

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

filosofia del diritto
discipline penalistiche - Criminalia
discipline civilistiche
discipline pubblicistiche

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,
Fausto Giunta, Mario Jori, Michele Taruffo

Caterina Iagnemma

Error in deliberando

Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo

anteprima
visualizza la scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Questa ricerca e la sua pubblicazione sono state finanziate dall'Università Cattolica nell'ambito dei suoi programmi di promozione e diffusione della ricerca scientifica.

© Copyright 2020

EDIZIONI ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675885-9

Error in deliberando

Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo

INDICE

Premessa	13
----------	----

Capitolo I

‘Errori’ e ‘violazioni’ della razionalità decisionale.

Dalla psicologia cognitiva al diritto penale: andata e ritorno

1. Cenni sul concetto (tradizionale) di errore nel diritto penale	17
2. Il diritto penale e le scelte umane irrazionali	22
3. Gli errori e il rimprovero per colpa	27
4. Giudizi e decisioni: un tentativo di classificazione	31
4.1. Errori a livello <i>skill-based</i>	34
4.2. Errori a livello <i>rule-based</i>	36
4.3. Errori a livello <i>knowledge-based</i>	38
5. Analisi delle principali euristiche e <i>biases</i>	39
6. ‘Trappole cognitive’ e sistemi organizzativi complessi	44
7. Applicazioni <i>pratiche</i> del c.d. modello sistemico: la gestione del rischio clinico	48
7.1. (<i>segue</i>) Linee guida, protocolli e <i>checklists</i>	52
8. Le ‘violazioni’ della razionalità decisionale	59
9. <i>Active failures</i> e forme della colpa	62

Capitolo II

Coscienza e volontà dell’azione o dell’omissione:

ovvero, il ‘coefficiente d’umanità’

nei processi deliberativi automatici del livello *skill-based*

1. Premessa. La coscienza e la volontà della condotta negli <i>slips and lapses</i>	69
--	----

2. L'art. 42, comma 1, c.p.: uno sguardo d'insieme	72
3. Errori 'automatici'	76
4. L' <i>involuntary conduct</i> negli ordinamenti anglosassoni	79
5. Le azioni autenticamente <i>umane</i> nel diritto penale spagnolo	82
6. I fattori <i>endogeni</i> ed <i>esogeni</i> che possono escludere la <i>suitas</i> . Spunti conclusivi per una riforma dell'art. 42, comma 1, c.p.	86
7. Neuroscienze e psicologia cognitiva sul tema degli automatismi	94

Capitolo III

La colpevolezza a livello *rule* e *knowledge-based*

1. Errori <i>rule-based</i> e <i>knowledge-based</i> : uno sguardo d'insieme	99
2. La teoria degli errori latenti e la tipicità colposa	101
3. La teoria degli errori latenti e la misura soggettiva della colpa	109
4. Verso la <i>personalizzazione</i> della colpevolezza colposa	112
5. Il 'problema' della colpa per assunzione	117

Capitolo IV

Errare humanum est. Quando l'errore non è rimproverabile

1. L'inesigibilità della condotta e il grado della colpa	125
2. La <i>personalizzazione</i> del rimprovero per colpa nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della legge Balduzzi	128
3. Lo <i>slancio</i> (al passato) della legge Gelli-Bianco	131
4. Il criterio della <i>gross negligence</i> negli ordinamenti di <i>Common Law</i> : spunti dall'Inghilterra e dagli Stati Uniti	135
5. Dalla colpa ordinaria alla colpa grave nell'esperienza neozelandese	144
6. La colpa nel codice penale spagnolo dopo la riforma del 2015	148

-
7. La possibile rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice secondo la prospettiva della *just culture* 152

Capitolo V

Le semplificazioni del diritto penale di fronte alla complessità dell'errore umano

1. L'errore sistemico: la sfida (anche) normativa all'*Individualstrafrecht* 161
2. Gli incidenti *complessi*: la prospettiva penalistica e quella sociologico-organizzativa a confronto 168
3. Sulla genesi 'organizzativa' degli errori e delle violazioni. Possibili indicatori dell'origine 'sistemica' della colpa individuale 174
4. La colpa per difettosa organizzazione: errori umani e responsabilità degli enti 179
5. Autonomia *versus* organicità: gli spunti dalla *Common Law* 186
6. Il *management* dei fattori latenti: una riflessione sul modello ingiunzionale 191
7. *Résumé* 196
- Bibliografia* 201

PREMESSA

Negli ultimi decenni, il tema della fallibilità umana è stato approfondito da molteplici prospettive, sotto la spinta dell'idea *rivoluzionaria* secondo cui gli individui non sempre sono animati da logiche di carattere matematico¹.

Gli esperti dei processi deliberativi hanno dimostrato, infatti, come molte decisioni non siano assunte all'esito di un'analisi ragionata dei costi e dei benefici che potrebbero derivarne, ma originino dall'attivarsi, spesso inconsapevole, di peculiari procedure mentali di natura intuitiva (le cosiddette *euristiche*). Il che, sebbene consenta, il più delle volte, di risolvere problemi complessi in un arco temporale ristretto, incide significativamente sulla probabilità di commettere errori. Peraltro, questi ultimi aumentano in larga misura allorché sussistano particolari 'condizioni di sistema' (per l'analisi delle quali si rinvia alla teoria degli errori latenti, descritta al Capitolo I) che, provocando una contrazione dei tempi decisionali in situazioni emotivamente dense, sono in grado di inibire l'attivazione di ogni contropinta cosciente e volontaria.

Seguendo il filone di ricerca inaugurato dagli psicologi cognitivisti Daniel Kahneman e Amos Tversky², come arricchito dalle ricerche di

¹ Imprescindibili rimangono le ricerche condotte, a metà del Novecento, dal Premio Nobel Herbert Simon. V., in particolare, H. SIMON, *Administrative Behavior: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, New York, 1947, tr. it. di S. CIMMINO, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1957; ID., *Rational choice and the structure of the environment*, in *Psychological Review*, 1956, pp. 129 ss.; ID., *Models of Man: Social and Rational*, New York, 1957; ID., *Models of Bounded Rationality. Behavioral Economics and Business Organization*, II, Cambridge, 1982; ID., *Rationality in psychology and economics*, in R. HOGARTH - M. REDER (eds.), *Rational choice: The contrast between economics and psychology*, Chicago, 1986, pp. 25 ss.

² A riguardo D. KAHNEMAN - A. TVERSKY, *Choice, Values, and Frames*, Cambridge, 2000; ID., *The framing of decision and psychology in choice*, in *Science*, 1981, pp. 453 ss.; ID., *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, pp. 263 ss.; nonché D. KAHNEMAN, *Thinking Fast and Slow*, New York, 2011, tr. it. a cura di L. SERRA, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. infra, Capitolo I, nota 28.

James Reason³, nella prima parte di questa indagine saranno tratteggiate, dunque, le principali modalità di svolgimento dei processi decisionali, sistematizzandone le componenti⁴ e classificando le tipologie di errori a essi correlate⁵.

Siffatte acquisizioni in tema di errore, riconducibili, più sinteticamente, alla nota teoria della razionalità limitata (o *bounded rationality*), hanno già profondamente inciso sullo statuto epistemologico di molteplici discipline, avviando un significativo processo di *ammodernamento* delle stesse⁶. Si pensi, in tal senso, a quanto avvenuto, di recente, in medicina: il *clinical risk management* e l'*Evidence Based Medicine*, intesi come declinazioni concrete della predetta concezione in merito alle fallacie del giudizio, hanno contribuito a delineare il volto 'nuovo' della scienza *de qua*.

Quanto al diritto penale, anch'esso ha risentito, seppure in misura limitata rispetto ad altri saperi, di tale 'svolta culturale', specie con riguardo all'accertamento dell'imputabilità⁷ e del dolo⁸: non senza che

³ Cfr. J. REASON, *Human Error*, Cambridge, 1990, ed. it. a cura di R. RUMIATI, *L'errore umano*, Bologna, 1994.

⁴ La vastità del tema impone di procedere per semplificazioni, riducendo la complessità dei processi decisionali a due distinte modalità cognitive: quelle afferenti al cosiddetto *sistema cognitivo di tipo 1*, che opera *intuitivamente*, e quelle relativi al cosiddetto *sistema cognitivo di tipo 2*, che, invece, elabora i dati in maniera analitica. Sul punto si dirà più approfonditamente *infra*, Capitolo I, § 2.

⁵ In questa indagine, s'è scelto di classificare gli errori in ragione delle *abilità* di volta in volta coinvolte: così che sono stati individuati tre diversi *livelli di prestazione* (*skill-based*, *rule-based* e *knowledge-based*). Preliminarmente, è parso necessario distinguere, tuttavia, tra *errori* in senso stretto e *violazioni* delle procedure deliberative corrette.

⁶ Significativo è il cambiamento di paradigma che ha caratterizzato, per esempio, le scienze economiche: cfr. Capitolo I, § 2.

⁷ Ci riferiamo, in particolare, alle tecnologie neuroscientifiche impiegate per l'accertamento dell'imputabilità (v. Capitolo II, § 7).

⁸ Sul tema del dolo, nella prospettiva delle scienze della psiche, v. di recente R. PALAVERA, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Pisa, 2020. Non pare, invece, che la teoria della razionalità abbia finora inciso, invece, sul modo d'intendere la pena, declinata pur sempre in termini retributivi. Da questo punto di vista, infatti, il diritto penale sembra ancora presupporre l'idea, «mentalista e razionalista», secondo cui la «certezza e la severità della pena esplichino un preponderante ruolo deterrente nella scelta criminale, attivando un così alto livello di self control sull'individuo da inibire l'impulso a delinquere»: così B.M. MAGRO, *Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena. Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, p. 172.

ciò abbia provocato una certa *inquietudine* nei cultori della materia. Si tratta di una reazione, almeno per certi versi, *comprensibile*, considerando i rischi che potrebbero derivare dall'ingenuo accoglimento di tutti i paradigmi ispirati alle più recenti scienze della psiche. Il che, tuttavia, non vale comunque a giustificare la diffidenza manifestata a tutt'oggi dalla scienza giuridica nei riguardi di tali *soft sciences*⁹.

Nella convinzione che un dialogo tra queste ultime e il diritto penale sia possibile, nonché (si auspica) fruttuoso, la ricerca analizzerà, anzitutto, i possibili riflessi della teoria della razionalità limitata sulla componente cognitiva e volitiva dell'azione o dell'omissione, di cui all'art. 42, comma 1, c.p. (Capitolo II). Con l'obiettivo di comprendere *come* il 'coefficiente di umanità' descritto dalla predetta norma vada inteso alla luce dall'assunto, ampiamente dimostrato dalle scienze della mente, secondo cui la condotta procede non di rado seguendo modalità deliberative *automatizzate*, ovvero in condizioni di ridotta, o addirittura assente, *coscienza e volontà*.

Esaurito questo primo livello d'indagine, l'attenzione si focalizzerà, allora, sulla colpa, nel tentativo di evidenziare come la violazione di una regola cautelare volta a evitare l'evento verificatosi, qualora sia stata determinata dalle modalità cognitive indicate come *rule-based* o *knowledge-based*, non sia *tout court* rimproverabile. Un passaggio, questo, alquanto problematico, che necessita di essere tradotto, sul piano giudiziario, nell'accertamento *in concreto* del potere del soggetto agente di adeguarsi alle cautele imposte dall'ordinamento: in modo tale da valorizzare, come impone, del resto, il principio di colpevolezza, tutti quegli elementi che consentano di *personalizzare* il rimprovero per colpa (Capitolo III).

Simile obiettivo, del resto, s'è perseguito, almeno programmaticamente, con riguardo a quelle fattispecie in cui viene in rilievo la figura della *colpa grave*, per espressa previsione normativa o, per esempio, attraverso il riferimento all'art. 2236 c.c., inteso quale «regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia»¹⁰: il

⁹ La questione è, senza dubbio, delle più complesse e non può, di certo, essere esaustivamente trattata in poche righe. Ci sia consentito, dunque, rimandare *infra*, Capitolo I, § 3.

¹⁰ Così, in materia di responsabilità medica, ad esempio Cass., Sez. IV, 10 maggio 1995, n. 5278, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 568.

che è accaduto, in particolare, per le ipotesi di responsabilità medica. In tale ambito, infatti, la colpa grave pare davvero essere «lo strumento concettuale, il *topos* per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità»¹¹ (Capitolo IV).

A questo punto, l'indagine seguirà una sorta di moto ascensionale, muovendo da una prospettiva *individuale* verso una, del tutto diversa, incentrata sull'agire *collettivo* (Capitolo V). Un cambiamento di paradigma, invero, non agevole, ma dettato dalla consapevolezza, maturata dalle scienze psico-cognitive, che molti errori individuali abbiano in realtà origine sistemica. Il che, come si dirà, suggerisce, sul versante del diritto penale, di riflettere circa la *distribuzione* delle responsabilità tra il piano individuale e quello dell'agire organizzato.

¹¹ R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012, p. 11. Numerosi e autorevoli sono gli Autori che si esprimono in questi stessi termini, a riguardo cfr. Capitolo IV, § 1, nota 11.

Jura

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Publicazioni recenti

STUDI

discipline penalistiche

- Caterina Iagnemma, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, 2020
- Rosa Palavera, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, 2020
- Gianfranco Martiello, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, 2019
- Rosa Palavera, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, 2017
- Guido Casaroli, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Alessandro Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci ed ombre del diritto vivente*, 2015
- Kolis Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, 2013
- Giulio De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012
- Giulio Paoli, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)* a cura di Mario Pisani, 2011
- Cristina de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, 2010
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, 2008

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di giugno 2020