

Rinviando ai prossimi paragrafi l'esame di quest'ultimo profilo, attinente alla esigibilità della c.d. condotta alternativa lecita, deve in chiusura dell'esame dei profili soggettivi della colpa precisarsi che la diversa intensità del rimprovero e della violazione cautelare assume espressamente rilevanza in sede di quantificazione della pena, essendo previsto dall'art. 133 c.p., tra gli indici di gravità del reato, proprio il "grado della colpa".

5. L'accertamento della colpa generica

Come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, la violazione cautelare assume rilievo anche nell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, consentendo di stabilire il grado della colpa e di muovere di conseguenza un rimprovero più o meno intenso al reo.

In fase introduttiva si è precisato che la violazione cautelare in cui incorre il reo nei delitti colposi può assumere due forme, a seconda che si tratti di ipotesi di colpa generica ovvero di colpa specifica.

La prima si ravvisa allorché la regola cautelare violata non sia positivizzata da una norma di legge o regolamentare, né tantomeno in fonti sub-normative come gli ordini e le discipline cui si riferisce il terzo capoverso dell'art. 43, comma primo, c.p.

In questi casi la colpa è infatti specifica perché la condotta del reo ha violato una specifica norma cautelare, cristallizzata in una norma giuridica o non giuridica.

Nei casi di colpa generica occorre invece fare riferimento alle categorie della negligenza, imprudenza e imperizia, indicate dal legislatore nella medesima definizione di colpa.

La negligenza, l'imprudenza e l'imperizia costituiscono il risvolto negativo dei canoni di diligenza, prudenza e perizia, cui il soggetto agente è tenuto in forza delle massime di esperienza o di norme giuridiche.

In particolare, la nozione di diligenza può essere mutuata dalla dottrina civilistica², che la definisce come "adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine"; si tratta dunque di un obbligo di tenere un comportamento adeguato alla natura della condotta e alle circostanze in cui è posta in essere, in mancanza del quale si configura la negligenza del soggetto agente: si pensi al caso in cui un fattorino, nel trasportare una fornitura di frutti di mare presso un ristorante, dimentichi di mettere in funzione la cella frigorifera del proprio furgone e ne determini l'avaria, con conseguenze negative sulla salute degli ignari clienti del ristorante in questione. In siffatta ipotesi la diligenza (che l'art. 1176 c.c. espressamen-

² BIANCA, *Negligenza (diritto privato)*, in *N.D.I.*, XI, Torino, 1965, 191.

te richiede nel diritto civile al debitore nell'adempimento dell'obbligazione) avrebbe imposto di conservare a idonea temperatura la merce trasportata e il mancato rispetto di tale regola di comportamento determina la negligenza del soggetto agente, penalmente sanzionata allorché sia causa di un evento lesivo.

Diversamente, l'imprudenza consiste nella violazione dello speculare canone di prudenza, che opera in relazione a condotte pericolose, poiché caratterizzate da un particolare rischio di conseguenze negative, e in forza del quale il soggetto agente è tenuto ad adottare le idonee precauzioni; si pensi in questo caso a chi conduca un veicolo e ponga in essere una manovra repentina e pericolosa, anche se non violativa di una precisa norma giuridica, determinando un evento lesivo; in questo caso il canone di prudenza impone al soggetto agente di astenersi dal compiere manovre pericolose e pertanto il suo comportamento può considerarsi violativo della regola cautelare e, in astratto, penalmente rilevante.

L'imperizia costituisce infine violazione del canone di perizia, che può definirsi come diligenza o prudenza qualificata, a seconda che il soggetto agente sia tenuto ad adoperare una particolare diligenza o prudenza in presenza di attività caratterizzate da profili tecnici o scientifici di particolare rilevanza (si pensi all'attività medico-chirurgica, di cui si dirà nell'ultimo paragrafo).

In siffatte ipotesi manca dunque una precisa regola cautelare, che, in via di prima approssimazione, si caratterizza per la prescrizione di un comportamento o l'imposizione di un divieto al fine di prevenire la verificazione di un evento lesivo per effetto della condotta tenuta.

Ciò nonostante, il reo è chiamato a valutare se il proprio comportamento possa determinare la verificazione di un evento lesivo e, in tal caso, deve astenersi dal porre in essere la condotta ovvero adottare le idonee precauzioni affinché l'evento non si verifichi.

Tale valutazione dev'essere operata in base a regole di esperienza che, sulla scorta delle conoscenze, anche di carattere tecnico-scientifico, di cui si dispone al momento del fatto, consentono di prevedere la possibilità di cagionare l'evento e quindi di evitarlo.

La valutazione della prevedibilità ed evitabilità dell'evento che caratterizza le ipotesi di colpa generica si fonda dunque su regole non scritte, di natura sociale, legate alla comune esperienza, in quanto frutto di giudizi ripetuti nel tempo.

Qualora il reo contravvenga a siffatte regole non scritte, ponendo in essere la condotta nonostante l'esito positivo del giudizio di prevedibilità ed evitabilità, incorrerà, a seconda delle caratteristiche della fattispecie concreta, in negligenza, imprudenza o imperizia.

Un esempio consente di meglio cogliere l'essenza della colpa generica: si pensi al caso in cui Tizio, mentre prepara la cena in compagnia di Caio, maneggi un *set* di coltelli affilatissimi; manca una regola cautelare espressa in una norma di legge o regolamentare che disciplini l'uso di lame in cucina; ciò nonostante costituisce una massima comune di esperienza quella per cui, quando si maneggia un coltello affilato, occorre prestare particolare attenzione, onde evitare il rischio di ferirsi o di ledere un terzo. Questa massima esprime un giudizio di prevedibilità dell'evento (è infatti prevedibile che la lama affilata possa ferire chi ne venga accidentalmente a contatto) e di evitabilità dell'evento lesivo (adoperando la necessaria attenzione, ad esempio senza volgere la lama verso la persona cui si sta passando l'utensile); qualora dunque Tizio, allorché Caio gli chieda di usare uno dei coltelli, si volti repentinamente verso di lui e glielo porga dal lato della lama, ferendolo ad una mano, sarà incorso in una violazione della regola cautelare non positivizzata, frutto della massima di esperienza sopra descritta. È dunque questo un caso di colpa generica poiché, pur in assenza di una norma cautelare specifica (in leggi, regolamenti, ordini o discipline), il soggetto agente poteva prevedere ed evitare l'evento lesivo sulla scorta di una regola – in specie di prudenza – non scritta e frutto di una massima di esperienza.

La colpa generica si atteggia tuttavia diversamente allorché l'evento da prevenire o l'azione da cui derivi presentino carattere inedito³, tale per cui non solo manchi una norma cautelare specifica, ma anche una massima di esperienza, per via della novità del rischio.

Si pensi ai primi casi di commercializzazione, non sempre lecita, di puntatori *laser*, che sono stati qualificati come strumenti atti ad offendere solo nel 2010, in forza delle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 204 alla

³ Nelle ipotesi di rischio inedito è stato sostenuto da parte della dottrina che, nel dubbio in merito alla capacità lesiva di una determinata attività, il soggetto agente sia tenuto ad astenersi dal compierla, in virtù del c.d. principio di precauzione. Il principio in questione è espressamente richiamato dall'art. 191 TFUE, già 174 TCE, tra i principi che regolano la materia dell'ambiente e richiede a chi intenda svolgere una determinata attività rispetto alla quale sussista il sospetto che possa determinare danni all'eco-sistema, di astenersi dal porla in essere. Mutuando il contenuto precettivo del principio in questione in materia di responsabilità penale colposa è stato quindi sostenuto che in presenza di un rischio inedito, rispetto ad una condotta che si sospetti essere pericolosa, occorre astenersi dal compierla per non incorrere in colpa. Si è tuttavia rilevato in dottrina che tale principio è privo di un espresso referente normativo nell'ordinamento nazionale, tanto meno nelle attività che non rientrano nella competenza europea in materia ambientale, con la conseguenza che non può affermarsi la responsabilità colposa del reo per la sola mancata astensione dal compiere una condotta, rispetto alla quale non sussistano concreti e obiettivi elementi idonei a far ritenere prevedibile la causazione di un evento lesivo.

c.d. legge armi, n. 110 del 1975, che prevede oggi al comma terzo dell'art. 4 che “*Senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa [...] i puntatori laser o oggetti con funzione di puntatori laser, di classe pari o superiore a 3 b, secondo le norme CEI EN 60825-1, CEI EN 60825-1/A11, CEI EN 60825-4*”. Si tratta dei puntatori *laser* di potenza superiore ai 5 *mW* (milliWatt), idonei a danneggiare la vista se puntati contro gli occhi della persona offesa e utilizzati altresì per disturbare i veivoli in fase di atterraggio o di decollo.

Allorché tali strumenti hanno fatto ingresso nel mercato italiano non se ne conosceva l'idoneità lesiva e quindi, trattandosi di un c.d. rischio inedito, mancava una disciplina cautelare di riferimento. A maggior ragione, chi ha maneggiato le prime volte siffatti strumenti non poteva fare riferimento ad alcuna massima di esperienza in merito alle possibili conseguenze del *laser* e alle precauzioni da adottare.

Tanto non ha escluso tuttavia la possibilità di ravvisare la responsabilità colposa in capo a chi, puntando il *laser* contro gli occhi di altra persona, le abbia cagionato lesioni, dal momento che l'assenza di norme cautelari specifiche, nonché di regole cautelari non scritte (per assenza di massime di esperienza relative al rischio inedito), non esime il soggetto agente dal formulare *ex novo*, per la prima volta, il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

Nel caso di specie, dunque, chi ha utilizzato il puntatore *laser*, accecando un'altra persona, avrebbe dovuto valutare se la luce concentrata dalla lente in un unico fascio, e quindi di particolare intensità, potesse cagionare un danno alla vista della persona offesa (giudizio di prevedibilità); a queste conclusioni è possibile prevenire sulla scorta di una diversa ma rilevante massima di esperienza, legata all'effetto dei raggi solari o dei fari abbaglianti di un'auto sulla vista, che per esperienza comune provoca fastidio o finanche dolore. Il giudizio di prevedibilità avrebbe dovuto dare esito positivo, con conseguente necessità di valutare l'evitabilità dell'evento, che poteva in effetti essere prevenuto evitando di puntare il raggio di luce verso il volto della persona offesa.

In questo caso, dunque, il soggetto agente può ritenersi incorso in colpa, generica, nonostante il carattere inedito del rischio e l'assenza di regole cautelari, positive o non scritte, stante l'onere – derivante dai doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. – di valutare i rischi legati alla propria condotta e di prevenirne le conseguenze negative, specie se penalmente rilevanti.

Così ricostruita la nozione di colpa generica e definito il relativo contenuto cautelare, occorre esaminare il procedimento di accertamento cui il giudice è chiamato, sia nel verificare la tipicità del reato, sia nel riscontrarne la colpevolezza.

Stante infatti il carattere non positivizzato delle regole cautelari che integrano i presupposti della colpa generica, occorre che il giudice individui preventivamente il contenuto delle massime di esperienza e i termini del giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento cagionato, per accertare se la condotta del reo possa effettivamente ritenersi caratterizzata da negligenza, imprudenza o imperizia.

Tale preliminare operazione conoscitiva svolge un ruolo fondamentale nell'accertamento della tipicità del reato poiché, come si è avuto modo di evidenziare, in mancanza di una regola cautelare, anche se solo generica, non può ravvisarsi un reato colposo.

L'individuazione dell'esistenza e del contenuto della regola cautelare richiede dunque di accertare se, in una situazione come quella in cui si è verificato l'evento esistessero massime di esperienza in merito alla prevedibilità e all'evitabilità dell'evento, tali da indurre il soggetto agente a tenere un comportamento diverso (salvo poi verificare, nell'ambito della causalità della colpa, se la condotta alternativa lecita sarebbe valsa ad evitare la causazione dell'evento).

Si tratta di un giudizio di prognosi postuma attraverso cui il giudice è chiamato (al pari di quanto avviene per l'accertamento del nesso causale) a verificare se l'evento fosse *ex ante* prevedibile ed evitabile sulla base delle conoscenze comuni a disposizione al momento del fatto (prognosi postuma, lo si rammenta, perché il giudizio è effettuato solo dopo che l'evento si è verificato).

Si è tuttavia discusso in dottrina in merito al parametro di valutazione da adoperare, essendosi contrapposti due principali orientamenti: i sostenitori della c.d. teoria soggettiva, hanno sostenuto che il giudizio in questione deve essere operato immedesimandosi nella persona del reo e nelle sue conoscenze e abilità personali, così da accertarne l'effettiva colpevolezza; secondo l'opposto orientamento, invece, di carattere oggettivo, il giudizio in questione non attiene all'accertamento della colpevolezza ma opera in relazione alla tipicità del reato, con la conseguente necessità di adoperare un parametro di carattere generale e standardizzato, riferendo perciò il giudizio di evitabilità ed evitabilità ad un agente modello.

È tuttavia prevalsa una terza soluzione, proposta dalla c.d. teoria della doppia misura della colpa, di origine tedesca, secondo cui entrambi i parametri di riferimento sono validi, ma operano in momenti diversi del giudizio penale: si è infatti evidenziato che, stante la duplice rilevanza della colpa, tanto con riferimento alla tipicità, quanto in relazione alla colpevolezza del reato, occorre adoperare un parametro diverso a seconda dell'oggetto dell'accertamento. Con particolare riferimento all'accertamento della tipicità del fatto, dunque, occorrerà ricorrere ad un parametro oggettivo

e standardizzato, che la soluzione dell'agente-modello consente di ottenere, così da stabilire in via generale ed astratta quale sia la regola cautelare violata nel caso di specie. Questo criterio consente inoltre di ritenere soddisfatti i canoni di eguaglianza e di tassatività, dal momento che individua in base a parametri oggettivi e generali il fondamento della responsabilità colposa, attraverso una soluzione destinata ad operare ogni qual volta si presenti una fattispecie concreta analoga.

Diverso il parametro che assume rilievo allorché si debba accertare la colpevolezza del reato, poiché, come si è avuto modo di anticipare, dopo aver accertato l'assenza di intenzionalità nella causazione dell'evento e aver stabilito il grado della colpa (in relazione alla regola cautelare accertata attraverso il parametro oggettivo), sarà necessario "personalizzare" l'accertamento dell'elemento soggettivo, verificando in che misura la particolari condizioni personali del soggetto agente possano incidere sul rimprovero da muovergli per aver cagionato l'evento.

In questa fase dell'accertamento della colpevolezza il giudice dovrà pertanto assegnare rilevanza, attraverso la c.d. doppia misura della colpa, in positivo o in negativo, alle specifiche caratteristiche personali del soggetto attivo che possano incidere sulla esigibilità della condotta alternativa lecita, consentendo cioè di valutare in che misura il soggetto fosse effettivamente in grado di prevedere ed evitare l'evento cagionato. Occorre precisare che questo momento dell'accertamento della colpevolezza non si preoccupa di verificare l'*an* della colpa (cioè di accertarne la sussistenza), bensì di integrare attraverso parametri di carattere soggettivo il giudizio di gravità del rimprovero da muovere al reo per aver cagionato l'evento (e dunque il *quantum* della colpevolezza, secondo la già esaminata concezione normativa dell'elemento soggettivo del reato).

Pertanto, ad esempio, l'automobilista neo-patentato che percorre i primi chilometri con la propria autovettura potrà ritenersi destinatario di un rimprovero per colpa meno grave per aver cagionato in un sinistro stradale lesioni a terzi, in considerazione della minore esperienza e capacità alla guida che la sua personale condizione implica; diverso il caso dell'esperto guidatore che ciò nonostante non preveda e non eviti il medesimo evento.

Tale impostazione ha trovato altresì conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione che, con sentenza n. 37606 del 2007, ha riconosciuto il duplice ruolo della colpa nella struttura del reato e ne ha dedotto la necessità di procedere ad una duplice verifica, attraverso la sopra menzionata "doppia misura della colpa", che valuti sul piano soggettivo l'esigibilità della condotta alternativa lecita, individuata invece sul piano oggettivo della tipicità.

La rilevanza di tali caratteristiche personali del soggetto agente è invece estranea alla valutazione oggettiva della sussistenza di una regola cautelare

violata dalla condotta dell'imputato e della possibilità di ritenere quest'ultimo negligente, imprudente o imperito.

Ferma tuttavia la necessità di ricorrere a parametri generali e obiettivi, si è dibattuto in merito al modello da adoperare, rispetto al quale sono state proposte tre soluzioni.

La prima teoria elaborata al riguardo ha individuato nell'uomo medio, c.d. *bonus pater familias*, l'agente-modello, mutuando dalla dottrina civilistica l'utilizzo di uno *standard* medio di diligenza, prudenza e perizia, al fine di evitare che un eccessivo rigore cautelare possa paralizzare e inibire le attività sociali.

All'opposto rispetto al criterio medio poc'anzi descritto si pone la teoria dell'uomo più esperto, che richiede invece di accertare le regole cautelari generiche facendo riferimento ad un agente modello dotato della miglior scienza ed esperienza, così da esigere un elevato *standard* cautelare da parte dei consociati; questa soluzione è stata tuttavia criticata perché non rispecchia la realtà e finisce con l'assegnare al diritto penale una funzione propulsiva che non gli appartiene e che lede la libertà personale dei cittadini.

È invece prevalsa una soluzione mediana rispetto alle teorie esposte, secondo cui occorre adoperare un modello medio di diligenza, prudenza e perizia, che risponda effettivamente ai caratteri di normalità, con la precisazione però che l'individuazione dell'agente modello deve avvenire non in via generale, attraverso un unico ed esclusivo modello, bensì avendo riguardo alla categoria di appartenenza del soggetto agente; si è pertanto proposto di far riferimento al modello dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis* (l'uomo appartenente alla medesima condizione e professione), che appare più preciso rispetto al generale criterio del buon padre di famiglia e tuttavia risulta espressivo di *standards* comuni ed effettivi. Si tratta inoltre di un criterio che lo stesso legislatore adopera in materia di obbligazioni, ai sensi del comma secondo dell'art. 1176 c.c., nel disciplinare la c.d. diligenza qualificata.

Pertanto la colpa generica sarà accertata avendo riguardo alla categoria di riferimento, fermo tuttavia il carattere residuale del modello generale del buon padre di famiglia e fatto salvo il giudizio di personalizzazione della colpa, in sede di accertamento della colpevolezza.

6. La colpa specifica

Il carattere positivo delle norme cautelari, nelle ipotesi di colpa specifica, consente di ritenere superato a monte il problema dell'individuazione della regola cautelare e della fissazione del relativo *standard*, posto che è il legislatore o l'Autorità amministrativa a individuare espressamente quale sia

la condotta cautelare dovuta e quali siano i comportamenti da cui astenersi nello svolgimento di una determinata attività.

La colpa specifica si caratterizza infatti per la derivazione dell'evento a causa della "*inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*" di contenuto cautelare, che recepiscono e positivizzano le massime di esperienza elaborate nella realtà sociale in relazione allo svolgimento di attività pericolose.

Occorre dunque chiarire quali siano le possibili fonti della regola cautelare specifica; nessun problema si pone per le leggi e i regolamenti, trattandosi di fonti tipiche dell'ordinamento, di cui si è già ampiamente trattato nella prima parte del primo volume. Va invece precisato il significato delle espressioni "*ordini*" e "*discipline*", utilizzate dal legislatore nella definizione legislativa di colpa; si tratta di atti di natura privata, come le norme deontologiche di categoria o le linee guida che caratterizzano il settore scientifico, che assumono quindi rilevanza ai fini dell'accertamento della violazione cautelare, ponendosi a metà strada tra le norme cautelari giuridiche e le massime di esperienza. Come si avrà modo di osservare nel prossimo paragrafo il legislatore ha inoltre in alcune ipotesi, tra cui quella della responsabilità medica, assegnato espressa rilevanza giuridica al contenuto di tali atti di matrice privatistica. Deve infine precisarsi che la rilevanza che tali fonti non giuridiche, al pari delle fonti giuridiche secondarie, assumono in materia di colpa non deve ritenersi violativa del principio di riserva di legge poiché non si tratta di norme che regolano direttamente la fattispecie penale, bensì di parametri di accertamento, in concreto, di un elemento costitutivo del reato, che trova la propria disciplina esclusiva nella legge penale, secondo uno schema equiparabile alla norma penale in bianco.

Tanto chiarito in merito alle possibili fonti delle regole cautelari, deve precisarsi che queste ultime si caratterizzano per il proprio contenuto precettivo che, come anticipato, prescrive obblighi di comportamento ovvero pone divieti in merito allo svolgimento di attività che presentano un rischio intrinseco, tale da renderle pericolose.

Proprio l'esigenza di far fronte al pericolo che deriva dallo svolgimento di dette attività, che consiste nella possibilità o probabilità che ne derivi un evento lesivo di un bene giuridico meritevole di tutela, muove il legislatore o l'Autorità amministrativa, nonché i soggetti privati nel caso di ordini o discipline, ad individuare le necessarie cautele cui deve attenersi il soggetto agente.

La dottrina e la giurisprudenza definiscono tali attività come ipotesi di "rischio consentito", evidenziando che nonostante il carattere pericoloso che le caratterizza e quindi la possibilità che possano derivarne eventi lesivi anche di notevole gravità (come la morte o gravi lesioni alla salute del soggetto

agente o di terzi), l'ordinamento non le qualifica come illecite e ne consente lo svolgimento, in ragione della loro utilità sociale. Si pensi alla produzione di energia, alla circolazione stradale, alla medicina, allo *sport*, e a tutte le attività che costituiscono risorse indispensabili per la società o manifestazione di diritti costituzionalmente garantiti, e non possono quindi essere inibite dal legislatore, che si preoccupa tuttavia di regolarle – in via diretta o rinviando alla regolamentazione secondaria o privata – prevedendo una serie di cautele e accorgimenti idonei a neutralizzare o a ridurre entro limiti tollerabili il relativo rischio.

Non è pertanto lo svolgimento dell'attività, di per sé, ad assumere rilevanza penale (come osservato dalla Corte di Cassazione con sentenza delle Sezioni Unite del 2009 in relazione all'attività medico chirurgica), bensì la violazione delle suddette norme cautelari, da cui deriva la responsabilità colposa.

Con riferimento a tale ultimo profilo, deve precisarsi che non è tuttavia sufficiente la formale violazione della regola cautelare per affermare la responsabilità colposa del soggetto agente, occorrendo inoltre la dimostrazione dell'efficienza causale di detta violazione, ma soprattutto la verifica che, da un lato, la norma violata presenti un contenuto cautelare specifico (non ricorrendo altrimenti un'ipotesi di colpa specifica) e, dall'altro, che l'evento cagionato rientri tra le conseguenze dannose che la norma è volta a prevenire.

Esistono infatti norme che, nonostante la loro funzione cautelare, presentano contenuto vago, definito dalla dottrina "elastico", tale per cui non è possibile rinvenire un precetto cautelare specifico cui il soggetto agente possa fare riferimento nello svolgimento dell'attività pericolosa.

Un esempio di norma cautelare elastica può essere rinvenuto nel disposto dell'art. 141, comma primo, del decreto legislativo n. 285 del 1992, nuovo Codice della strada, ai sensi del quale *"È obbligo del conducente regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione"*.

Nonostante l'innegabile natura cautelare della norma giuridica in esame, il suo carattere generico ed elastico, tale da poter adattare il precetto ad ogni possibile evenienza, non consente di individuare una norma cautelare specifica e richiede al soggetto agente, e in specie al conducente, di riformulare nel caso concreto il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, sulla scorta dei parametri indicati dalla disposizione citata.

Ne deriva che la causazione involontaria da parte del conducente di lesioni ai danni di un pedone o di un altro automobilista, in ragione della ve-

locità tenuta, non potrà ritenersi punibile per colpa specifica, poiché manca a monte una norma cautelare dotata del requisito di specificità. Pertanto la contestata violazione dell'art. 191 c.d.s. non consentirà di ritenere superata la necessità di verificare in giudizio la violazione di una norma cautelare, da individuarsi invece attraverso le regole dell'accertamento della colpa generica, operando una prognosi postuma in merito alla possibilità di prevedere ed evitare l'evento, viaggiando ad una velocità inferiore a quella tenuta.

Qualora invece il giudice dovesse, a fronte della contestazione della violazione dell'art. 191 c.d.s. (o in generale di altra norma c.d. elastica), ritenere per ciò solo sussistente una violazione di una regola cautelare, incorrerebbe in errore, omettendo il necessario accertamento già sul piano della tipicità.

Precisata dunque la distinzione tra norme cautelari specifiche e norme cautelari elastiche, occorre prendere in considerazione il secondo profilo problematico relativo ai casi di colpa specifica.

Come anticipato, infatti, nei casi di violazione di norme cautelari positivizzate, deve altresì procedersi alla verifica che l'evento cagionato dal soggetto agente appartenga alla serie di conseguenze lesive che la norma cautelare intende prevenire.

Solo in questo caso, infatti, potrà ritenersi sussistente una forma autentica di responsabilità colposa, poiché il reo ha cagionato un evento che corrisponde alla tipologia di conseguenze che la norma cautelare intende prevenire e pertanto la violazione della regola di comportamento può dirsi effettivamente determinante ai fini dell'integrazione del reato.

Tale ultimo profilo non deve ritenersi un inutile doppione del requisito di causalità della colpa, operando i due istituti su piani differenti: la causalità della colpa, infatti, come già evidenziato, richiede di accertare se il comportamento alternativo lecito (cioè la condotta rispettosa dell'obbligo cautelare) avrebbe evitato la causazione dell'evento. Esemplicando, sussiste la causalità della colpa quando Tizio, se avesse viaggiato alla prescritta velocità di trenta chilometri orari, invece che a sessanta chilometri orari, avrebbe potuto arrestare per tempo il mezzo e non investire Caio.

Diversamente l'appartenenza dell'evento all'area del rischio oggetto della norma cautelare, che occorre verificare nei casi di colpa specifica, richiede un diverso ordine di accertamenti, volti cioè a stabilire se la norma cautelare assuma effettivamente rilevanza nella fattispecie concreta: si pensi al caso in cui Tizio sfrecci per il centro cittadino ad una velocità di cento chilometri orari e che, per lo spavento derivatone, Caio accusi un malessere, con conseguente diagnosi di una malattia.

Nell'ipotesi descritta sussiste una violazione di una regola cautelare specifica, legata al limite di velocità operante nel centro cittadino e non manca

altresi la c.d. causalità della colpa, perché se Tizio avesse rispettato il limite di trenta chilometri orari non avrebbe cagionato la malattia di Caio.

Tuttavia non può ritenersi sussistente la responsabilità di Tizio per lesioni colpose ai danni di Caio poiché l'evento, nello specifico (cioè malore derivato da spavento) non rientra tra quelli che il limite di velocità è specificamente volto a prevenire (cioè sinistri stradali). Ne deriva che, se si imputasse a Tizio la responsabilità per le lesioni di Caio, per il sol fatto di aver violato una norma cautelare e di aver materialmente cagionato la malattia, si incorrerebbe in un'ipotesi di responsabilità oggettiva occulta: la colpa di Tizio non può infatti desumersi dalla violazione di una norma cautelare volta a prevenire eventi diversi da quello cagionato, con la conseguenza che nel caso di specie manca una regola cautelare specifica e occorre quindi un giudizio di prevedibilità ed evitabilità, proprio invece della colpa generica, che ben potrebbe escludere la colpa dell'imputato (non è infatti scontato che Tizio potesse prevedere la causazione di un malore per effetto dello spavento, pur potendo evitarlo tenendo una velocità moderata).

Deve infine precisarsi che, fuori dei casi di norme cautelari scritte ma elastiche e di eventi che esulano dall'area del rischio che la norma cautelare intende prevenire, pur non dovendosi procedere al momento oggettivo della sopra esposta doppia verifica della colpa (che resta assorbito nella previsione cautelare specifica), resta necessario il momento soggettivo dell'accertamento che, come si è avuto modo di osservare, consente di personalizzare il rimprovero da muovere al reo per la causazione involontaria dell'evento.

7. Le principali fattispecie colpose

Esaurita la trattazione della colpa quale elemento costitutivo della colpevolezza e, nel contempo, della tipicità del reato, si intende in quest'ultima parte del capitolo dedicare attenzione a due settori della responsabilità colposa, che presentano rilevanti peculiarità e sono stati oggetto negli ultimi anni di importanti interventi normativi che hanno inciso notevolmente sulla disciplina – sebbene settoriale – della colpa e sulle conseguenze della responsabilità colposa.

Si tratta, nell'ordine di trattazione, della responsabilità medica (già in parte affrontata con riferimento alla causalità e alle cause di giustificazione) nonché della violazione delle norme che regolano la circolazione stradale, oggetto di una recente novella del Codice penale, che ha introdotto un regime sanzionatorio e normativo particolarmente rigoroso, tale da far sorgere dubbi di legittimità costituzionale in merito alla ragionevolezza dell'intervento e al rispetto del principio di eguaglianza tra la responsabilità colposa

– che tale resta anche quando si tratti di violazioni del Codice della strada – e responsabilità dolosa per la causazione dei medesimi eventi lesivi.

7.1. La colpa professionale medica

Come si è avuto modo di anticipare, la responsabilità colposa del medico per le lesioni o la morte del paziente, derivate da una violazione delle cc.dd. *leges artis* (ossia delle regole tecniche e scientifiche che regolano l'attività medica) è stata di recente oggetto di un intervento legislativo che ha profondamente inciso sulla c.d. colpa medica.

Si tratta del decreto legge n. 189 del 2012, convertito con modificazioni in legge n. 159 del medesimo anno, noto come decreto “*Balduzzi*”, già oggetto di trattazione nel primo volume in relazione agli effetti successivi della novella, che ha ridisegnato i confini della responsabilità colposa medica, assegnando rilevanza al rispetto delle linee guida e dei codici di buone pratiche esistenti in materia.

Prima di procedere all'esame delle novità introdotte dal decreto citato, occorre tuttavia ricostruire la disciplina della colpa in materia medico-chirurgica e dare atto dei più rilevanti interventi giurisprudenziali precedenti alla novella.

L'attività medico-chirurgica si caratterizza per il suo rischio intrinseco di esito infausto degli interventi chirurgici o dei trattamenti sanitari in generale, che possono non raggiungere il risultato sperato o determinare un aggravamento delle condizioni di salute del paziente per errore medico. Nonostante tuttavia la frequenza statistica dei tristemente noti casi di c.d. “mala-sanità”, è innegabile il valore primario che la medicina riveste nella società e nell'ordinamento, che assume altresì rilevanza costituzionale in forza dell'art. 32 Cost., così da poter definire l'attività medico-chirurgica come attività a “rischio consentito”.

La rilevanza fondamentale del diritto alla vita e alla salute, che costituisce oggetto dell'attività medico chirurgica, ha inoltre imposto al legislatore di bilanciare le contrapposte esigenze di non creare aree di impunità e ingiustificati privilegi normativi a favore dei sanitari, da un lato, e di non costringere, dall'altro, i medici ad astenersi dall'esercizio della professione (per timore di incorrere in responsabilità civile e penale) ovvero a ricorrere alla c.d. medicina difensiva, che si caratterizza per la disposizione di accertamenti e la sottoposizione del paziente a trattamenti spesso non necessari ma che consentono di ridurre il rischio di imprevisti e di conseguenze negative dell'attività medica.

L'elevato tasso tecnico-scientifico che quest'ultima presenta ha tuttavia limitato a pochi ed eccezionali casi la previsione di disposizioni cautelari

normative, rimettendo alla comunità scientifica l'elaborazione delle regole necessarie per prevenire o limitare il verificarsi di eventi lesivi ai danni della salute dei pazienti. Queste regole, quando positivizzate, consentono di ravvisare una forma di colpa specifica del sanitario (espressione che ricomprende, oltre ai medici anche il personale ausiliario), riconducibile tuttavia alle fonti dell'autonomia privata cui si è fatto in precedenza riferimento. Particolare rilevanza assume tra queste il codice di deontologia medica, che impone una serie di obblighi e divieti in capo al medico, anche di natura cautelare.

Le medesime ragioni, legate al carattere tecnico-scientifico della professione medica, hanno inoltre riverberato i propri effetti sulla disciplina della colpa medica, con particolare riferimento ai rapporti intercorrenti tra la nozione penale di colpa e la peculiare disciplina di cui godono i sanitari in materia civile.

L'art. 2236 c.c. prevede infatti una limitazione della responsabilità da inadempimento ai soli casi di dolo o colpa grave *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”*, come spesso accade nell'attività medico-chirurgica.

È stato pertanto sostenuto, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, che siffatta limitazione dovesse trovare applicazione anche in materia penale, escludendo così la responsabilità colposa del sanitario in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà, quando non fosse ravvisabile una sua colpa grave.

Sulla scorta di tale impostazione è stata altresì sollevata una questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 c.p., per violazione del principio di ragionevolezza e di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nella parte in cui *“consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare”*, su cui la Corte si è pronunciata con sentenza n. 166 del 1973.

Nel rigettare la questione perché infondata, il giudice delle leggi, aderendo alla tesi sopra esposta, ha precisato in tale occasione che la peculiare disciplina della responsabilità penale del medico, quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è stata prevista *“di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso”*.

La Corte ha quindi definito la colpa grave come *“quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione”*, ritenendo che solo in questi casi la colpa del sanitario possa

rilevare ai fini della responsabilità penale, precisando tuttavia che tale limitazione di responsabilità opera con esclusivo riferimento alla perizia richiesta al medico e giammai per la diligenza e la prudenza, rispetto alle quali “ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità”.

Nella sentenza del '73 si conclude quindi nel senso che “*Il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto) personali o sociali*”, ma trova “*una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti*”.

Viene pertanto rimarcata la ragionevolezza della disciplina eccezionale di cui all'art. 2236 c.c., anche in materia penale, evidenziando la sua esclusiva rilevanza rispetto alla perizia del medico.

Nonostante l'autorevole presa di posizione della Corte Costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza successive non hanno accolto tale soluzione, continuando a sostenere l'opposta tesi dell'inoperatività in materia penale della limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c.; è stato infatti osservato che la rilevanza costituzionale del bene giuridico tutelato (la salute o la vita) non tollera limitazioni fondate su parametri economici, proprie della materia civilistica delle obbligazioni, il cui carattere eccezionale (in riferimento all'art. 2236 c.c.) impedisce altresì di estenderne il contenuto precettivo oltre i casi espressamente disciplinati (stante il divieto di analogia delle norme eccezionali di cui all'art. 14 preleggi, per il cui esame si rinvia alla parte prima, capitolo quarto, del primo volume).

Deve tuttavia rilevarsi che la Corte di Cassazione, con sentenza n. 4391 del 2012, antecedente all'entrata in vigore del citato decreto *Balduzzi*, ha affermato che la norma dettata dall'art. 2236 c.c., pur non essendo direttamente applicabile in materia penale, è tuttavia espressiva di una regola di esperienza e risponde altresì al principio costituzionale di colpevolezza, che richiede di “personalizzare” la colpa ai fini di valutare la rimproverabilità del reo.

L'articolo citato costituisce pertanto, secondo la Corte, la “traduzione normativa” di una regola di logica e di esperienza, che richiede di tenere in considerazione, nell'accertamento della responsabilità colposa, le specifiche difficoltà tecnico-scientifiche dell'attività svolta dal soggetto agente e la eventuale novità dei problemi tecnici affrontati, come nei casi di incertezza sulle origini della patologia diagnosticata o sugli effetti della terapia nelle cc.dd. ipotesi di casi clinici inediti. Ulteriori profili di difficoltà possono altresì essere rappresentati dalla sintomatologia equivoca presentata dal pa-

ziente ovvero dall'incompatibilità tra pratiche mediche contemporaneamente necessarie.

Nella sentenza citata i giudici di legittimità hanno pertanto concluso nel senso che *“la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione, va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto”*, riconoscendo nuova linfa penale alla limitazione di responsabilità operante in materia civile.

Sulla materia è tuttavia intervenuto, pochi mesi dopo la pronuncia esaminata, il decreto legge n. 159 del 2012, che nella sua formulazione definitiva, a seguito degli emendamenti apportati in sede di conversione, con legge n. 189, ha previsto all'art. 3, comma primo, che *“L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”*.

Emerge dunque la chiara funzione di limitare la responsabilità colposa dei sanitari, che tuttavia non è fondata, come nel caso dell'art. 2236 c.c., sulla speciale difficoltà tecnica dei problemi da affrontare, bensì deriva dal rispetto delle *“linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica”*.

Si tratta delle indicazioni che la comunità medica elabora, in seno alle associazioni degli specialisti in ciascuna branca della medicina, in merito alle modalità di esecuzione, ai rischi, agli effetti collaterali e ai benefici di ciascuna pratica medico-chirurgica, in relazione alle specifiche patologie che è destinata a curare.

La disposizione dettata dal decreto del 2012, in mancanza di esaustive indicazioni normative, è stata oggetto di una importante pronuncia della Corte di Cassazione, con sentenza n. 16237 del 2013, in cui i giudici di legittimità hanno precisato che le linee guida cui la novella fa riferimento non rappresentano regole cautelari vincolanti, idonee a dar luogo a forme di colpa specifica, ma costituiscono direttive generali e istruzioni di massima dirette al sanitario perché ne faccia applicazione, calandole nel caso concreto, senza alcuna forma di automatismo.

La Corte di Cassazione, nella sentenza citata, sottolinea infatti che anche nel caso di osservanza delle linee guida la colpa del sanitario sarà ravvisabile in merito all'attività di adattamento delle indicazioni contenute nelle linee guida (che devono tuttavia presentare finalità scientifica ed essere ispirate alla miglior scienza medica e non dettate da esigenze economiche e gestionali, per poter assumere rilevanza ai fini della limitazione di responsabilità): occorrerà cioè accertare la perizia del sanitario nel valutare l'effettiva compatibilità delle linee guida e dei codici di buone pratiche mediche alle

peculiarità del caso concreto, decidendo, ove occorra, di discostarsi del tutto dal relativo contenuto.

Si precisa al riguardo che solo in relazione alla perizia del medico può operare una limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave (come già affermato nelle sentenze n. 11493 del 2013 e 35922 del 2012 della Corte stessa), da valutarsi proprio in relazione alla suddetta attività di adattamento delle linee guida al caso concreto.

In presenza dei suddetti presupposti, dunque, può ritenersi che la norma introdotta con il decreto *Balduzzi* abbia ridotto l'area di responsabilità penale del sanitario, attraverso una limitazione dell'elemento soggettivo del reato alla sola colpa grave, con conseguente irrilevanza penale (ferma la responsabilità civile) delle ipotesi di colpa lieve nell'adattamento delle linee guida al caso concreto.

Restano tuttavia fermi i generali canoni di colpa quando la materia non sia disciplinata dalle linee guida ovvero il sanitario non tenga in considerazione le linee guida esistenti, nonché nelle ipotesi di imprudenza e negligenza.

Così ricostruita la disciplina e l'evoluzione giurisprudenziale in materia di colpa medica, occorre dunque dare atto di un ulteriore profilo di peculiarità del settore in esame in relazione alla responsabilità colposa.

Deve infatti rilevarsi che, nell'accertamento della responsabilità dei sanitari, occorre prendere in considerazione la qualifica rivestita e il grado di esperienza che la caratterizza, distinguendo, già sul piano dell'individuazione dello *standard* cautelare richiesto dall'ordinamento, la posizione del medico specialista rispetto a quella dello specializzando in formazione.

Sulla scorta del modello dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, infatti, il livello di diligenza e di perizia richiesto ai soggetti appartenenti alla prima categoria non può che risultare più elevato rispetto ai medici che stiano ancora apprendendo una particolare disciplina medico-chirurgica.

Con riferimento a questi ultimi, tuttavia, può configurarsi una peculiare forma di colpa, definita "colpa per assunzione", allorché assumano la cura di un paziente il cui quadro clinico richieda particolari conoscenze e competenze, nonostante ne siano ancora privi. In siffatte ipotesi, dunque, l'evento nefasto che sia derivato dalla condotta inesperta del medico sarà oggetto di responsabilità penale colposa dello specializzando.

La medesima situazione può tuttavia verificarsi, sebbene in ipotesi meno frequenti, per lo specialista, qualora, ad esempio, tratti una patologia che esuli dalla sua sfera di competenze (come nel caso di un cardiologo che prenda in carico un paziente con complicazioni gastro-intestinali), e rispetto alla quale non disponga dunque delle necessarie conoscenze e competenze.