più significativa. Penso alla lunga stagione in cui si ritenne applicabile nell'ambito penale l'art. 2236 cod. civ. e quindi la regola di giudizio della colpa grave. Tale soluzione, che pure trovava sofisticate basi teoriche e venne avallata anche dalla Corte costituzionale, si prestò a soluzioni anche estreme, non giustificate e non eque, di fatto cancellando la responsabilità colposa del terapeuta. Mutata la temperie, fattasi strada una visione non paternalistica ma relazionale del rapporto tra medico e paziente, la giurisprudenza penale ha cambiato indirizzo, affermando che lo statuto della colpa criminale è unico in tutti gli ambiti. Infine, più recentemente, un ultimo parziale cambiamento: l'articolo 2236 cod. civ. ancor prima che una norma è una regola di razionalità, giacché se è il caso è scientificamente complesso, se è tecnologicamente difficile, se il medico si trova in una situazione di pressante urgenza, la regola del giudizio deve tenerne conto, con la conseguenza che possono essere sanzionate solo condotte colpose di marcata gravità.

L'altro versante, quello dello statuto dell'atto medico, pure affidato alla giurisprudenza di legittimità, ha fatto registrare un intervento delle Sezioni unite che, nel vuoto della legge, ha proposto una chiave di lettura della delicata materia alla stregua di un principio che non è stato da tutti condiviso e che neppure a me pare accettabile. Penso che le Sezioni unite avrebbero dovuto fare applicazione del dettato costituzionale affermando che l'atto medico è un vero atto medico, è un atto terapeutico solo quando è consensuale. Quando non è consensuale, e vi sarebbe la possibilità per il paziente di esprimere il proprio consenso, quell'atto deve essere considerato violenza, disciplinata dalle scriminanti previste dal codice penale che degradano o possono degradare il dolo in colpa attraverso l'istituto della colpa impropria. Con questi cenni davvero sommari voglio tentare di far intendere che dietro la giurisprudenza di legittimità si trovano questioni di principio talvolta davvero enormi che invocano vanamente la accreditata, istituzionale supremazia della Legge.

5. La situazione di vuoto cui ho fatto cenno è stata di recente un poco colmata dall'art. 3 della legge Balduzzi: una estemporanea manifestazione di buona volontà accompagnata, tuttavia da una scarsa conoscenza della temperie giurisprudenziale. Voi tutto sapete che l'intervento normativo è stato dapprima dedicato alla giustizia civile. Si era probabilmente pensato di intervenire in un ambito segnato, in modo assai discusso, dalla ormai consolidata giurisprudenza altamente creativa della Corte di legittimità. In sede di conversione, invece, l'approccio è radicalmente mutato: hanno fatto ingresso nella disciplina penale le linee guida e le prassi terapeutiche scientificamente accreditate. La loro osservanza da parte del terapeuta consente il rimprovero soggettivo solo in caso di colpa grave.

L'intervento normativo ha suscitato da più parti vive perplessità. Segno che il legislatore ha indubbiamente mancato l'occasione per un intervento chiaro, ben arti-

colato, che pure avrebbe potuto giovare di studi e proposte normative di rilevante pregio. Forse, tuttavia, le critiche sono state esagerate e non hanno colto appieno il senso della pur sommaria ed estemporanea innovazione. Sembra, infatti, che nel richiamo normativo alle linee guida si riveli un importante orientamento normativo cui il giudice dovrà prestare il doveroso ossequio; e che conferma la risposta che ho dato prima all'interrogativo sul ruolo creativo della giurisprudenza. Infatti, se pensiamo alle linee guida come sapere scientifico e tecnico consolidato, accreditato e metabolizzato, risulta confermato (questa volta dall'autorità della Legge) che l'unico canone per sottrarre la colpa all'arbitrio intuitivo, *a posteriori*, del giudice è quello legato al sapere della scienza ed alla logica raziocinante. Le linee guida, dunque, possono essere un importante veicolo per condurre il giudizio colposo su un terreno di oggettiva, preconstituita condivisione. Un metro non proprio malfermo sia per il terapeuta che per il giudice.

Le linee guida, tuttavia, vanno considerate astenendosi da irrealistiche semplificazioni ed idealizzazioni. Per esse vale ciò che è stato detto per il sapere scientifico. Da questo punto di vista la legge Balduzzi segna un punto di significativa consonanza con la giurisprudenza di legittimità. Le linee guida e le prassi sono di generi e qualità assai diversi e rilevano solo e soltanto quando sono scientificamente accreditate: un aspetto di cruciale importanza da sottolineare più volte, per render chiaro che non vi è nulla di banale, di preconstituito, di sacramentale, nel giudizio affidato alla giurisprudenza. Al contrario, andrà bandito tutto ciò che di improprio, di inconcludente e soprattutto di strumentale vi è nelle "istruzioni per l'uso" del sapere medico. Esattamente la stessa cautela che la Corte di legittimità (con la sentenza Cozzini) ha suggerito al giudice di merito quanto al sapere scientifico.

6. Evocare la razionalità e la scientificità implica tuttavia anche qualche "effetto collaterale": scienza e ragione non hanno vezzi, sono rigide e difficilmente tollerano negoziazioni. Noi giudici abbiamo una naturale vocazione alla sensatezza del giudizio: il dubbio puramente teorico lo risolviamo con il metro della umana plausibilità e, solitamente, nessuno se ne adonta. È lo stile della giurisprudenza. Il diritto è scienza della vita, diceva Capograssi; e dunque tutto subisce un laborioso modellamento, viene in qualche guisa plasmato. Tuttavia i margini per adattare le soluzioni al soggettivo (e si spera sapiente e disinteressato) punto di vista dell'interprete sono limitati. Come dicevo, ragione e scienza non amano le negoziazioni, le transazioni, i compromessi, le argomentazioni retoriche. Di questo stato delle cose, tuttavia, non ci si deve rammaricare: questa gravosa rigidità è il prezzo che si paga per corrispondere alle alte istanze che albergano dentro i principi di legalità, determinatezza, colpevolezza.